Sygn. akt: KIO 292/21

WYROK
z dnia 25 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2021 roku przez wykonawcę **Energokon-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale:

A. wykonawcy **A. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. S.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

B.wykonawcy **D. M.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **M. D. ULMAN**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Spółce Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. D. ULMAN jako najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. D. ULMANoraz oferty wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. S. na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Energokon-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**, tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od zamawiającego **Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**na rzecz wykonawcy **Energokon-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 292/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w ramach którego zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej, na realizację zadania pn.: *Rozbiórka 12 obiektów budowlanych wraz z wyposażeniem oraz likwidacją przyłączy i instalacji przesyłowych integralnie związanych z tymi obiektami dla SRK S.A. Oddział KWK „Jas-Mos-Rydułtowy I" Ruch „Rydułtowy I".*

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 sierpnia 2020 r. pod numerem 569114-N-2020.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) (zwanej dalej: „ustawą Pzp").

Natomiast do postępowania odwoławczego, mając na uwadze fakt, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2021 roku, to zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) (zwanej dalej: „ustawą nPzp").

Zamawiający w dniu 22 stycznia 2021 roku poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca – Energokon-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (zwany dalej: „odwołującym") wniósł w dniu 27 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1)dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę D. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M. z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdy oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp;
2)zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy D. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie złożył żądanych przez zamawiającego dowodów, zaś

zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę, do czego był zobligowany z mocy ustawy;

3)zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy A. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. Sz naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie złożył żądanych przez zamawiającego dowodów, zaś zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę, do czego był zobligowany z mocy ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez D. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M. oraz A. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmąPrzedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. S. na wezwanie zamawiającego w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;

2.art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty D. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M. jako oferty zawierającej cenę rażąco niską, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie złożył żądanych przez zamawiającego dowodów;

3.art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty D. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M. jako oferty zawierającej cenę rażąco niską, w sytuacji gdy zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, pomijając fakt, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy;

4.art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. Sjako oferty zawierającej cenę rażąco niską, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie złożył żądanych przez zamawiającego dowodów;

5.art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. Sjako oferty zawierającej cenę rażąco niską, w sytuacji gdy zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, pomijając fakt, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy;

6.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę D. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M., w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności z dnia 22.01.2021 r. polegającej na wyborze oferty D. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M.,

2.dokonania odrzucenia oferty złożonej przez D. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M.;

3.dokonania odrzucenia oferty złożonej przez A. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. S.;

4.powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wskazywał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia wpłynęło 16 ofert, których ceny kształtowały się w przedziale od 1 039 350,00 zł brutto do 999 999 990,06 zł brutto. Kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia to 2 120 262,92 zł brutto. Natomiast w wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 9.09.2020 roku osiągnięto obniżkę cen ofert, przy czym najniższa opiewała na kwotę 138 500,00 zł brutto. Wykonawca ULMAN D. M. zaoferował 655 000,00 zł brutto, zaś wykonawca PUI „ARGO” mgr inż. A. S. zaoferował kwotę 890 000,0 zł brutto. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający pismami z dnia 11 września 2020 roku zwrócił się do wykonawców ULMAN D. M. oraz PUI „ARGO” mgr inż. A. S. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia szczegółowo opisanego w SIWZ. Odwołujący przytoczył elementy jakie zawierało wezwanie zamawiającego. Odwołujący wskazał również, że zamawiający w dniu 16.10.2020r. dokonał po raz pierwszy w tym postępowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy Demolition Group M. M. z ceną 138 500,00 zł brutto. W dniu 21.10.2020 r. wykonawca ULMAN D. M. wniósł odwołanie od ww. czynności zamawiającego, zarzucając mu m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących cen zaoferowanych przez: Demolition Group M. M., Dominex Sp. z o.o. oraz konsorcjum firm: Fobud Sp. z o.o. i Spec-Bud A. Ś. oraz zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanych cen lub jako ofert zawierających rażąco niskie ceny. Wyrokiem z dnia 17.11.2020 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2717/20 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła to odwołanie i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Demolition Group M. M. oraz oferty konsorcjum firm: Fobud Sp. z o.o. i Spec-Bud A. Ś. na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący odniósł się do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy ULMAN D. M. wskazując, że wykonawca ten pismem z dnia 16.09.2020r. złożył wyjaśnienia, w których m.in. przedstawił założenia mające wpływ na kalkulację ceny oferty (odwołujący przytoczył w treści odwołania fragmenty wyjaśnień w tym zakresie). Odwołujący podkreślił, że do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów potwierdzających prawdziwość twierdzeń zawartych w tych wyjaśnieniach. Odwołujący zwrócił uwagę na wadliwą ocenę wyjaśnień dotyczących ceny oferty, dokonaną przez zamawiającego, który uznał je za wystarczające, pomimo ich ogólnikowości i braku jakichkolwiek dowodów. Odwołujący wskazał na szczątkową i bezkrytyczną opinię dotyczącą złożonych wyjaśnień, a przedstawioną przez Inspektora Nadzoru Budowlanego zamawiającego Działowi Zamówień Publicznych.

W ocenie odwołującego, krytyczna i staranna analiza wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny, złożonych

przez wykonawcę ULMAN D. M., prowadzi do wniosku, iż wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W szczególności, wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób było możliwe ponad stukrotne obniżenie ceny z poziomu 996 300 000,00 zł brutto (oferta z 18.08.2020 r.) do kwoty 655 000,00 zł brutto (wynik aukcji elektronicznej z dnia 9.09.2020r.). Złożone wyjaśnienia nie zawierają elementu kalkulacyjnego, z którego wynikałoby z jakich powodów doszło do znaczącej optymalizacji ceny oferty. Zdaniem odwołującego, na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający nie był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie jest rażąco niska. Odwołujący podniósł, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne. Wykonawca nie przedstawił w jaki sposób i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona, dzięki powołanym okolicznościom mającym wpływ – według wykonawcy - na cenę oferty, a także nie wykazał, że te okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom. Wykonawca nie udzielił odpowiedzi na pytanie zadane przez zamawiającego o wskazanie sposobu dokonania kalkulacji. Odwołujący zauważył, że większość wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia to mali przedsiębiorcy, których koszty ogólne są niskie, a siedziba i park maszynowy są umiejscowione na ich prywatnych posesjach. Wszyscy wykonawcy mają własne kontenery i środki transportu, a także sprzęt specjalistyczny do rozbiórek.

Odwołujący dodatkowo podkreślił, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, zamawiający wskazał na konkretne obszary, których wyjaśnienia oczekiwał w sposób szczególny wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania. Zamawiający przy tym wprost oczekiwał przedstawienia dowodów. Wykonawca ULMAN D. M. nie odniósł się do wszystkich elementów wezwania, nie wykazał wysokości ponoszonych kosztów, nie podał wpływu wymienionych przez siebie czynników na wysokość ceny i nie przedstawił dowodów, w szczególności nie wykazał kosztów pracy. Odwołujący zauważył, że z wyjaśnień nie wynika ile osób zatrudni wykonawca, jakie będzie ich wynagrodzenie oraz jakie będą koszty pracodawcy. Co do powoływanej przez wykonawcę zmiany technologii prowadzenia prac rozbiórkowych z ręcznych na mechaniczne, to stwierdził, że współczesne metody rozbiórki opierają się na takich metodach. Jednocześnie mechaniczny sposób wyburzenia obiektów objętych przedmiotem zamówienia wynika z dokumentacji projektowej.

Odnosząc się do poszczególnych elementów kosztorysu załączonego do wyjaśnień, odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na pozycję kosztorysową pn.: *„Wywóz gruzu i przeznaczenie go do ponownego wykorzystania”* (przychód ze sprzedaży gruzu – 30 zł/tona) i podkreślił, że wykonawca nie wykazał, aby dysponował możliwością przekazania gruzu innemu podmiotowi, ani nie powoływał się na to w wyjaśnieniach, nie przedstawił dowodów, w tym również względem wysokości ceny. Zwrócił też uwagę, że wykonawca ULMAN D. M. nie posiada decyzji zezwalającej na przetwarzanie odpadów takich jak gruz pochodzący z rozbiórki na materiał budowlany, w związku z czym nie może wykazać przychodu z jego sprzedaży. Wręcz przeciwnie, winien przewidzieć koszty związane z usunięciem i utylizacją gruzu.

Następnie, odwołujący podniósł, że wykonawca ULMAN D. M. podał w kosztorysie identyczne ceny jednostkowe dla rozbiórki fundamentów i ścian (poz. 25 i 21), co jest nierealne, albowiem rozbiórka fundamentów jest bardziej kosztowna.

Ponadto, odwołujący stwierdził, że o wadliwości kalkulacji świadczą stawki zadeklarowane za likwidację torowiska. Wykonawca podał cenę ryczałtową, bez wskazania uzasadnienia i dowodów. W szczególności odwołujący zwrócił uwagę na brak wykazania kosztów utylizacji podkładów kolejowych jako odpadów niebezpiecznych.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że odpowiadając na wezwanie zamawiającego wykonawca ULMAN D. M. uczynił to w sposób ogólnikowy, a przedstawione założenia kalkulacyjne okazały się gołosłowne. Skoro wykonawca zaniżył lub pominął szereg czynników kosztotwórczych, składających się na koszty realizacji zamówienia, to zamawiający nie miał podstaw do uznania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a co najistotniejsze wykonawca nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny. W piśmie wyjaśniającym wykonawca ULMAN D. M. zawarł zbiór informacji niepowiązanych ze sobą, nie popartych komentarzami.

Dodatkowo, odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym na wyrok z dnia 14.01.2021 r. o sygn. akt: KIO 3338/20, w którym Izba negatywnie oceniła wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ULMAN D. M. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na rozbiórkę obiektów położonych na terenie byłej KWK Dębieńsko.

Z kolei odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy PUI „ARGO” mgr inż. A. S. odwołujący przywołał poszczególne elementy zawarte przez tego wykonawcę w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z dnia 15.09.2020 r. Odwołujący podkreślił, że okoliczności te nie zostały poparte żadnymi dowodami, zaś wykonawca ograniczył się do zapewnień, że przedstawione przez niego założenia są prawdziwe i rzeczywiście wpływają na obniżenie ceny oferty.

W ocenie dowołującego wykonawca PUI „ARGO” mgr inż. A. S. nie wywiązał się z obowiązku przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień, zawierających wszystkie elementy objęte wezwaniem skierowanym przez zamawiającego wraz z dowodami na potwierdzenie powoływanych przez siebie okoliczności. Wykonawca oparł swoje wyjaśnienia na ogólnikach, a twierdzenia w nich zawarte są gołosłowne i nieudowodnione.

Odwołujący podniósł, że wykonawca PUI „ARGO” mgr inż. A. S. w szczególności:
- nie wykazał, że dysponuje maszynami, środkami transportu i narzędziami wymienionymi w „Zestawieniu sprzętu i transportu”, przy czym nie przedłożył powoływanej przez siebie umowy najmu sprzętu;
- nie udowodnił, że dysponuje możliwością przekazania odpadów do utylizacji oraz zakupu materiałów po kosztach wskazanych w „Wykazie materiałów do utylizacji i zakupu”, przy czym nie przedłożył powoływanej przez siebie umowy na dostawę gruzu rozbiórkowego;
- nie poparł dowodami kosztów ujętych w „Zestawieniu kosztów dodatkowych”.

Odwołujący wywodził, że wyjaśnienia złożone przez PUI „ARGO” mgr inż. A. S. nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący, nie czyniły zadość wymaganiom zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia 11.09.2020 r., w szczególności w zakresie przedstawienia szczegółowych kalkulacji i dowodów, a ich ocena została przeprowadzona przez zamawiającego z uchybieniem należytej staranności.

Ponownie powołał się na szczątkową analizę wyjaśnień dokonaną przez Inspektora Nadzoru Budowlanego w Oddziale KWK „Jas Mos-Rydułtowy I”.

Zdaniem odwołującego, wobec braku jakichkolwiek dowodów nie można ustalić, czy przedstawiony przez wykonawcę

PUI „ARGO” mgr inż. A. S. sposób zbudowania zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia był rzetelny i wiarygodny. A wobec istnienia ciężaru dowodu w zakresie braku istnienia rażąco niskiej ceny, który obciąża wykonawcę, nie sposób konwalidować braku dowodów na aktualnym etapie postępowania.

Odwołujący dodatkowo przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ULMAN D. M. oraz wykonawcę PUI „ARGO” mgr inż. A. S. powinna skutkować odrzuceniem tych ofert, ponieważ wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne i nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez zamawiającego. Z zarzutami tymi koresponduje zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień i dowodów, jakie nie zostały złożone przez ww. wykonawców.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 28 stycznia 2021 roku przekazał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

W dniu 1 lutego 2021 roku wykonawca A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. S. (zwany dalej: „PUI „ARGO” A. S.” lub „przystępujący I”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Także w dniu 1 lutego 2021 roku wykonawca D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. D. ULMAN (zwany dalej: „ULMAN D. M.” lub „przystępujący II”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień ww. wykonawców wobec spełnienia wymogów określonych w art. 525 ust. 1 i 2 nPzp i dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w charakterze uczestników tego postępowania.

Izba w tym zakresie nie uwzględniła zastrzeżenia odwołującego co do wymogów formalnych przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę ULMAN D. M. (określanego przez odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego jako „opozycja względem przystąpienia”), które było kwestionowane z uwagi na przekazanie kopii przystąpienia na adres mailowy pełnomocnika odwołującego, a nie odwołującego jako strony. Podkreślić należy, że pełnomocnik jako osoba reprezentująca odwołującego, jak i jego adres mailowy, zostały wskazane w odwołaniu na 1 stronie odwołania. Tym samym, nie można uznać, że wykonawca przesyłając kopię zgłoszenia przystąpienia pełnomocnikowi strony odwołującej się, nie wypełnił dyspozycji przepisu art. 525 ust. 2 nPzp, z którego wynika obowiązek przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W dniu 19 lutego 2021 roku zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie,w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 lutego 2021 roku odwołujący złożył replikę, stanowiącą jego pisemne stanowisko w sprawie, natomiast przystępujący I złożył pismo wraz z dowodami.

W trakcie posiedzenia i rozprawy strony oraz obaj przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 22 lutego 2021 roku z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp.

Przystępujący II – ULMAN D. M. w swoim piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, sformułował wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy nPzp stwierdzając, że okoliczności stanowiące podstawę zarzutu rażąco niskiej ceny wobec oferty złożonej przez niego były znane odwołującemu już w dacie 16.10.2020 roku, kiedy to zamawiający po raz pierwszy zawiadomił strony o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wówczas – zdaniem przystępującego II – odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, jak i zachodziły przesłanki do złożenia odwołania lub przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2717/20, które zostało zainicjowane przez obecnego przystępującego II.

Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania, uznając, że zostało ono złożone w terminie. Podkreślić należy, że po wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 16.10.2020 roku oferta obecnego odwołującego zajmowała odległą pozycję w rankingu, a po wyborze z dnia 22 stycznia 2021 roku – zaledwie trzecią. W wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 2717/20 Izba nakazała odrzucenie dwóch z trzech kwestionowanych ofert. W międzyczasie zamawiający odrzucił ponadto 5 ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp (zawiadomienie z dnia 21.12.2020 r.). A zatem sytuacja wykonawcy odwołującego diametralnie zmieniła się pomiędzy pierwszym a drugim wyborem oferty najkorzystniejszej, co nie pozostaje bez wpływu na ocenę jego interesu we wniesieniu odwołania, jak i na samą kalkulację „opłacalności” wniesienia odwołania na etapie pierwszego i drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto, wykonując wyrok Izby i unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym odrzucając dwie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający dokonał także ponownej czynności badania i oceny ofert, w ramach której mógł zweryfikować swoje założenia co do oceny ofert, w tym także pod kątem rażąco niskiej ceny, objętych niniejszym odwołaniem. Powyższe wynika z treści uchwały Nr 1246/2020/Z/VIII z dnia 8 grudnia 2020 r. Zarządu Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., na mocy której postanowiono unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucić oferty ww. wykonawców – zgodnie z powołanym wyrokiem Izby, a także zobowiązać Komisję Przetargową do powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem ofert niepodlegających

odrzuceniu.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w tym także przekazanej przez zamawiającego przy sprawie KIO 2717/20, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ") wraz z załącznikami, informacji z otwarcia ofert, oferty wykonawcy PUI „ARGO" A. Si oferty wykonawcy ULMAN D. . wezwań zamawiającego do udzielenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny skierowanych do ww. wykonawców i odpowiedzi na te wezwania, zawiadomień o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawiadomień o odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu, a także z akt sprawy o sygn. akt: KIO 2717/20 oraz z dokumentów przedłożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego.

Ponadto, Izba wzięła także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 lutego 2021 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: Rozbiórka 12 obiektów budowlanych wraz z wyposażeniem oraz likwidacją przyłączy i instalacji przesyłowych integralnie związanych z tymi obiektami dla SRK S.A. Oddział KWK „Jas-Mos· Rydułtowy I" Ruch „Rydułtowy I".

W pkt 15 SIWZ - *Opis Sposobu Obliczenia Ceny* zamawiający wskazał:

1. Wykonawca winien zaoferować cenę ryczałtową kompletną, jednoznaczną, ostateczną dla całego zadania objętego zamówieniem. Należy podać kwotę netto, podatek od towarów i usług i kwotę brutto.
2. W cenie ryczałtowej winien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert ustalono, że w postępowaniu złożono 16 ofert, m.in. przez wykonawców:
- oferta nr 3: ULMAN D. M. – cena oferty: 996.300.000,00 zł,
- oferta nr 8: PUI „ARGO" A. S. – cena oferty: 904.050.000,00 zł,
- oferta nr 16: odwołującego – cena oferty: 9.225.410,82 zł.

Najtańsza oferta opiewała na kwotę 1.039.350,00 zł (oferta nr 4), a najdroższa na kwotę: 999.999.990,06 zł (oferta nr 7). Wartość szacunkowa zamówienia: 2.120.262,92 PLN.

W dniu 9 września 2020 r. zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w wyniku której ww. wykonawcy zaoferowali następujące ceny:
- ULMAN D. M. - cena oferty: 655.000,00 zł;
- PUI „ARGO" A. S. – cena oferty: 890.000,00 zł;
- odwołujący – cena oferty: 1.980.000,00 zł.

Najtańsza oferta opiewała na kwotę 138.500,00 zł, a najdroższa na kwotę: 2.514.200,00 zł.

Pismami z dnia 11 września 2020 r. zamawiający wezwał m.in. wykonawcę PUI „ARGO" A. S.oraz wykonawcę ULMAN D. M. do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z ustaleniem, że zaoferowana w wyniku aukcji elektronicznej cena za wykonanie przedmiotu zamówienia budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i jest niższa o 30% od wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego. Wykonawcy zostali zobowiązani do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia szczegółowo opisanego w SIWZ.
Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak:
- oszczędność metody wykonania zamówienia,
- wybrane rozwiązania techniczne,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy,
- koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017r. poz. 847),
- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,
-wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska,
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W wyjaśnieniach należało przedstawić szczegółową kalkulację w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót z rozbiciem na materiał, sprzęt, robociznę, koszty pośrednie, zysk i podatek VAT, uwzględniając wszystkie uwarunkowania zawarte w przedmiarze robót, projekcie rozbiórki, SIWZ oraz podczas odbytej wizji lokalnej.

Jednocześnie zamawiający podał schemat takiej kalkulacji:

„1. Robocizna: Robocizna z Kp i Z (Koszty pośredni i Zysk) :……ilość roboczogodzin x …… cena jednostkowa rg = ……..kwota netto + VAT % = ……...Kwota brutto PLN

*2. Materiał :*nazwa materiału: ……ilość materiału x ……...cena materiału = ……..kwota netto + VAT % = ……..Kwota brutto PLN *w przypadku większej ilości materiału wypisać wszystkie*

*3. Sprzęt :Sprzęt z Kp i Z :**nazwa sprzętu: ……..ilość sprzętu x ……cena mg sprzętu = ……...kwota netto + VAT % = ……..Kwota brutto PLN **w przypadku większej ilości sprzętu wypisać*

wszystkie

4. Koszty pośrednie : …. % - ……...kwota netto + VAT % = ……...Kwota brutto PLN

5. Zysk : …. % - ……kwota netto + VAT % = …….Kwota brutto PLN

Inne uwarunkowania zmniejszające lub zwiększające wartość pozycji jeżeli występują np.:

- sprzęt własny = ……koszty własne + ……...paliwo + …….operator + ……dojazd do lokalizacji + ……inne = …….. cena netto mg + VAT = ……...cena brutto mg PLN – (dowody w postaci faktur)

- materiał własny = ……ilość materiału własnego ……..x …….cena materiału własnego = …….. cena netto + VAT = ……...cena brutto PLN (dowód zakupu za kwotę oferowaną)

- inne (wypisać jakie) – …… ilość x …… cena …….. = cena netto+ VAT = ……...cena brutto rg (z dowodami potwierdzającymi wartość zakupu)

- zmniejszenie lub zwiększenie pozycji obmiaru – obmiar zgodnie z przedmiarem lub wyliczenie różnicy na podstawie projektu lub wizji lokalnej

- …… zmniejszenie pozycji x …….. cena jednostkowa = …….. cena netto + VAT = ……...cena brutto PLN lub + …….. zwiększenie pozycji x …….. cena jednostkowa = + …… cena netto + VAT = ……...cena brutto PLN".

W dalszej części wezwania zamawiający wskazał, że: *„Wykonawca jest obowiązany podać koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Wykonawca obowiązany jest wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia – umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017r. poz. 847). Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020r., od 01.01.2020r. minimalne wynagrodzenia za pracę ustalone zostało w wysokości 2 600,00 zł, natomiast minimalną stawkę godzinową ustalono w wysokości 17,00 zł. Z zaprezentowanej w wyjaśnieniach przez Wykonawcę szczegółowej kalkulacji ceny oferty musi wynikać jednoznacznie i bezdyskusyjnie, że miesięczne koszty pracy przypadające na każdą z osób zatrudnionych przy wykonywaniu zamówienia nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Ponadto w kalkulacji należy uwzględnić koszt pracodawcy wynikający z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych".*
Zamawiający pouczył także o obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, wynikającym z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i podkreślił, że wyjaśnienia wraz z dowodami należy złożyć w oznaczonym terminie (do dnia 17.09.2020r.).

Pismem z dnia 15.09.2020 r. wykonawca PUI „ARGO" A. S. złożył wyjaśnienia wraz z zestawieniem sprzętu i transportu, zestawieniem materiałów do utylizacji i zakupu, zestawieniem kosztów dodatkowych.

Z kolei wykonawca ULMAN D. M. złożył swoje wyjaśnienia pismem z dnia 16.09.2020 r., do którego załączył kosztorys.

Zamawiający w dniu 16 października 2020 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DEMOLITION GROUP M. M. Czynność ta została zaskarżona przez wykonawcę ULMAN D. M. (odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt: KIO 2717/20).

Wyrokiem z dnia 17 listopada 2020 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2717/20 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DEMOLITION GROUP M. M. oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) Fobud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Marklowicach oraz (2) A. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą jako Spec-Bud Ś. A. Turza Śląska z postępowania, na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wykonaniu ww. wyroku zamawiający w dniu 8 grudnia 2020 roku unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy DEMOLITION GROUP M. M. jako najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę wykonawcy DEMOLITION GROUP M. M. o ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) Fobud Sp. z o.o. oraz (2) SPEC-BUD Ś. A. na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a także powtórzył czynność badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 21 grudnia 2020 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu 5 ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

W dniu 22 stycznia 2021 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę ULMAN D. M. . Na drugim miejscu znalazła się oferta wykonawcy PUI „ARGO" A. S., a na trzecim - oferta odwołującego.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp:
1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w

którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp stanowi:
1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Na wstępie skład orzekający Izby przywołuje argumentację zaprezentowaną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2018 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1764/18, którą w pełni podziela i przyjmuje jako stanowisko własne, a mianowicie: *„zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powyższe wynika wprost z treści art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wykonawca został więc ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Ponieważ celem wyjaśnień wykonawcy jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Podkreślić tutaj należy, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, skutkować winny odrzuceniem oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2721/15). Podkreślić trzeba, iż efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. W ocenie Izby istotną wagę jaką przypisać należy przedstawieniu szczegółowych wyjaśnień potwierdza ustawowy wymóg przedstawienia dowodów na poparcie stawianych tez wynikający z art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. (…) Ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Natomiast powyższe nie zwalnia wykonawców z obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, jeżeli ich uzyskanie jest obiektywnie możliwe. Same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem.”.*

W niniejszym postępowaniu zamawiający – zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp – był zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy ULMAN D. M. oraz wykonawcy PUI „ARGO” A. S. o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, z uwagi na fakt, że wystąpiła przesłanka określona w tym przepisie, a mianowicie ceny ofert ww. wykonawców są niższe o ponad 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Izba w pełni podzieliła argumentację odwołującego w kwestii oceny wyjaśnień dotyczących ceny oferty, złożonych zamawiającemu przez wykonawcę ULMAN D. M. oraz wykonawcę PUI „ARGO” A. S. .

Należy podkreślić, że samo wezwanie zamawiającego było konkretne i szczegółowe. Powołując się na konieczność wyjaśnienia elementów wymienionych w dyspozycji przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wyszczególnił koszty pracy (pogrubienie czcionki), zaznaczył też konieczność złożenia dowodów. Zamawiający żądał również przedłożenia szczegółowej kalkulacji w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót i przedstawił schemat takiej kalkulacji. Zobowiązał także do wskazania innych uwarunkowań zmniejszających lub zwiększających wartość wycenianych pozycji wraz z dowodami w postaci faktur, czy dowodów zakupu. Dalej szczegółowo odniósł się do kwestii kosztów pracy, żądając wyjaśnień jakie koszty pracy zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Zamawiający użył wprost sformułowania: *„Wykonawca obowiązany jest wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia – umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowe”.* Zatem, zamawiający kilkakrotnie w jednym wezwaniu zwracał uwagę na konieczność przedstawienia dowodów, w tym także w odniesieniu do kosztów pracy.

Obowiązkiem wykonawcy wezwanego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu ofert jest wykazanie, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, co wynika bezpośrednio z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym, rzeczą wykonawców wezwanych do wyjaśnień było złożenie miarodajnych, rzeczowych i konkretnych wyjaśnień popartych dowodami. Natomiast obowiązkiem zamawiającego była prawidłowa i rzetelna ich ocena. Jak słusznie zwrócił

uwagę odwołujący ww. wykonawcy nie sprostali temu obowiązkowi, a tym samym zamawiający nie był uprawniony do dokonania pozytywnej oceny udzielonych wyjaśnień.

Należy też dodać, że nie jest zasadne bagatelizowanie samego wezwania, skoro miało ono już miejsce i nie zostały zakwestionowane jego podstawy, co zdawał się czynić sam zamawiający, stawiając akcent, zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i w toku rozprawy, na samo pojęcie „rażąco niskiej ceny" oraz stwierdzając, że w postępowaniu odwoławczym (sygn. akt: KIO 2717/20), dotyczącym tego samego postępowania o udzielenie zamówienia:*„Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w sprawie Wykonawcy Dominex Sp. zo.o. i uznała, że zarzut jest niezasadny. Wobec powyższego Dominex Sp. z o.o. uczestniczyła w dalszym etapie, postępowania przetargowego. Niemniej, z dniem 15 grudnia 2020 roku, Dominex Sp. z. o.o. nie przedłużyła terminu związania ofertą, to też Zamawiający dokonał wyboru Wykonawcy ULMAN D. M. . Podkreślenia wymaga, że Izba uznała, iż brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu, dotyczącego zaniechania prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez Dominex Sp. z o.o., jak i zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na nie złożenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Z uwagi na powyższe, brak było podstaw do uznania, iż zaproponowana przez Dominex Sp. z o.o. cena, tj. 380 00,00 zł brutto nosi znamiona rażąco niskiej".*

Dalej zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że: *Przytoczenie powyższego jest istotne o tyle, iż obecnie Zmawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu ofertę ULMAN D. M., który zaoferował cenę 655 000.00 zł brutto co zwiększa wartość zamówienia o 72%. Należy również odnotować, iż w wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w przedmiotowym postępowaniu uzyskano ranking 16 ofert, spośród których ULMAN D. M. zajmował 9 (655 000, 00 zł brutto) pozycję, ARGO A. S. 10 pozycję (890 000,00 zł brutto), zaś Odwołujący 14 pozycję (1 980 000, 00 zł brutto). To z kolei nakazuje wyprowadzić wniosek, Iż większość ofert złożonych przez innych wykonawców, opierało na kwoty niższe, aniżeli oferta, którą obecnie Zamawiający uznał za najkorzystniejszą.".*

Odnosząc się do powyższej argumentacji zamawiającego należy zauważyć, że wezwanie do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z dnia 11 września 2020 roku, wystosowane do obu przystępujących, miało miejsce już po przeprowadzonej aukcji elektronicznej, właśnie w odniesieniu do cen zaoferowanych w wyniku aukcji elektronicznej. Ponadto, słusznie odwołujący podnosił, że Izba w powołanej powyżej sprawie rozpoznawała konkretne zarzuty podniesione w odwołaniu, przy czym nie dotyczyły one ofert złożonych przez przystępujących. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie ma znaczenia okoliczność, iż Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego ceny oferty Dominex (wycenionej na kwotę 380 000 zł). To, że cena innej oferty, złożonej w danym postępowaniu jest niższa od ceny oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia zamawiający poddaje ocenie, nie wiąże się z możliwością automatycznego przyjęcia, że nie jest to cena rażąco niska. Zasadnie odwołujący wywodził, iż wyjaśnienia ceny oferty powinny zawierać odniesienie do konkretnych, indywidualnych dla danego wykonawcy czynników mających wpływ na wysokość ceny, które to następnie powinny zostać poddane wnikliwej analizie przez zamawiającego.

Za odwołującym należy też wskazać, że zamawiający nałożył na przystępujących konkretne obowiązki, związane z koniecznością uwzględnienia konkretnych elementów w wyjaśnieniach ceny oferty, jak i wykazaniem oraz udowodnieniem określonych czynników mających wpływ na wysokość ceny, przy czym w razie braku tych elementów zamawiający nie może pomijać tej okoliczności przy ocenie wyjaśnień.

W ocenie Izby, żaden z ww. wykonawców nie udzielił wyjaśnień, które odpowiadałyby wymaganiom określonym w wezwaniu zamawiającego z dnia 11 września 2020 roku. Izba uznała przedmiotowe wyjaśnienia za zbyt ogólne, lakoniczne, a nadto nie poparte jakimikolwiek dowodami. Za niewystarczające Izba uznała przedłożenie kosztorysu przez wykonawcę ULMAN D. M., czy elementy kalkulacyjne zawarte w samej treści wyjaśnień wykonawcy PUI „ARGO A. S. . Dokumenty te poza własnymi twierdzeniami wykonawców nie zawierały dowodów potwierdzających wartość poszczególnych elementów mających wpływ na cenę oferty.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ULMAN D. M., Izba w pełni podziela ocenę analogicznych wyjaśnień, dokonaną przez Izbę w wyroku z dnia 14 stycznia 2021 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 3338/20, na który powoływał się odwołujący. Wyjaśnienia, będące przedmiotem oceny Izby w ww. sprawie, zostały złożone co prawda w innym postępowaniu, tj. w postępowaniu prowadzonym przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółkę Akcyjną w Bytomiu na zadanie: Rozbiórka obiektów w Czerwionce Leszczynach, położonych na terenie byłej KWK Dębieńsko", ale jak wynika z uzasadnienia ww. wyroku (w tym ustaleń faktycznych) wykonawca ULMAN D. M. złożył tam niemal jednakowe, jeśli nie identyczne wyjaśnienia ceny oferty.

Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie podziela ocenę, że:
„Wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wykonawca wskazał jedynie na okoliczności, które – w jego przekonaniu – mają wpływ na obniżenie ceny, bez wskazania, w jaki sposób i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona. W ocenie Izby, wykonawca nie wykazał, iż wskazane okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu. Ponadto wykonawca nie wskazał, w jaki sposób wskazane okoliczności wpływają na jego cenę, tzn. w szczególności – o ile dana okoliczność jest w stanie obniżyć cenę oferty. Wykonawca nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego, który prosił między innymi o wskazanie, w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny oraz w jaki sposób podane okoliczności wpływają na obniżenie ceny oferty.
Zamawiający oczekiwał również wskazania w szczegółowej kalkulacji kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienia, dlaczego koszty te skalkulowano w takim wymiarze. Wykonawca obowiązany był wykazać i udowodnić, że przyjęte koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej określonej we właściwych przepisach. Ponadto w kalkulacji należało uwzględnić koszty pracodawcy wynikające z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.
Wykonawca Ulman D. M. nie wykazał powyższych okoliczności. W szczególności nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe. Przystępujący nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie. Nie wiadomo, ile osób będzie wykonywać przedmiotowe zamówienie, jaka będzie wysokość ich wynagrodzenia oraz jakie koszty poniesie pracodawca. (…) wyjaśnienia nie zawierają elementów, o które zamawiający prosił w wystosowanym wezwaniu".

Reasumując, stwierdzić należy, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ULMAN D. M. są zbyt ogólnikowe i nie zmienia tej oceny fakt, że został do nich dołączony kosztorys, oparty o przedmiar robót. Kosztorys ten nie został poparty ani

dowodami, ani też rzeczowymi wyjaśnieniami, które potwierdzałyby wiarygodność cen jednostkowych, ujętych w kosztorysie. Ww. wykonawca nie odniósł się w sposób szczegółowy do kosztów pracy, o co był przecież wzywany w sposób szczególny. Wykonawca zawarł w treści wyjaśnień jedynie ogólne oświadczenie/zapewnienie dotyczące wynagrodzenia, a mianowicie, że: *„Wynagrodzenie naszych pracowników nie jest niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającego z aktualnie obowiązujących przepisów tj. 17 zł, jak również miesięczne wynagrodzenie pracowników nie jest niższe od minimalnego wynagrodzenia, za pracę które w obecnym roku wynosi 2600,00 zł.”.* Jak z powyższego wynika, wykonawca oświadczył, że to wynagrodzenie nie będzie niższe od minimalnego, ale nie wskazał konkretnej jego wysokości, nie mówiąc już o kosztach pracodawcy z tego tytułu. Z załączonego kosztorysu wynika, że przyjął jednolitą stawkę 17 zł niezależnie od rodzaju robót czy stanowiska. Kosztorys nie potwierdza w żaden sposób przyjętej kalkulacji kosztów pracy.

Treść wyjaśnień dotyczących ceny oferty oparta jest na ogólnikowych hasłach i nie prezentuje rzeczowej argumentacji, która pozwalałaby uwiarygodnić kalkulację poszczególnych elementów, wynikającą z załączonego do wyjaśnień kosztorysu.

Do wyjaśnień nie załączono jakichkolwiek dowodów do czego był wykonawca zobowiązany (w treści wezwania zamawiający kilkukrotnie zwracał uwagę na konieczność przedstawienia dowodów).

Powyższe okoliczności wskazują, że ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ULMAN D. M. nie mogła być pozytywna, albowiem wykonawca nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Przy czym raz jeszcze podnieść należy, że złożenie ogólnikowych, nieprzekonujących i nierzetelnych wyjaśnień, nie popartych dowodami i nie wykazujących realności zaoferowanej ceny, jak i tego, że nie jest ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba uznała także wyjaśnienia złożone przez wykonawcę PUI „ARGO” A. S. za niewyczerpujące, nie odpowiadające treści wezwania zamawiającego, a w szczególności za nie poparte żadnymi dowodami, przy czym podkreślić należy, że złożenie dowodów w toku postępowania odwoławczego w tym zakresie należy uznać za działanie spóźnione. Te dowody winny być dołączone do wyjaśnień, na potwierdzenie przyjętych w nich założeń.

Raz jeszcze zauważyć należy, że Izba bada czynność zamawiającego polegającą na badaniu i ocenie złożonych wyjaśnień przez wykonawcę oraz to, czy zamawiający na ich podstawie był uprawniony do uznania, że wykonawca sprostał obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykonawca PUI „ARGO” A. S. w swoich wyjaśnieniach zawarł szereg ogólnikowych twierdzeń – w szczególności w części: I - oświadczenia wstępne i w części II- wyjaśnienia część ogólna. Na marginesie należy też zauważyć, że sam wykonawca w swoich wyjaśnieniach przytacza fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wskazujący, iż: *„obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów”.*

W części III – wyjaśnienia część szczegółowa wykonawca wprawdzie wskazał na wysokość miesięcznego wynagrodzenia pracowników (z wyjątkiem operatorów sprzętu, którzy jak wskazał mają być zapewnieni przez podwykonawcę) w odniesieniu do poszczególnych stanowisk i liczby osób (geodeta na podstawie umowy zlecenia) oraz zawarł ogólne oświadczenie, że wysokość ta uwzględnia koszty pracodawcy, bez szczegółowego odniesienia co się składa na podaną wartość wynagrodzenia. Wykonawca ten nie załączył jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie kalkulowanych kosztów pracy, czego wyraźnie żądał zamawiający w wezwaniu z dnia 11 września 2020 roku (użyte sformułowanie: *„Wykonawca obowiązany jest wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (…) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki..”).* Zatem, nie ulega wątpliwości, że zamawiający bezpośrednio i konkretne wskazał na obowiązek udowodnienia kosztów pracy. Przy czym w wezwaniu jest też mowa o obowiązku zaprezentowania szczegółowej kalkulacji – a w ocenie Izby przedstawiona przez wykonawcę kalkulacja nie jest kalkulacją szczegółową w zakresie kosztów pracy, skoro nie precyzuje wysokości wynagrodzenia i kosztów pracodawcy (tylko wskazuje na ich łączną wysokość).

Także w odniesieniu do pozostałych elementów wskazanych przez wykonawcę PUI „ARGO” A. S. w części szczegółowej wyjaśnień, tj. kosztów sprzętu i transportu, kosztów utylizacji i materiału, a także kosztów dodatkowych, brak jakichkolwiek dowodów, czy odniesienia w jaki sposób wskazane elementy wpływają na obniżenie ceny oferty. Dodać należy, że powołanie się na istnienie jakiegoś dowodu (np. w przypadku zestawienia sprzętu i transportu wykonawca powoływał się na ofertę podwykonawcy) nie jest równoznaczne z jego złożeniem. Zaś jak wynika z treści wezwania zamawiający żądał przedłożenia dowodów również w przypadku innych uwarunkowań zmniejszających lub zwiększających wartość poszczególnych pozycji, w tym dowodów zakupu.

Reasumując, stwierdzić należy, że zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ULMAN D. M. oraz wykonawcę PUI „ARGO” A. S., którzy też nie wykazali, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, co było istotne, także z uwagi na radykalną obniżkę ceny zaoferowanej w wyniku aukcji elektronicznej w stosunku do ceny wynikającej ze złożonej oferty.

W konsekwencji potwierdził się też zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do ofert obu przystępujących, dlatego też uwzględniła odwołanie w całości i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 1, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania (10 000,00 zł) oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600,00 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Przewodniczący:……..