

WYROK

z dnia 17 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę L. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W. z siedzibą w Żorach w postępowaniu prowadzonym przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża L. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W. z siedzibą w Żorach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez L. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W. z siedzibą w Żorach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest likwidacja estakady węglowej pomiędzy szybem Roździeński a Zakładem Przeróbki Mechanicznej Węgla przy szybie „Pułaski” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK Wieczorek II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2019r. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu

o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

W dniu 13 lipca 2020r. Odwołujący - L. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W.- wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex Sp. z o. o., (dalej "Dominex") w związku z brakiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w wykonaniu robót rozbiórkowych nad torami kolejowymi lub drogami publicznymi o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Dominex jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
3. bezpodstawnym ponownym zwróceniu się do wykonawcy Dominex z wezwaniem złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
4. dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Dominex jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu;

Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex, podczas gdy ww. wykonawca nie potwierdził na wezwanie Zamawiającego, że posiada ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Dominex zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
3. art. 90 ust. 1 ustawy poprzez bezpodstawne ponowne zwrócenie się do wykonawcy Dominex do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy treść uprzednio udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień była zdawkowa i ogólnikowa, a wykonawca nie odpowiedział na pierwsze wezwanie w sposób rzetelny;
4. art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Dominex jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy ww. wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex,
3. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Dominex;
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex, wskazując, że wykonawca Dominex na wezwanie Zamawiającego, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, nie wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał roboty rozbiórkowe nad torami kolejowymi lub drogami publicznymi o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł oraz nie przedłożył dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście.

Wraz z ofertą wykonawca Dominex przedłożył oświadczenie z dnia 22 listopada 2019 r.,

z którego wynikało, że celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (udzielenie referencji) będzie polegał na zasobach innego podmiotu - Hutpol Sp. z o. o.. Do oferty załączono również oświadczenie Hutpol Sp. z o. o. z dnia 21 listopada 2019 r. o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Następnie, pismem z dnia 6 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Dominex do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W szczególności, Zamawiający oczekiwał aktualnego zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zdolności (Hutpol Sp. z o. o.).

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. Dominex przedstawił Zamawiającemu m.in. oświadczenie nowego podmiotu trzeciego (JDK B. J. zamiast Hutpol Sp. z o. o.), na zasobach którego Dominex opiera się wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z przedstawionego wykazu robót budowlanych wraz z referencjami wynika, że Dominex nie spełnia samodzielnie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wykonania robót rozbiórkowych nad torami kolejowymi lub drogami publicznymi o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł

Odwolujący podniósł, że z treści zobowiązania podmiotu trzeciego JDK B. J. wynika, że podmiot na zasobach którego wykonawca Dominex opiera wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu weźmie udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca jedynie w wąskim zakresie (ograniczonym do częściowego wykonawstwa prac objętych drugim zadaniem rozbiórki). Tak wąski udział podwykonawcy JDK B. J. nie gwarantuje Zamawiającemu, że wykonawca Dominex rzeczywiście będzie mógł skorzystać z zasobów w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, którymi samodzielnie nie dysponuje. Zdaniem Odwołującego, warunek udziału w postępowaniu został opisany w odniesieniu do całości zamówienia, a nie jedynie Zadania II, w którego realizacji zamierza wziąć udział JDK B. J.

Odwolujący wskazał, że nie może mieć zastosowania art. 26 ust 3 Pzp. Nawet gdyby zarzut rażąco niskiej ceny został uznany za nieudowodniony, to również wówczas wadliwe zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy Dominex niezbędnych zasobów nie podlega uzupełnieniu w trybie art 26 ust. 3 Pzp. Wniosek ten wynika z tego, iż wykonawca Dominex został już wezwany do złożenia oświadczenia podmiotu na zasobach którego polegał wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu (Hutpol Sp. z o. o.). W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca Dominex nie złożył ww. oświadczenia, lecz przedłożył Zamawiającemu oświadczenie innego podmiotu (JDK B. J.), którym samodzielnie zastąpił poprzedni podmiot. Należy podkreślić, że przedłożenie tego dokumentu (oświadczenia JDK B. J.) nastąpiło bez podstawy prawnej i faktycznej, która powinna zostać zmaterializowana w postaci wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwolujący podniósł, że z aktualnego orzecznictwa KIO, wynika, że samodzielne uzupełnianie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, niepoprzedzone wezwaniem przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, przez wykonawców jest niedopuszczalne i nie może rodzić żadnych, skutków, sprzeciwia się temu bowiem zarówno literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, jak i zasada równego traktowania wykonawców, wskazana w art. 7 ust. 1 Pzp.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty Dominex z uwagi na rażąco niską cenę oraz bezpodstawnie ponowne zwrócenie się przez Zamawiającego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Odwołujący podniósł, że wykonawca nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Ponadto, zdaniem Odwołującego Zamawiający niesłusznie ponownie zwrócił się do wykonawcy Dominex z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, podczas gdy treść uprzednio udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień była zdawkowa i ogólnikowa, a wykonawca nie odpowiedział na pierwsze wezwanie w sposób rzetelny. Zamawiający trzykrotnie wzywał wykonawcę Dominex w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w ramach aukcji elektronicznej (1.500.000,00 zł brutto): pismo Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2019 r., pismo Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2020 r. oraz pismo Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2020 r.

W piśmie z dnia 9 grudnia 2019 r. wykonawca Dominex odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, czyniąc to w sposób ogólnikowy, bez podawania jakichkolwiek dowodów. Wykonawca Dominex ograniczył się do wskazania sumy kosztów bezpośrednich (1.068.220,00 zł netto), kosztów nieujętych, mogących pojawić się w wyniku sporządzenia projektu wykonawczego - 5% (60.975,60 zł netto) oraz planowanego zysku - ok. 12,4% (151.292,20 zł netto), co dało cenę oferty: 1.219.512,20 zł netto (1.500.000,00 zł brutto).

Kalkulacja poszczególnych czynników cenotwórczych (kosztów realizacji kontraktu) nie została poparta żadnymi dowodami.

W piśmie z dnia 13 stycznia 2020 r. stanowiącym odpowiedź na kolejne wezwanie Zamawiającego (z dnia 10 stycznia 2020 r.) wykonawca Dominex nadal nie-predstawił dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny, lecz nadal ogólnikowo odniósł się do wybranych czynników kosztowych zasygnalizowanych przez Zamawiającego. W miejsce dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, wykonawca Dominex ograniczył się do głoślowych zapewnień, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska.

Pomimo braku precyzji w wyjaśnieniach wykonawcy Dominex, Zamawiający zdecydował się na kolejne wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (pismo Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2020 r.). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niesłusznie ponownie zwrócił się do tego wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, podczas gdy treść uprzednio udzielonych przez wykonawcę Dominex wyjaśnień była zdawkowa i ogólnikowa, a wykonawca nie odpowiedział na pierwsze wezwanie w sposób rzetelny. Pismem z dnia 29 kwietnia 2020 r. wykonawca Dominex udział obszernej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jednak zdaniem Odwołującego, nadal nie doszło do wykazania, że cena zaofferowana przez Dominex nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący zwrócił uwagę na następujące nieprawidłowości w treści złożonych wyjaśnień, które skutkują poważnym niedoszacowaniem kosztów wykonania zamówienia, uniemożliwiającym wykonawcy Dominex osiągnięcie jakiegokolwiek zysku z realizacji kontraktu (rażąco niska cena):

1. na str. 2 wyjaśnień z dnia 28 kwietnia 2020 r. - Dominex wyjaśnia, że do jednej z

koparek dołoży ramię o wysięgu 22 m, przy czym nie policzono kosztów związanych z transportem długiego ramienia.

2. dowód nr 2 załączony do wyjaśnień z dnia 28 kwietnia 2020 r. - faktury za zakup paliwa str. 19-24 wystawione są na NOMET Sz. N. a nie na wykonawcę Dominex.

3. dowód nr 5 do wyjaśnień załączony do wyjaśnień z dnia 28 kwietnia 2020 r. (oferta firmy NOMET Sz. N.) - minął termin ważności oferty,

4. wywóz gruzu. Sprawdzona odległość to 48 km w obie strony, a nie 40 km. W związku z tym koszt paliwa wzrośnie z kwoty 64,00 zł do 76,80 zł. Dodatkowo usytuowanie obiektu nie pozwala na wywóz gruzu oraz innych odpadów samochodami o ładowności 24 tony. W 80% obiekt podlegający rozbiórce zlokalizowany jest na terenach gęsto zalesionych lub trudno dostępnych dla samochodów ciężarowych o ładowności 24 tony. 4064 ton gruzu (oraz inne odpady, w tym stal) należy przetransportować mniejszymi samochodami np. o ładowności do 10 ton do wyznaczonego punktu zbiorczego. Takie rozwiązanie sprawi, iż należy wykonać około 407 kursów samochodami o ładowności do 10 ton. Zakładając zaangażowanie do tego zakresu prac jeden samochód wraz z kierowcą sprawi, że koszty wzrosną o: 3 kursy na 1 godzinę. $407 \text{ kursów} / 3 = 135,67 \text{ godzin}$. Najem takiego samochodu kosztuje 75,00 zł netto za godzinę, co daje nam kwotę $= 136 \text{ godz.} \times 75,00 \text{ zł} = 10200 \text{ zł netto}$.

. Ważną sprawą jest również to, iż przetransportowanie gruzu mniejszym samochodem do punktu zbiorczego sprawi, że wykonawca zmuszony będzie ponownie załadować 4064 ton gruzu na samochody o ładowności 24 tony. Firma Domiex nie uwzględniła w swoich wyliczeniach kosztów koparki wraz z operatorem do załadunku przewiezonego gruzu oraz innych odpadów. Przewidywane koszty załadunku samego gruzu: średni czas załadunku samochodu o ładowności 24 tony trwa 15 min. Co daje 4 samochody na godzinę. $4064 \text{ ton} / 24 \text{ ton} = 170 \text{ aut} / 4 = 42,5 \text{ godzin} \times 200 \text{ zł} = 8500 \text{ zł netto}$.

5. załącznik nr 10 do wyjaśnień z 28 kwietnia 2020 r. jest na firmę NOMET a nie Domiex.

6. załącznik nr 13 do wyjaśnień z 28 kwietnia 2020 r. dotyczy farby podkładowej a ma być zgodnie z przedmiarem farba epoksydowa.

7. załącznik nr 14 do wyjaśnień z 28 kwietnia 2020 r. - nie wiadomo czego się tyczy (nie wiadomo o transport czego chodzi oraz na jakim odcinku).

8. wynagrodzenia kierownika robót J. G. - 3000 zł netto oraz osoby dozoru w specjalności mechanicznej A. H. - 3000 zł netto zostało wadliwie policzone. Wykonawca Dominex wykazuje koszty po stronie pracodawcy na kwotę 523,08 zł /mc za osobę, a z kalkulatora wynagrodzeń wychodzi 1 975,76 zł mc/osobę. Łącznie

brakuje 11 621,44 zł co przekracza przyjęto rezerwę na wynagrodzenia (9 000 zł) - 3 000,00 PLN wynagrodzenie netto (4 129,95 PLN wynagrodzenie brutto), co oznacza łączny koszt zatrudnienia w wysokości 4 975,76 PLN.

9. błędnie policzono koszty związane z ochroną: Domiex założył 18 216 zł netto (założył 69 dni). Jednakże w wyjaśnieniach Dominex zadeklarował, iż wykona prace w terminie 4 miesiące = 4 miesiące x 30 dni x 24 godz. x 23,80 zł = 68 544 zł netto. W związku z tym koszt ochrony został zaniżony o kwotę 50 328 zł netto.

10. 70% pomostu biegnie wśród gęstego zadrzewienia. W ofercie wykonawca Dominex nie uwzględnił uzgodnień i opłat administracyjnych związanych z wycinką lub zabezpieczeniem drzew. A na 100% będzie trzeba dokonać wycinki drzew aby wykonać demontaż. Dodatkowo brak kosztów związanych z wycinką drzew (praca ludzi, sprzętu, załadunek, wywóz drzewa). Dodatkowo w zakresie drzew jest wzmianka w PFU pkt 8.3 (w trakcie rozbiórki należy zachować i ochraniać sąsiednie zabudowania i wartościowe drzewa w rejonie robót). Tych kosztów nie ujęto w ofercie Dominex

11. Dominex w swoich wyliczeniach nie uwzględnił zakupu i dowozu materiału do zasypu niecek. Zgodnie z zapisami programu funkcjonalno -użytkowego pkt 5 - roboty te należy wykonać poprzez wykorzystanie kruszywa mineralnego, gruntu ziemistego lub innego gruntu przydatnego do tego typu robót ziemnych. Koszt wykonania kontraktu zaniżono zatem o kwotę 10 650 zł netto na co składa się: 1053 m³ x 1,6 = 1684,80 ton x 15,70 zł(cena piasku Maczki Bór Sosnowiec) = 26 451,36 zł plus transport = 71 aut x 150 zł = 10 650 zł netto.

12. w zakresie plantowania terenu - zgodnie z zapisami PFU pkt 8.5 po wykonaniu robót teren całej inwestycji powinien być odpowiednio uprzątnięty, obsiany nasionami traw w miejscach do tego przeznaczonych. Brak w kalkulacji zakupu humusu i nasion traw.

13. Zgodnie z zapisami PFU 8.12 strona 13 (ochrona środowiska w czasie wykonywania robót) - Stosując się do tych wymagań wykonawca będzie miał szczególny wzgląd na środki ostrożności i zabezpieczenia przed zanieczyszczeniem zbiorników i cieków wodnych ropopochodnymi lub substancjami toksycznymi, zanieczyszczenie powietrza pyłami, gazami, możliwością powstania pożaru. Wzdłuż odcinka pomostu etap I biegnie ciek wodny, który należy zabezpieczyć przed zanieczyszczeniami. W kalkulacji DOMINEX brak ewentualnych uzgodnień oraz kosztów związanych z zabezpieczeniem cieku.

14. Zgodnie z zapisami załącznik nr 2 do SIWZ szczegółowy opis przedmiotu

zamówienia strona 28 pkt 4.26, wszelkie maszyny i urządzenia wskazane przez Zamawiającego zostaną zdemontowane w sposób nie niszczący z możliwością ich ponownego użycia oraz składowane w rejonie szybu Roździeński przy ul. Kosmicznej. Brak w kalkulacji kosztów związanych z ręcznym demontażem maszyn i urządzeń, pracą dźwigu celem wydobycia z pomostu i załadunku na samochód, transportem na teren kopalni oraz pracą dźwigu celem rozładunku.

15. Brak kosztów związanych z utylizacją oleju z maszyn i urządzeń oraz pleksi znajdującej się w otworach okiennych.

16. Usytuowanie obiektu w etapie I pod trakcją. Brak w kalkulacji cenowej dla etapu I uzgodnień i nadzorów z TAURON - Prowadzenie prac przy użyciu sprzętu wyburzeniowego (koparki, dźwig) POD LINIAMI WYSOKIEGO NAPIĘCIA oraz w sąsiedztwie.

17. Obecność zmieszanych odpadów oraz materiałów izolacyjnych - wełna, węże gumowe, pył węglowy - brak uwzględnienia w cenie oferty Dominex

18. W zakresie wywozu i utylizacji odpadów konieczność utylizacji miału węglowego w ilości 380 ton.

19. Brak kosztów związanych z zaangażowaniem 2 samochodów o ładowności do 10 ton celem wywozu gruzu, innych odpadów oraz złomu - niezbędne aby wykonać zamówienie. Należy założyć wynajęcie aut na 3 miesiące. Co daje 90 dni x 8 godz. x 75,00 zł = 54 000 zł. Auta są niezbędne aby z trudno dostępnych miejsc odebrać odpady i przetransportować je w miejsce gdzie dojeżdża większe auta. To wyliczenie dotyczące wywozu gruzu autem do 10t jest przykładowe aby pokazać ile kosztuje wywóz samego gruzu.

20. Wykonawca Dominex zapomniał ująć koszt pracy koparki do załadunku odpadów, które zostały przetransportowane autem do 101. Daje to 90 dni x 8 godz. x 200 zł = 144 000 zł netto.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp. Zaskarżone odwołaniem czynności Zamawiającego dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy mieszczą się w granicach wyznaczonych art. 180 ust. 2 pkt 6 jako dotyczące czynności z zakresu „wyboru oferty najkorzystniejszej”.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes Odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej sprowadza się do tego, że ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania dotyczących oferty wybranej daje Odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Ustalono, że wyrokiem z dnia 13 marca 2020r. Sygn. akt KIO 411, 413, 450/20 Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy Dominex i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz nakazała powtórzenie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołującego, w tym sporządzenie precyzyjnego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględniając odwołanie Izba nie przesądziła czy cena oferty Odwołującego Dominex nosi znamiona ceny rażąco niskiej, stwierdzając jedynie, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest bardzo lakoniczne i nie spełnia przesłanek, wynikających z art. 92 Pzp, co skutkowało uznaniem zasadności zarzutów w tym zakresie.

Zamawiający, wykonując ww. orzeczenie KIO unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego Dominex. Powtarzając czynność badania i oceny ofert Zamawiający wezwał pismem z dnia 24 kwietnia 2020r. Dominex do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Następnie w dniu 3 czerwca 2020r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 2 Pzp Dominex do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w dniu 7 lipca 2020r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Dominex.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Dominex z uwagi na brak wykazania wymaganej zdolności technicznej i zawodowej, Izba ustaliła co następuje:

Wraz z ofertą wykonawca złożył oświadczenie z dnia 22 listopada 2019r., z którego wynika, że Dominex będzie polegał na zasobach innego podmiotu - Hutpol sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, załączono oświadczenia Hutpol sp. z o.o. z dnia 21 listopada 2019r. o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

W dniu 3 czerwca 2020r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 2 Pzp Dominex do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi z dnia 9 czerwca 2020r. wykonawca Dominex przekazał informację, iż zgodnie z oświadczeniem Hutpol Sp. z o.o. nastąpiła konieczność wymiany podwykonawcy, który wycofał się ze współpracy z Dominex z uwagi na reorganizację firmy oraz zakresu działalności, która nastąpiła na skutek ogłoszonego stanu pandemii. (pisma w aktach sprawy)

Wykonawca Dominex załączył jednocześnie oświadczenie o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom: Dźwigi Sołtys sp. z o.o. (uprzednio wskazany w ofercie) oraz FHU JDK B. J. wraz z dokumentami potwierdzającymi brak postaw wykluczenia. W oświadczeniu podano, że wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie: współpracy przy demontażu dźwigowym części II estakady oraz demontaż dźwigowy - wynajem żurawi samojezdnych wraz obsługą operatorską.

Załączono zobowiązanie podmiotu FHU JDK B. J., w którym wykonawca zobowiązuje się do oddania niezbędnych zasobów w zakresie „zdolności zawodowych oraz udzielenie referencji”. Jednocześnie oświadczone, że udostępni się wykonawcy Dominex ww. zasoby w zakresie: usługi konsultacji przy opracowaniu technologii rozbiórki części estakady nad torowiskiem. Współdział podwykonawcy w przygotowaniu konstrukcji estakady pod demontaż dźwigowy oraz pocięcia złomu. Jako sposób wykorzystania zasobów podano: częściowe wykonawstwo prac objętych drugim zadaniem rozbiórki (demontaż nad torowiskiem). Zakres prac: przygotowanie konstrukcji stalowej estakady do demontażu dźwigowego. W złożonym wykazie doświadczenie wykonawcy Dominex powołał się na doświadczenie podwykonawcy FHU JDK B. J. w zakresie pkt 4- 8 wykazu.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2020r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie uzupełniania m.in. doświadczenia zawodowego z uwagi na to, że wykazane roboty w pkt 4 i 8 nie spełniają warunku w zakresie minimalnej wartości 1 000 000zł, wykonawca załączył oświadczenia FHU JDK B. J. z dnia 24 czerwca 2020r., w którym podano, że prace ujęte w pkt 5, 6 i 7 spełniają wymagania SIWZ a łączna wartość wykonanych przez firmę prac rozbiórkowych obiektów nad drogami bądź torowiskami przewyższa wymaganą przez zamawiającego wartość 1 000 000 zł. brutto.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba oddaliła zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Dominex z uwagi na brak wykazania wymaganej zdolności technicznej i zawodowej.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do tego, że zakres udostępnionych zasobów przez podmiot trzeci FHU JDK B. J. jest zbyt wąski i w konsekwencji nie można uznać, że podwykonawstwo na charakter realny. Jak wynika wprost z treści zobowiązania podmiotu trzeciego FHU JDK B. J. wykonawca będzie brał udział w wykonaniu prac objętych drugim zadaniem rozbiórki a także przygotowaniem konstrukcji do demontażu. Podmiot będzie także uczestniczył w przygotowaniu konstrukcji estakady pod demontaż dźwigowy oraz pocięciu złomu a także będzie udzielał konsultacji przy opracowaniu technologii rozbiórki części estakady nad torowiskiem. Zdaniem Izby tak opisany udział w realizacji zamówienia ma charakter rzeczywisty, zakres realizacji części zamówienia odnosi się do całości zamówienia, a nie jak wskazuje Odwołujący jedynie do zadania nr II. Choć istotnie w zakresie zadania nr II udział ten jest najszerszy, bo sprowadza się do częściowego wykonania prac rozbiórkowych nad torowiskiem to jednak nie można także odmówić rzeczywistego udziału w realizacji zamówienia w zakresie pozostałych zadań, gdzie udział podmiotu trzeciego będzie polegał na prowadzeniu konsultacji w opracowaniu technologii rozbiórki części estakady nad torowiskiem czy przygotowaniu konstrukcji stalowej do demontażu. Należy mieć także na uwadze fakt, że do realizacji prac związanych z pracami dźwigowymi nad torowiskiem w zakresie części II i III wykonawca Dominex przewidział także udział innego podwykonawcy Dźwigi Sołtys sp. z o.o., który będzie wykonywał część robót.

Zdaniem Izby Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu robót rozbiórkowych nad torami kolejowymi lub drogami publicznymi o wartości co najmniej 1 000 000zł. Odwołujący nie kwestionował zakresu doświadczenia, jakim wykazał się podwykonawca FHU JDK B. J., nie podważał także możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem. Odwołujący wskazywał jedynie, że jest to możliwe wyłącznie ma wezwanie Zamawiającego a nie samodzielnie przez wykonawcę.

Zdaniem Izby, działanie Dominex było prawidłowe. Zmiana podmiotu nastąpiła na skutek wezwania wykonawcy do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro, już wówczas wykonawca miał wiedzę, o tym, że poprzedni podwykonawca na skutek reorganizacji wycofał się ze współpracy to nie mógł postąpić inaczej jak tylko przedłożyć zobowiązanie innego podmiotu

wraz z niezbędnymi dokumentami. Niezależnie od tego nawet, gdyby hipotetycznie przyjąć, że wykonawca Dominex postąpił inaczej i na wezwanie z dnia 3.06.2020r. nie potwierdził

spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci, to i tak Zamawiający musiałby wezwać wykonawcę w trybie art. 22a ust. 6 Pzp do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Dominex z uwagi na rażąco niską cenę oraz bezpodstawnego ponownego zwrócenia się z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Izba uznała te zarzuty za niezasadne.

Na wstępie zauważyć trzeba, że zarówno doktryna jak i orzecznictwo dopuszczają w ściśle określonych sytuacjach możliwość ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Możliwość taka istnieje, w sytuacji, gdy mimo złożenia pierwszych konkretnych i wyczerpujących w stosunku do treści wezwania wyjaśnień, zamawiający dostrzegł nowe wątpliwości, które nie były objęte poprzednim wezwaniem bądź chce dopytać o kwestie szczegółowe związane z udzielonymi już wyjaśnieniami.

Izba przeanalizowała treść wezwań oraz udzielonych przez Dominex odpowiedzi z dnia 9 grudnia, 13 stycznia oraz 29 kwietnia i doszła do przekonania, że istniały podstawy do skierowania każdego z tych wezwań do wykonawcy, gdyż każde z kolejnych wezwań dotyczyło innych okoliczności faktycznych.

Pierwsze wezwanie z dnia 6 grudnia 2019r. dotyczyło kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia a także uzasadnienia dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. W odpowiedzi z dnia 9 grudnia 2020r. wykonawca Dominex przedstawił zestawienie kosztów, przyjęte stawki kalkulacyjne za poszczególne prace, załączył zestawienie ilości i cen jednostkowych oraz zestawienie ceny sporządzone w oparciu o Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU).

Drugie wezwanie Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2020r. dotyczyło przedstawienia szczegółowej kalkulacji w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót, uwzględniając wszystkie inne koszty m.in. likwidacji estakady nad torami w pobliżu autostrady oraz wejście w tereny osób trzecich wraz ze związanymi z tego tytułu opłatami.

W odpowiedzi wykonawca Dominex przedstawił szczegółowe wyjaśnienia dotyczące planowanych kosztów związanych z wejściem w teren osób trzecich, opłat za zajęcie terenu przyjętych przez Stalexport, GDDKiA, Lasy Państwowe, PKP, nadzór energetyczny.

Trzecie wezwanie z dnia 24 kwietnia 2020r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczyło doszczegółowienia ilości sprzętu, ilości samochodów ciężarowych, dźwigów, liczby osób dozoru oraz innych wątpliwości, które powstały po analizie wcześniej złożonych wyjaśnień, a nie były objęte wcześniejszymi wezwaniem.

Z tych względów, nie potwierdził się zarzut ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Dominex Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 5 275 227,31 zł netto, 6 489 258,60zł brutto. Oferta Dominex sp. z o.o. opiewała na kwotę 21 648 000zł, oferta Odwołującego na kwotę 14 386 080 zł. Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 6 grudnia 2019r. Dominex zaproponował cenę 1 500 000zł

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na fakt, że przedmiotem zamówienia w każdym z trzech zadań jest wykonanie projektu wraz z kosztorysem inwestorskim, a następnie likwidacja części zablokowanego zespołu budynków urządzenia wyciągowego (zad. 1) lub likwidacja estakady nad autostradą i nad torami (zadanie 2 i 3). Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą Programu Funkcjonalno- Użytkowego. W rozdz. 15 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający podał, że wykonawca winien zaoferować cenę ryczałtową kompletną, jednoznaczna, ostateczną dla całego zadania objętego zamówieniem. W cenie ryczałtowej winien mieścić się całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania. Wartość robót należy określić na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót.

Wynagrodzenie ryczałtowe, jakie niewątpliwie zostało ustalone w tym postępowaniu o zamówienie publiczne polega na określeniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, ostatecznej, obejmującej całość realizacji prac. Co do zasady, wynagrodzenie ryczałtowe jest zatem niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac i przy

wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CKN 913/97). Strony, decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą zatem liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru robót budowlanych, wzrostu cen wyrobów budowlanych lub kosztów prac wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża wykonawcę.

Mając na uwadze charakter przyjętego w tym postępowaniu wynagrodzenia oraz to, że jego zakres jest opisany jedynie pewnymi założeniami określonymi w PFU a także uwzględniając duży stopień ogólności załączonego przedmiaru robót, Izba uznała, że wezwania Zamawiającego dotyczące podania ilości sprzętu, samochodów ciężarowych, dźwigów, a nawet ich rodzaju i kart katalogowych są nadmiarowe. Mimo iż stopień szczegółowości pytań był nadmierny przy tak ustalonym charakterze wynagrodzenia oraz zakresie przedmiotu zamówienia to wykonawca Dominex udzielił wyczerpujących wyjaśnień i odpowiedział na wszystkie wątpliwości Zamawiającego co do kosztów realizacji zadania.

Konsekwencją ryczałtowego charakteru wynagrodzenia jest brak po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty z podaniem ilości sprzętu, dokładnych kosztów. W przypadku wynagrodzenia za całość zamówienia wszelkie wyliczenia mają charakter pomocniczy a pewne nieścisłości czy pominięcia kosztów, które nie mają istotnego znaczenia nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty. Zwrócić należy także uwagę na okoliczność, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, przy braku szczegółowego rozbitcia kosztów oferty nie można wykluczyć sytuacji, że pewne koszty wykonania zadania zostały ujęte w innych pozycjach kalkulacji, która ma charakter ogólny (zagregowany). Z tych względów, nie można w oparciu o załączone do wyjaśnień zestawienia cen wywieść jednoznacznego wniosku, iż wykonawca nie ujął w cenie oferty kosztów związanych z transportem długiego ramienia dla koparek, wycinki drzew, zakupu i dowozu piasku, zabezpieczenia ciekłu wodnego, utylizacji materiału z rozbiórki.

Niezależnie od tego wskazać trzeba, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący, Dominex - zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 9.12.2019r. - przyjął w kalkulacji ceny koszty wywozu i utylizacji papy - 600zł/ 1 tonę oraz wywozu i utylizacji szkła - 350zł/1 tona, wywozu i utylizacji gruzu - 20 zł/ 1 tonę. Podane przez wykonawcę stawki zostały poparte załączonymi dowodami. Zauważyć też trzeba, że na etapie kalkulacji ceny oferty, w oparciu o PFU i wizję lokalną wykonawca nie jest w stanie przyjąć konkretnych ilości materiału do utylizacji, stąd twierdzenia Odwołującego o zaniżeniu przyjętych do kalkulacji kosztów są niezasadne.

Twierdzenia Odwołującego, zawarte w treści odwołania sprowadzają się głównie do porównania kosztów oferty jakie zostały przyjęte w ofercie Odwołującego z kosztami oferty Dominex, co zostało przedstawione w tabeli złożonej przez Odwołującego w toku rozprawy. Porównanie to jednak nie może stanowić wystarczającego dowodu na rażąco niską cenę w

ofercie konkurencyjnej .

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Dominex nie przewidział kosztów wynajmu samochodu 10T do przewozu gruzu i odpadów z miejsc niedostępnych. Twierdzenia tego nie można wywodzić z przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnień oraz kalkulacji ceny, gdzie wykonawca przyjął 20 zł za jedną tonę transportu i utylizacji gruzu.

W zakresie kosztów ochrony, Izba ustaliła, że w pkt 4.41 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik 2 do SIWz) wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia na czas wykonywania robót dodatkowej, skutecznej ochrony nad dysponowanym sprzętem oraz odzyskaniem złomem do czasu jego przekazania na plac składowy. Z treści tego postanowienia nie wynika, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, że ochrona miała być zapewniona przez okres 4 miesięcy trwania prac. Zamawiający nie sprecyzował ilości niezbędnych godzin ochrony, a wskazał jedynie na cel jaki ma być spełniony tj. ochrona nad sprzętem oraz odzyskaniem złomem. Zatem dopuszczalnym było przyjęcie przez Dominex ochrony na ok. 69 dni, kiedy faktycznie będzie wg tego wykonawcy konieczność pełnienia ochrony nad sprzętem i złomem.

W zakresie kosztów związanych z opłatami za zajęcie terenu osób trzecich, Dominex złożył wyczerpujące i wiarygodne wyjaśnienia z dnia 13.01.2020r., w których odwołał się do ustaleń z zarządcą autostrady Stalexport, GDDKiA, Lasami Państwowymi, PKP Energetyka, PKP

S.A. (opłata za zajęcie torowisk SRK, opłata za nadzór energetyczny).

Wyjaśnienia w zakresie kosztów związanych z uzupełnieniem tynków i pomalowaniem natryskowym słupa przy autostradzie (poz. 11) oraz zamurowanie dwóch wlotów do tunelu estakady (poz. 15) zostały zawarte w piśmie wykonawcy z dnia 28.04.2020r. Izba uznała, że wyjaśnienia te są spójne, logiczne i zostały poparte wiarygodnymi dowodami w postaci wydruków materiałów i cen ze strony marketów budowlanych.

Należy mieć na uwadze, że przyjęte koszty mają jedynie charakter szacunkowy i zostały ustalone w oparciu o ogólne założenia PFU i wizję lokalną.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: