Sygn. akt: KIO 1462/21, KIO 1481/21

WYROK
z dnia 7 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2021 r. przez:

I.odwołującego Energokon-Plus Sp. z o.o. w Sosnowcu sygn. akt: KIO 1462/21

II.odwołującego Foxmet Sp. z o.o. w Czerwionce-Leszczynach sygn. akt: KIO 1481/21

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu

orzeka:

I.W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 1462/21:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Energokon-Plus Sp. z o.o. w Sosnowcu i zalicza na poczet kosztów kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

I.W przedmiocie odwołania sygn. akt KIO 1481/21:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Foxmet Sp. z o.o. w Czerwionce-Leszczynach i zalicza na poczet kosztów kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze 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:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 7 lipca 2021 r. w sprawach o sygn. akt: KIO 1462/21, KIO 1481/21

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Likwidacja infrastruktury w rejonie Szybu III dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój 1 - Śląsk" Ruch „Śląsk", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 9 lutego 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00006175/01, zwane dalej jako „postępowanie".

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1462/21:

W dniu 17 maja 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Energokon-Plus Sp. z o.o. ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec (dalej zwany jako „odwołującym" lub „odwołującym Energokon"). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 16 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 wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów dotyczących ceny oferty, jakie zostały przedłożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny,

2.art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską, w sytuacji gdy Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych przez Odwołującego, pomijając wiarygodne wyjaśnienia oraz dowody przedłożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i powtórzenie oceny ofert z jej udziałem.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W związku z ustaleniem, iż zaproponowana przez odwołującego w wyniku aukcji elektronicznej cena za wykonanie przedmiotu zamówienia (988 334,00 zł) jest niższa o 41% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług (1 692 460,00 zł), na podstawie art. 224 ust. 1 p.z.p., pismem z dnia 19.03.2021 r., zamawiający zwrócił się do odwołującego z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. W odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 23.03.2021 r., odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia wraz z kalkulacją kosztów wykonania poszczególnych zadań składających się na przedmiot zamówienia oraz dowodami potwierdzającymi wysokość ceny oferty.

Następnie, pismem z dnia 15.04.2021 r., zamawiający zwrócił się do odwołującego z wezwaniem do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający zauważył, że projekt rozbiórki zakłada wywóz i utylizacje gruzu powstałego z rozbiórki konstrukcji o łącznej objętości 1619 m3. Z kolei w kalkulacji ceny odwołującego przyjęto transport i utylizacje gruzu o łącznej objętości 965 m3. W związku z powyższym zamawiający poprosił o wyjaśnienia rozbieżności wskazanych w dodatkowym wezwaniu. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia dodatkowych

wyjaśnień, pismem z dnia 19.04.2021 r. odwołujący wskazał, że przyjął wywóz i utylizację gruzu w ilości 985 m3, a więc więcej niż w załączonym do specyfikacji przedmiarze. Odwołujący szacuje, że rzeczywista ilość gruzu będzie niższa, niż szacowana przez zamawiającego jako 1 619 m3. Powstała różnica będzie rozdrobniona do frakcji wymaganej w projekcie podczas prac rozbiórkowych, poprzez użycie szczęk kruszących bez używania kruszarki stacjonarnej i użyta do zasypania i zagęszczenia wykopów. Taki sposób prowadzenia prac (bez użycia instalacji kruszącej wymagającej stosownych pozwoleń) jest w pełni dopuszczalny przepisami prawa. Ponadto, zgodnie z zapisami SIWZ przedmiar jest orientacyjny, rzeczywistą ilość gruzu wykonawca oszacował podczas wizji lokalnej i raz jeszcze potwierdza, że wyliczenie ceny jest poprawne i obejmuje wszystkie koszty wykonania zadania.

W piśmie z dnia 11.05.2021 r. zamawiający poinformował o dokonaniu czynności odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny (art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.). Zdaniem zamawiającego wyjaśnienia odwołującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji postępowania. Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie uwzględnił erraty do projektu budowlanego rozbiórki, z której wynika, że kruszenie gruzu odbywać się będzie poza terenem rozbiórki (gruz porozbiórkowy należy wywieść poza teren rozbiórki i zutylizować, a następnie przywieść gruz do wykonania zasypów). Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

W ocenie odwołującego zaprezentowany przez zamawiającego sposób uzasadnienia odrzucenia oferty nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Użyte argumenty nie korespondują bowiem z regulacją art. 224 ust. 1 p.z.p. Zamawiający nie stwierdza, że mamy do czynienia z ceną oderwaną od realiów rynkowych (ceną rażąco niską), lecz zarzuca odwołującemu, iż sposób wykonania zamówienia wynikający ze złożonych wyjaśnień jest sprzeczny z treścią SWZ. Gdyby nawet tak było, czemu odwołujący zaprzecza, to podstawa prawną odrzucenia oferty powinien być art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., nie zaś art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 24.03.2021 r., odwołujący zamierza uzyskać zysk z realizacji zamówienia na sumę 38 263,03 zł netto, zaś wyjaśnienia zawierają pozycję „pozostałe koszty" na sumę 101 168,55 zł netto, kiedy pojęcie rażąco niskiej ceny, jak wielokrotnie zaznaczała w swoich wyrokach Izba, jest subiektywne i nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy p.z.p. Ustawodawca nie przewidział również procentowego poziomu, na podstawie którego można byłoby automatycznie uznać, że cena oferty jest rażąco niska. Wystąpienie rażąco niskiej ceny należy więc każdorazowo rozpatrywać przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz wartości zamówienia.

Zdaniem odwołującego, ocena udzielonych przez niego wyjaśnień dotyczących ceny oferty powinna uwzględniać prezentowany przez wykonawcę sposób realizacji świadczenia (w tym przypadku chodzi o możliwość wykorzystania części gruzu porozbiórkowego do zasypania wykopów bez konieczności jego kruszenia na zewnątrz). Tego rodzaju sposób postępowania z gruzem jest zgodny z SWZ. Przede wszystkim należy jednak zauważyć, że suma rzekomo niedoszacowanych przez odwołującego kosztów wykonania zamówienia (tj. kosztów utylizacji gruzu w ilości wynikającej z przedmiarów) nie przekracza sumy kosztów ogółem oraz zysku ujętych w ofercie. Odwołujący zawarł w cenie oferty stosowny zapas finansowy pozwalający na pokrycie wszelkich kosztów realizacji zamówienia bez ponoszenia straty, w tym również ewentualną potrzebę utylizacji dodatkowej ilości gruzu.

Istotnie, zamawiający zamieścił erratę do dokumentacji projektowej, w której zawarł następujące zastrzeżenie: „Powstałe po rozbiórce zagłębienia należy wypełnić przekruszonym gruzem porozbiórkowym do poziomu -0,10 m poniżej otaczającego terenu; zasypki zagęszczać warstwami grubości po 30 cm do uzyskania wskaźnika zagęszczenia równego Is=0,95. Kruszenie gruzu odbywać się będzie poza terenem rozbiórki (gruz porozbiórkowy należy wywieźć poza teren rozbiórki i zutylizować, a następnie przywieźć przekruszony gruz do wykonania zasypów). Po zakończeniu robót rozbiórkowych cały teren wyrównać warstwą humusu o grubości 0,10 m do uzyskania jednolitej płaszczyzny w spadku wg rzędnych nawiązujących do istniejących spadków otaczającego terenu. Teren oczyścić z wszelkich pozostałości gruzu, kamieni, gałęzi, śmieci i innych zanieczyszczeń".

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty zamawiający stwierdził, że odwołujący nie uwzględnił erraty do projektu budowlanego rozbiórki, z którego wynika, że kruszenie gruzu odbywać się będzie poza terenem rozbiórki. Odwołujący kwestionuje ocenę wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego, ponieważ z wyjaśnień tych nie wynika, aby odwołujący zamierzał postąpić niezgodnie z dokumentacją projektową, tj. wykonywać kruszenie gruzu na miejscu rozbiórki. Wyjaśniono jedynie, iż rzeczywista ilość gruzu przeznaczonego do utylizacji poza miejscem rozbiórki będzie niższa niż szacowana przez zamawiającego jako 1 619 m3. Odwołujący planuje wykonanie rozbiórki metodą mechaniczną (przy użyciu koparek). Po pierwsze, podczas prac rozbiórkowych, przy użyciu koparek wyposażonych w szczęki kruszące, powstaje gruz o zróżnicowanej wielkości frakcji. Duże fragmenty gruzu wymagają załadunku na pojazdy ciężarowe, wywiezienia poza teren rozbiórki oraz przetworzenia w procesie kruszenia zgodnie ze stosowną decyzja administracyjną zezwalającą na przetwarzanie odpadów. Niemniej jednak, w trakcie prowadzenia prac rozbiórkowych powstaje również drobna frakcja gruzu, która nie wymaga kruszenia (frakcja, którą zgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej należy użyć do zasypania wykopów po rozbiórce). Tego rodzaju gruz powstaje bez używania kruszarki stacjonarnej (czego zabrania projekt), niejako „przy okazji" mechanicznej rozbiórki obiektów budowalnych przy użyciu koparek wyposażonych w szczęki kruszące. Ten drobny gruz może zostać bezpośrednio użyty do zasypania i zagęszczenia wykopów. Taki sposób prowadzenia prac (bez użycia instalacji kruszącej wymagającej stosownych pozwoleń) jest w pełni dopuszczalny przepisami prawa. Po drugie, zgodnie z postanowieniami SWZ, ilości odpadów podane w przedmiarze mają charakter orientacyjny, zaś rzeczywistą ilość gruzu odwołujący oszacował podczas wizji lokalnej (z udziałem przedstawicieli zamawiającego). Kalkulacja cenowa jest poprawna i obejmuje wszystkie koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia.

Z powyższym zarzutem koresponduje zarzut naruszenia art. 16 p.z.p., 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. Skoro zamawiający żądał złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, to nie powinien pomijać wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów dotyczących ceny oferty, jakie zostały przedłożone przez odwołującego w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Takie dyskryminujące traktowanie wyjaśnień odwołującego odbyło się bowiem z naruszeniem jego interesu w postępowaniu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1481/21:

W dniu 17 maja 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Foxmet Sp. z o.o. ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny (dalej zwany jako „odwołującym" lub „odwołującym Foxmet"). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez ustalenie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w warunkach naruszenia obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w

sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny,

2.art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy wyjaśnienia oraz dowody złożone na wezwanie Zamawiającego potwierdzały, że oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący przywołał informację o odrzuceniu jego oferty z dnia 11 maja 2021 r. i podniósł, iż zgodnie z pkt 4.4 SWZ, zamawiający przewidział możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej oraz wglądu do dokumentacji projektowej w siedzibie KWK „Pokój I - Śląsk" Ruch „Śląsk". Wizja lokalna nie miała charakteru obowiązkowego. Odwołujący dokonał wyceny oferty w oparciu o pełną dokumentacje przetargową umieszczoną na stronie zamawiającego, a także w oparciu o posiadane doświadczenie. Jeżeli w trakcie wizji lokalnej zamawiający przekazał wykonawcom biorącym w niej udział jakieś dodatkowe informacje wpływające na opis przedmiotu zamówienia, to powinien był tego rodzaju informacje zawrzeć w publicznym ogłoszeniu dostępnym ogółowi wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro wizja lokalna nie miała charakteru obowiązkowego, to odwołujący, który w tej wizji nie uczestniczył, nie może ponosić negatywnych konsekwencji związanych z próbą narzucenia mu określonego sposobu realizacji zamówienia (być może omówionego podczas tejże wizji), który to sposób realizacji zamówienia nie znalazł nigdy odzwierciedlenia w treści SWZ. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby i sądów powszechnych, granicznym terminem, do upływu którego zamawiający dysponuje prawem modyfikacji treści SWZ, jest termin składania ofert. Próby modyfikowania treści opisu przedmiotu zamówienia na etapie badania rażąco niskiej ceny nie mogą zostać zaakceptowane.

Po drugie, zarzucane odwołującemu drobne niedoszacowanie kosztów wykonania zamówienia nie implikuje kwalifikacji ceny oferty jako ceny rażąco niskiej. Przykładowo, jeżeli chodzi o brak kosztów przeszkolenia pracowników, to koszt szkolenia BHP został zawarty w pozycji zapas/koszty nieprzewidziane/pozostały koszty w tym opłaty administracyjne. Zakładając udział maksymalnie 15 osób praz stawkę osobową 50,00 zł daje to łączny koszt szkolenia pracowników odwołującego na poziomie sumy 750,00 zł netto. Podana kwota odnosi się do wszystkich 5 zadań, co w przeliczeniu na zadanie daje kwotę 150,00 zł netto. Z kolei, jak wynika z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty TREE Capital Sp. z o.o., koszt zamurowania otworów czy naprawy elewacji budynku rozdzielni wynosi ok. 2 000,00 zł netto, podobnie jak koszt zabezpieczenia dachu budynku rozdzielni (2 000,00 zł netto).

Wyżej wymienione kwoty stanową pomijalne pozycje na liście kosztów wykonania zamówienia, w szczególności, iż w ramach poszczególnych zadań odwołujący przewidział znaczny poziom zysku oraz zapasu kosztów: - budynek maszyny wyciągowej: 17 978,48 zł netto /10 000 zł netto, - budynek sterowni pomostu wiszącego w szybie: 7 987,95 zł netto/ 5 000 zł netto, - rozbiórka szybowej wieży: 89 648,32 zł netto/25 000 zł netto, - budynek stacji odmetanowania: 24 342,42 zł netto/15 000,00 zł netto, - rurociągi: 3 159,84 zł netto/ 3 000 zł netto. Zgodnie z wyjaśnieniami, odwołujący przewidział pozycje zapas/koszty nieprzewidziane/pozostałe koszty w tym opłaty administracyjne dla każdego obiektu z osobna. Łączny zysk przewidziany przez odwołującego wynosi 143 117,01 zł netto, łączny zapas zabezpieczony w ofercie odwołującego to 58 000,00 zł netto.

Z uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 11 maja 2021 r. wynika, że odwołujący wielokrotnie w swoich wyjaśnieniach odwołuje się do pozycji zapas/koszty nieprzewidziane/pozostały koszty w tym opłaty administracyjne. Tego rodzaju stwierdzenie nie polega na prawdzie. Analiza wyjaśnień złożonych w pismach z dnia 25 marca 2021 r. oraz z dnia 19 kwietnia 2021 r. prowadzi do wniosku, że wykonawca tylko raz odwołał się do pozycji zapas/koszty nieprzewidziane/pozostały koszty w tym opłaty administracyjne odpowiadając na pytanie dotyczące kosztów zagęszczenia gruntu i badania stopnia zagęszczenia.

Po trzecie, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2021 r. odwołujący wyjaśnił, że koszty zagęszczenia oraz badanie stopnia zagęszczenie gruntu zostały przez niego ujęte w pozycji zapas/koszty nieprzewidziane/pozostałe koszty w tym opłaty administracyjne. W wezwaniu z dnia 15 kwietnia 2021 r. zamawiający nie wzywał odwołującego do udzielenia wyjaśnić w zakresie kosztów szkolenia BHP, wykonania zabezpieczenia dachu budynku rozdzielni czy wykonania zamurowania otworów lub naprawy elewacji budynku rozdzielni. Następnie, z powodu rzekomego niewyjaśnienia tych kosztów, oferta odwołującego została uznana za rażąco niską, a w konsekwencji odrzucona.

Zgodnie z treścią zawiadomienia o odrzuceniu oferty zamawiający w zakresie niedoszacowania kosztów zabezpieczenia dachu budynku rozdzielni, kosztów zamurowania otworów czy naprawy elewacji powołuje się na zapisy dokumentacji projektowej. Dodatkowo zamawiający wskazuje, że koszty tych zabezpieczeń oferent powinien przewidzieć po przeanalizowaniu dokumentacji projektowej i załączonej do opisu informacji BIOZ. Odwołujący potwierdza, że zapoznał się z wyżej wymienioną dokumentacją projektową. Otóż, na stronie 5 dokumentacji zawarto zapis, zgodnie z którym: „Ze względów bezpieczeństwa budynek rozdzielni 6 kV R1 na terenie szybu III - należy wyburzać w jednym procesie rozbiórkowym wraz z przedmiotowym obiektem. Przedmiotowy obiekt oraz budynek rozdzielni 6 kV R1 na terenie szybu III są od siebie oddylatowane)". Odwołujący nie ma wiedzy na jaki konkretnie fragment dokumentacji powołuje się zamawiający, jednakże z cytowanego postanowienia nie wynika, aby wykonawca miał wykonać tego rodzaju świadczenia jak zabezpieczenie dachu budynku rozdzielni, zamurowania otworów czy naprawa elewacji.

W odniesieniu do zarzutu nieuwzględnienia w ofercie kosztów związanych z zagęszczeniem gruntu oraz wykonaniem badań stopnia zagęszczenia należy zauważyć, że żaden z wykonawców, których oferty odrzucono w dniu 11 maja 2021 r. nie uwzględnił tych kosztów w odrębnej pozycji kalkulacyjnej. Dodatkowo na podstawie analizy wyjaśnień pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia również wykonawcy: Dominex Sp. z o. o., Recykling Logo Group Sp. z o. o. Sp. k., PUI „ARGO" A.S. oraz Developer i Recykling Sp. z o. o. nie uwzględnili tych kosztów w odrębnej pozycji kosztorysowej. Większość wykonawców w swoich kalkulacjach umieszcza pozycję "zapas/koszty nieprzewidziane" celem zabezpieczenia finansowego dla pokrycia takowych kosztów. Również odwołujący zawarł taką pozycję w swoich wyjaśnianiach i nosi ona nazwę „zapas/koszty nieprzewidziane/pozostałe koszty, w tym opłaty administracyjne". Reasumując, zapas w wysokości 58 000,00 zł netto oraz zysk 143 117,01 zł netto w 100% pokryją ewentualne pozostałe koszty wykonania zamówienia (w tym szkolenia BHP, zabezpieczenie dachu budynku rozdzielni czy zamurowanie otworów).

Co do wyjaśnień udzielanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (w zakresie kosztów zagęszczenia oraz badanie stopnia zagęszczenie gruntu) należy wskazać, że koszty te nie zostały przez niech wyjaśnione. Przykładowo, wykonawca Dominex Sp. z o. o. w swoich wyjaśnieniach z dnia 24 marca 2021 r. w ogóle nie

uwzględnił kosztów zagęszczenie wraz z badaniami. Co do zabezpieczenia oraz prac murarskich Dominex Sp. z o. o. uwzględnił kwotę 12 000 zł netto. Na ta kwotę składa się nie tylko zakup cegieł i zaprawy murarskiej w przypadku pojawienia się otworów w elewacji rozdzielni, ale też zakup innych niż opony materiałów do zabezpieczenia dachu budynku rozdzielni, zakup zaprawy murarskiej i cementu dla zaczopowania przyłączy dochodzących do budynków (podkreślenia wymaga, że odwołujący w swoich wyjaśnieniach zawarł odrębną pozycję kalkulacyjną na koszty likwidacji przyłączy) oraz zakup dodatkowego materiału zasypowego. Z uwagi na to, że kwota 12 000 zł netto zawiera szereg innych elementów przyjąć można, iż koszt wykonania zabezpieczenia dachu budynku rozdzielni i zamurowanie otworów oraz naprawa elewacji wyniesie nie więcej niż 5 000 zł netto. Również wykonawca Recykling Logo Group Sp. z o. o. Sp. k., zgodnie z treścią wyjaśnień z dnia 23 marca 2021 r. nie uwzględnił w odrębnej pozycji kalkulacyjnej kosztów zagęszczenia i badania stopnia zagęszczenia gruntu, a także kosztów zabezpieczenia dachu budynku rozdzielni oraz zamurowania otworów i naprawy elewacji. W odpowiedzi na dodatkowe wezwanie w zakresie zagęszczenia i badania stopnia zagęszczenia Recykling Logo Group Sp. z o. o. Sp. k. wyjaśnia, że wykonanie zasypu i zagęszczenia jest uwzględnione w kosztach pracy operatorów i pracy sprzętu. Wskaźnik zagęszczenia gruntu Is=0,95 jest standardowym zagęszczeniem i nie wymaga specjalistycznego sprzętu typu duże zagęszczarki czy walce. Wymagane warstwy zagęścimy koparka gąsienicową o wadze 40 Mg co zapewni potrzebny współczynnik. Należy zaznaczyć, że ani w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, w projektach i przedmiarach nie wskazano sposobu wykonania zagęszczenia jak również nie wymaga się w nich przeprowadzenia badań z tego tytułu, dlatego też nie pokazano takiego kosztu.

Także wykonawca Developer i Recykling Sp. z o. o. w wyjaśnieniach z dnia 24 marca 2021 r. nie uwzględnił kosztów zagęszczenia i badania stopnia zagęszczenia, zabezpieczenia dachu budynku rozdzielni oraz zamurowania otworów i naprawy elewacji. W odpowiedzi na dodatkowe wezwanie wykonawca w dniu 19 kwietnia 2021 r. wyjaśnił, że koszty związane z zagęszczeniem zostały zawarte w pozycjach kosztorysowych pod nawą „Zasypanie wykopów gruzem porozbiórkowym" oraz kosztach pośrednich, gdzie również zawarto koszt badań geologicznych. Wykonawca ten również nie został wezwany do udzielenia wyjaśnień w zakresie zabezpieczenia dachu budynku rozdzielni oraz zamurowania otworów i naprawy elewacji. Podobnie, wykonawca PUI „ARGO" A. S. w swoich wyjaśnieniach z dnia 24 marca 2021 r. nie podał kosztów zagęszczenia i badania stopnia zagęszczenia, zabezpieczenia dachu budynku rozdzielni oraz zamurowania otworów i naprawy elewacji. W odpowiedzi na dodatkowe wezwanie wykonawca w dniu 19 kwietnia 2021 r. wyjaśnił, że w kalkulacji nie został przedstawiony koszt (praca sprzętu) wykonania zagęszczenia powstałych po rozbiórce zagłębień. W kalkulacji nie uwzględniono także kosztów badań geologicznych. W związku z zaistniałą sytuacją ww. wykonawca dokonał korekty w swojej kalkulacji. Wykonawca ten również nie został wezwany do udzielenia wyjaśnień w zakresie zabezpieczenia dachu budynku rozdzielni oraz zamurowania otworów i naprawy elewacji.

Reasumując, ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego została dokonana przez zamawiającego w sposób wadliwy, bowiem doprowadziła go do błędnego wniosku, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień w sposób niewszechstronny, bez należytej staranności, co skutkuje brakiem możliwości przyjęcia, że taka ocena została dokonana właściwie w rozumieniu art. 224 ust. 6 p.z.p. W ocenie odwołującego zamawiający miał pełny obraz sytuacji dotyczącej zaoferowanej ceny, a jednak decydując się na odrzucenie tej oferty ograniczył swoje spostrzeżenia do fragmentarycznej, wyrywkowej analizy otrzymanych wyjaśnień. Gdyby zamawiający kompleksowo podszedł do analizy wyjaśnień odwołującego (z uwzględnieniem zabezpieczonych kosztów „zapasowych" w wysokości 58 000,00 zł netto oraz zysku na poziomie 143 117,01 zł) wówczas nie zdecydowałby się na odrzucenie oferty odwołującego.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołania w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie obu odwołań w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza– po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że połączone do wspólnego rozpoznania odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołań i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący posiadają legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami określonymi w art. 505 ust. 1 p.z.p.

Stan faktyczny rozpoznawanych odwołań nie był pomiędzy stronami sporny, osią sporu była decyzja zamawiającego z dnia 11 maja 2021 r. o odrzuceniu oferty odwołującego Energokon i odwołującego Foxmet z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a odwołującymi, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniach – stwierdziła, że sformułowane przez odwołujących zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób niebudzący wątpliwości, że zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił oferty odwołujących, jako podlegające odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.

Skład rozpoznający spór ustalił, iż zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, w wyniku której obu odwołujących dwukrotnie wezwano do złożenia wyjaśnień. Odwołujący Energokon złożył wyjaśnienia z dnia 24 marca 2021 r. i z dnia 19 kwietnia 2021 r., do wyjaśnień dołączono dowody. Natomiast odwołujący Foxmet złożył wyjaśnienia z dnia 25 marca 2021 r. i z dnia 19 kwietnia 2021 r., które również poparł dowodami.

Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez odwołujących wyjaśnień i dowodów, w korelacji z treścią wystosowanych do wykonawców wezwań, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołujących okoliczności, które w ich ocenie powodują, że

oferty nie powinny zostać przez zamawiającego odrzucone, a decyzja z dnia 11 maja 2021 r. była wadliwa. Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez odwołujących wyjaśnienia, co zasadnie skutkowało odrzuceniem ich ofert, zaś zarzuty stawiane zamawiającemu są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należy zaznaczyć, że ustawodawca uregulował obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w dwóch normach – w art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w art. 224 ust. 6 p.z.p., który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Omawiane przepisy dopełniają się, ponieważ negatywna ocena wyjaśnień wykonawcy (art. 224 ust. 6 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na kanwie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Zatem sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego uregulowaną w art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 224 ust. 5 p.z.p. – obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia – procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 w. zw. z art. art. 224 ust. 6 p.z.p.

W zakresie odwołania sygn. akt: KIO 1462/21 Izba dodatkowo wskazuje co następuje. W toku procedury wyjaśniającej cenę zamawiający ustalił, że wykonawca wycenił sposób realizacji umowy niezgodny z dokumentacją postępowania.

Odwołujący przyjął, iż poprzez użycie szczęk kruszących przekruszy część gruzu na miejscu wykonywania robót i powstałym przekruszeniem zasypie i zagęści wykonane wykopy (odpowiedź na pytanie nr 2 z dodatkowych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny z 19.04.2021 r.). Takie działanie jest sprzeczne z treścią dokumentacji projektowej i erratą do projektu, gdzie w pkt 3.5.6. wskazano, iż kruszenie gruzu odbywać się będzie poza terenem rozbiórki (gruz porozbiórkowy należy wywieść poza teren rozbiórki i zutylizować, a następnie przywieść gruz do wykonania zasypów). Zatem przyjęta technologia rozbiórki jest sprzeczna z wymogami SWZ, a tym samym powoduje niewłaściwe wycenienie wartości robót. Jak wskazał zamawiający rzeczywiste koszty wywozu i utylizacji gruzu powstałego z rozbiórki będą o połowę większe, niż przyjęte przez wykonawcę, ponieważ optymalizacja kosztów polegająca na przekruszeniu gruzu na miejscu wykonywania robót jest niedopuszczalna. Prawidłowe oszacowanie kosztów powinno uwzględniać wyższe wynagrodzenia dla operatora koparki i kierowcy, większe koszty paliwa, amortyzację sprzętu, wynagrodzenia podwykonawcy oraz zwiększone koszty utylizacji. Przyjmując nawet, iż w czasie wyburzenia powstanie przekruszony gruz, to jednak jego ilość będzie miała charakter szczątkowy, a nie tak jak przyjął wykonawca, iż będzie to 1/2 całości gruzu wynikającego z projektu.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, iż wyceniony sposób wykonania zamówienia, w tym brak kompleksowego ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów realizacji umowy, powoduje, że oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Nie doszło zatem w przetargu do naruszenia przez jednostkę zamawiającą art. 16 p.z.p. oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 p.z.p., ponieważ zaniżona cena, która nie uwzględnia wszystkich warunków dokumentacji postępowania, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosił również, że zamawiający powinien wskazać na art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jako podstawę odrzucenia jego oferty, skoro zdaniem zamawiającego jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Izba zgadza się z tym stanowiskiem, tym niemniej nie ma to żadnego realnego wpływu na ocenę prawidłowości czynności zamawiającego, który mógłby dodać, że okoliczności faktyczne podane w informacji o odrzuceniu oferty kwalifikują się nie tylko jako przyjęcie zaniżonej ceny w ofercie, a również przez pryzmat art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., co nawet w hipotetyczny sposób – wobec brzmienia art. 554 ust. 1 p.z.p. – nie mogłoby spowodować uwzględnienia odwołania.

W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 1481/21 skład orzekający dodatkowo wskazuje jak niżej.

Oferta odwołującego została odrzucona przez zamawiającego z powodu niedoszacowania kosztu wykonania zabezpieczenia dachu budynku i zamurowania otworów czy naprawy elewacji budynku rozdzielni, który przylega do budynku maszyny wyciągowej, a także niedoszacowania kosztów związanych z przeszkoleniem BHP oraz zaniżenia kosztów zagęszczenia gruntu i badania stopnia zagęszczenia. Zdaniem zamawiającego złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania.

Odwołujący natomiast twierdził, że koszt zabezpieczenia budynku rozdzielni nie został wskazany w dokumentacji przetargu, a nawet jeżeli musiałby go ponieść, to jest on niewielki. Zabezpieczenie budynku zostanie wykonane w ramach materiałów posiadanych przez wykonawcę w związku z charakterem wykonywanej działalności gospodarczej. Koszt szkoleń BHP jest drobny i został zawarty w pozycji zapas/koszty nieprzewidziane/pozostałe koszty w tym opłaty administracyjne (dalej jako „pozycja zapas"), tożsamo koszt wykonania zagęszczenia powstałych po rozbiórce zagłębień został zawarty w pozycji zapas (odpowiedź na pytanie nr 5 z dodatkowych wyjaśnień z 19.04.2021 r.). Łączony zapas zabezpieczony w ofercie to 58 000,00 zł netto, jak również założono zysk w kwocie 143 117,01 zł netto, więc cena nie jest rażąco niska.

W ocenie składu orzekającego zamawiający trafnie odrzucił ofertę odwołującego, którego wyjaśnienia nie udowadniają realności poziomu ceny oferty. Odwołujący zdecydował się na zbicie kosztów w bloki, tj. przedstawił zamawiającemu pozycję zapas, w której rzekomo zawarto wszystkie koszty, których brak zarzucił mu zamawiający. Wybrany sposób wyjaśnień kalkulacji ceny czyni je nieweryfikowalnymi. Zamiast jednoznacznych okoliczności wykazujących wysokość przyjętych kosztów odwołujący scalił koszty w jedną pozycję, czyniąc ten zbiór danych niemożliwym do zdefiniowania, wiec i określenia jego granic (nie wiadomo jaka kompletna, zamknięta kategoria kosztów wchodzi w jego skład, ponieważ wykonawca – uniemożliwiając sobie w ten sposób rzetelne wyjaśnienie tych kosztów, skorzystał z tej pozycji jako zbioru, w którym znajduje się wszystko o co tylko zamawiający akurat pyta i co mogłoby

zostać pominięte w wycenie oferty). Zatem nie ma podstaw, aby uznać, że koszty te w jakikolwiek sposób zostały wyjaśnione. Zamawiający na podstawie otrzymanej kalkulacji nie był w stanie ich sprawdzić, ponieważ zabrakło w wyjaśnieniach faktycznego wskazania podstawy wyliczenia kosztów, więc nie podano okoliczności pozwalających na ich realną weryfikację – po pierwsze zawarcia ich w cenie oferty, a po drugie przyjętej wysokości wyceny poszczególnych składników cenowych. Wyjaśnienia odwołującego odbiegają od standardu staranności, ciężko je nawet nazwać wyjaśnieniami, bowiem w istocie zgrupowanie kosztu zapasu w jedną pozycję niczego nie wyjaśnia, a tym samym nie obala domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Stosując ten – jedynie z pozoru sprytny wybieg – wykonawca w istocie sam sobie uniemożliwił rzetelne wykazanie, że cena oferty nie jest rażąco niska, gdyż zapomniał, że zgodnie z przywołanymi wcześniej normami, to nie rzeczą zamawiającemu jest wykazać, że wykonawca czegoś nie wziął pod uwagę, ale rzeczą wykonawcy jest udowodnić, że dany koszt został uwzględniony w cenie. Zastosowany „wybieg" nie tylko nie pozwala na uczynienie temu obowiązkowi zadość, ale w istocie skutecznie to uniemożliwia.

Odwołujący, który jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, powinien dołożyć należytej staranności na wszystkich etapach postępowania oraz adekwatnie reagować na wezwania zamawiającego. W miejsce precyzyjnego wyliczenia przedstawiono zbiorowe oszacowanie kosztów, co pozwoliło na niewątpliwe ustalenie w zakresie tego, czy wyjaśnienia powinny skutkować uznaniem ceny za rażąco niską – nie ze względu na to, co się w nich znalazło, a ze względu na to, czego w nich nie ujęto.

Odnosząc się zaś do stanowiska odwołującego, że i tak zysk oraz zapas pokryją niedoszacowanie ww. kosztów Izba stwierdziła, że przede wszystkim wykonawca ma obowiązek udowodnić realność zaoferowanej ceny (art. 224 ust. 5 p.z.p.), składając wyjaśnienia, które powinny być co najmniej przydatne dla wykazania sposobu obliczenia ceny, zgodnie z wytycznymi omówionymi w uwagach we wcześniejszej części uzasadnienia, ponieważ jeżeli wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (art. 224 ust. 6 *in fine* p.z.p.). Zbicie kosztów w bloki nie spełnia tego obowiązku, nic w zasadzie nie wyjaśnia, a tym samym nie udowadnia, że cena został skalkulowana prawidłowo. Odwołujący decydując się na takie przedstawienie kosztów sam pozbawił się możliwości wykazania jej realności. Zamawiający więc trafnie uznał, że na podstawie złożonych wyjaśnień należy uznać niedoszacowanie wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego kosztów, skoro nie udowodniono w wyjaśnieniach, że zawarto je w cenie oferty, tj. została wypełniona przesłanka art. 224 ust. 6 p.z.p. zgodnie z którą odrzuca się ofertę wykonawcy, kiedy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Rekapitulując, złożenie wyjaśnień nieprzydatnych dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w. zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., ponieważ nie wykazano, że koszty te zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, co jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Ponadto, szeroko opisywane w odwołaniu koszty policzone przez innych wykonawców nie są nawet związane z wyceną odwołującego, której dotyczy spór. Fakt, że inni wykonawcy także dodali pozycję koszty nieprzewidziane/zapas, co również zasługuję na krytykę, skoro zdecydowano się na zgrupowanie kosztów czyniąc je nieweryfikowalnymi, nie spowoduje, że oceniane wyjaśnienia odwołującego w sposób właściwy udowodnią realność zaoferowanej ceny.

Izba oddaliła zatem odwołanie, ponieważ zamawiający dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny złożone przez odwołującego, nie doszło więc do naruszenia w postępowaniu art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 p.z.p., ani art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., zarzuty postawione jednostce zamawiającej okazały się bezzasadne.

Skład orzekający wskazuje również, że dowody złożone przez odwołującego Foxmet na rozprawie są dowodami spóźnionymi, ponieważ jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2020 r., sygn. akt: XXIII Ga 1131/20, dowodzenie w zakresie realności zaoferowanej ceny może się odbywać wyłącznie na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Podstawą oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, a następnie Sąd Okręgowy zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane zamawiającemu na jego wezwanie, w terminie wskazanym do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej, a Izba, a następnie Sąd bada prawidłowość tej czynności zamawiającego w świetle uzyskanych wyjaśnień. (…) Składanie przez skarżącego dopiero przed Izbą dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny nie może być więc wzięte pod uwagę ani przez KIO, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy.

Zatem jedynie na marginesie Izba zauważa, że dowody te i tak byłyby nieprzydatne dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sporu, który dotyczy *stricte* oceny treści wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny odwołującego. Z załącznika nr 1 do SWZ złożonego na okoliczność wysokości kosztów BHP wynika bezsporny koszt tych szkoleń, co nie oznacza, że odwołujący zawarł je w cenie. Korespondencja elektroniczna z panem A.S. potwierdza, że osoba ta wykonuje badania w niej wskazane w określonych w e-mailu cenach, co nie oznacza również, że odwołujący zawarł taki koszt w cenie, a na tej podstawie można jedynie ustalić, że w czerwcu 2021 r., znacznie po terminie na składanie ofert i wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny, odwołujący uzyskał wskazane w e-mailu informacje, które nawet w sposób luźny nie zostały powiązane z wyceną oferty.

Karta środka trwałego walec Aman Av-26 oraz faktura VAT 196/2011 złożone na okoliczność dysponowania takim urządzeniem także nie są związane z ocenianymi wyjaśnieniami, ponieważ zamawiający jednoznacznie poprosił o wskazanie sprzętu i walec Aman nie został podany przez odwołującego na etapie wyjaśnienia ceny oferty, podobnie walec Bomag BW-75. Karta koparki EC240CNL potwierdza okoliczność bezsporną, że takim sprzętem odwołujący dysponuje – i o ile budzi wątpliwość czy sprzęt ten, w związku ze swoimi parametrami, miałby zostać użyty do zagęszczenia wykopów o powierzchni podanej przez odwołującego – to nie można pominąć, że właśnie tę koparkę wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, gdzie zamawiający jednoznacznie pytał go jakich urządzeń użyje do wykonania zamówienia. Tym niemniej dowód ten nie wykazuje, że treść wyjaśnień właściwie wykazuje poziom zaoferowanej ceny. Natomiast zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 lipca 2020 r. złożone na okoliczność istnienia przewagi konkurencyjnej wykonawcy Dominex Sp. z o. o. w Świętochłowicach, w zakresie konieczności wykonania zabezpieczenia budynku rozdzielni, nie pozwala na ustalenie jakichkolwiek okoliczności relewantnych dla sporu, jak również wykracza poza granice zaskarżenia zakreślone w rozpoznawanym odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w obu rozpoznawanych środkach ochrony prawnej powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza tej normy prawnej, zatem odwołania zostały oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony

kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie ze wskazanymi normami Izba obciążyła odwołujących jako strony przegrywające kosztami postępowania odwoławczego, na które złożyły się uiszczone przez nich wpisy od odwołania.

Przewodniczący:

……