

Sygn. akt: KIO 1498/21

WYROK
z dnia 2 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2021 roku przez wykonawcę **W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń półkę Akcyjną z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) Gliwicki Zakład Usług Górniczych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (Lider)**, **(2) Schachtbau Nordhausen (SBN) GmbH z siedzibą w Nordhausen w Niemczech (Partner)** zgłaszających przystąpienie

po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego – W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** na rzecz **Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Gliwicki Zakład Usług Górniczych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (Lider), (2) Schachtbau Nordhausen (SBN) GmbH z siedzibą w Nordhausen w Niemczech (Partner)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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 1498/21

UZASADNIENIE

Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na roboty budowlane pod nazwą *Likwidacja szybów „Julian II” i „Julian IV” SRK S.A. Oddział KWK „Piekary I”: Część I. Likwidacja górniczych wyciągów szybowych wraz z przygotowaniem szybu „Julian II” do likwidacji. Część II. Likwidacja górniczego wyciągu szybowego wraz z przygotowaniem szybu „Julian IV” do likwidacji. Część III: Likwidacja szybu „Julian II” przez zasypanie. Część IV Likwidacja szybu „Julian IV” przez zasypanie.*

W dniu 19 maja 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **W. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** (dalej jako „Odwołujący”). Odwołanie dotyczy części II i III zamówienia.

Odwołanie złożono od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zakwalifikowaniu do negocjacji ofert w zakresie Części II i części III wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Gliwicki Zakład Usług Górniczych Sp. z o. o. z siedzibą w Gliwicach (Lider), Schachtbau Nordhausen (SBN) GmbH z siedzibą w Niemczech (Uczestnik (dalej: „Konsorcjum GZUG” lub „konsorcjum”) przy wcześniejszym zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum w zakresie Części II jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania, bowiem w złożonych wyjaśnieniach konsorcjum nie wykazało, że oferowana cena zapewnia prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz nie złożyło odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, którego to odrzucenia oferty Zamawiający zaniechał, tak jak i zaniechał czynności wszechstronnej i starannej weryfikacji wyjaśnień Konsorcjum GZUG zawartych w piśmie z dnia 16 kwietnia 2021 r., przez co ocenę wyjaśnień konsorcjum należy uznać za wadliwą;
2. zaniechaniu zakwalifikowania Odwołującego do negocjacji ofert w zakresie Części II i Części III zamówienia, a w konsekwencji uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą;
3. zaniechaniu obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących ceny zaofertowanej przez Konsorcjum GZUG w zakresie Części II i III oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GZUG z uwagi na niezłożenie wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi oferowanej ceny oraz jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,

2.art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenie oferty Konsorcjum GZUG w zakresie Części II i III pomimo wystąpienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3.art. 289 ust. 1 w zw. z art. 287 ust. 3 pkt 1) Pzp, poprzez zakwalifikowanie do negocjacji oferty Konsorcjum GZUG w zakresie Części II i III, które to konsorcjum nie powinno zostać zakwalifikowana do tych negocjacji oraz poprzez zaniechanie zakwalifikowania Odwołującego do negocjacji oferty w zakresie Części II i III,
4.art. 289 ust. 2 w zw. z art. 287 ust. 3 pkt 2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GZUG w zakresie Części II i III, które to konsorcjum nie powinno zostać zakwalifikowana do negocjacji ofert.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

- (1) unieważnienia czynności z dnia 14 maja 2021 r. polegającej na zakwalifikowaniu Konsorcjum GZUG do negocjacji ofert w zakresie Części II i III zamówienia,
- (2) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum GZUG w zakresie Części II i III zamówienia,
- (3) unieważnienia czynności z dnia 14 maja 2021 r. polegającej na zaniechaniu zakwalifikowania Odwołującego do negocjacji ofert w zakresie Części II i III zamówienia,
- (4) dokonania zaproszenia Odwołującego do negocjacji ofert w zakresie Części II i III zamówienia.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w dniu 19 maja 2021 r., tj. w terminie 5 dni od dnia przesłania Odwołującemu informacji o dokonaniu zaskarżonych czynności. Kopia odwołania została zgodnie

z dyspozycją art. 514 ust 2 ustawy Pzp przesłana Zamawiającemu, Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego wynika z faktu, iż złożył od ofertę w postępowaniu, która nie podlega odrzuceniu, w związku z czym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał zakwalifikowania do negocjacji w ramach Części II i III oferty złożonej przez Konsorcjum GZUG, która z kolei podlega odrzuceniu.

W klasyfikacji według określonych w SWZ kryteriów oceny oferta Odwołującego — w zakresie Części II i III zamówienia zajęła szóstą pozycję. Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności Zamawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego (co w konsekwencji spowoduje przesunięcie oferty Odwołującego na piątą pozycję w rankingu ofert oraz spowoduje, że Odwołujący zostanie zaproszony do negocjacji ofert - w zakresie Części II i III zamówienia). W wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy Odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz Zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutów wskazano, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno-organizacyjnymi zawarto w załączniku nr 1 do SWZ.

Zgodnie z pkt 21.1. SWZ Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o kryterium: Cena - znaczenie 100 %. Zgodnie z pkt 19.3.1. i 19.3.2. SWZ, cena ofertowa powinna być ustalona na podstawie opisu przedmiotu zamówienia - w tym przedmiarze robót oraz winna obejmować wszystkie pozycje tego przedmiaru, a ponadto powinna obejmować koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia zgodnie z SWZ i dokumentacją projektową (załącznik nr 6 do SWZ), jak również koszty w nich nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia..

Zamawiający w dniu 26 marca 2021 r. dokonał otwarcia ofert. Oferta Konsorcjum GZUG zawierała następujące ceny: Część I: 886 510,20 zł brutto; Część II: 1 106 188,20 zł brutto; Część III: 3 974 376,00 zł brutto; Część IV: 2 976 329,40 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła: Część I: 3 139 770,08 zł brutto, Część II: 3 137 858,47 zł brutto, Część III: 6 815 882,87 zł brutto, Część IV: 5 674 621,14 zł brutto.

Jak wynika z zestawienia, cena oferty Konsorcjum GZUG jest niższa w zakresie Części I o 71%, Części II o 64%, Części III o 41% i Części IV o 47% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W konsekwencji, pismem z dnia 6 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum GZUG do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień odrębnie dla każdej Części, w celu wykazania, że oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ,

w tym w warunkach umowy / OPZ a zaferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający zastrzegł, że wzywa Konsorcjum GZUG do złożenia szczegółowych

i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Dowody winny dotyczyć przede wszystkim:

- kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników,
- kosztów związanych z użyciem i pozyskaniem sprzętu, którym wykonawca zamierza realizować zamówienie,
- kosztów zakupu materiałów,
- kosztów utylizacji odpadów.

Ponadto Zamawiający poprosił o informacje na temat uwzględnienia w cenie oferty elementów mających wpływ na wartość kosztów wykonania zamówienia (szczegółowo wymienionych w punktach od 1 do 13).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum GZUG złożyło wyjaśnienia, w których wyłącznie częściowo odniosło się do wymagań Zamawiającego wyrażonych w wezwaniu i przedstawiono jedynie wycinki kalkulacji, które w żaden sposób nie tłumaczą zaferowanej ceny, oraz nie odnoszą się do całości robót jakie należy wykonać w celu realizacji zamówienia, a które wprost wynikają z opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią wezwania Zamawiający zażądał złożenia szczegółowych

i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny. Wyjaśnienia Konsorcjum GZUG są ogólnikowe, nieprecyzyjne oraz nie poparte istotnymi dowodami. Kalkulacja jest nieszczegółowa (w szczególności, nie uwzględnia kosztów pracy sprzętu).

W wyjaśnieniach brak jest dowodów na potwierdzenie wysokości kosztów pracy ludzi, brak jest dowodu na posiadanie lub dysponowanie sprzętem (ładowarka, przenośnik), brak jest dowodu na potwierdzenie kosztów utylizacji odpadów.

Jak wynika z treści wezwania Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum GZUG

z żądaniem przedstawienia dowodów w zakresie: kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników, kosztów związanych z użyciem i pozyskaniem sprzętu, kosztów zakupu materiałów, kosztów utylizacji odpadów.

W tym zakresie wyjaśnienia Konsorcjum GZUG nie odpowiadają treści wezwania. Spośród 13 punktów dotyczących uszczegółowienia sposobu kalkulacji ceny Konsorcjum GZUG odpowiedziało tylko na pytania nr 7 i 9. W szczególności, w pkt 10 wezwania Zamawiający prosił o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do przedstawionych pytań (tj. pytań z pkt 1 - 9). Wyjaśnienia miały być przedłożone w sposób wyczerpujący.

Generalne zarzuty Odwołującego w zakresie zaniżenia kosztów wykonania zadania II (Część II):

- Brak szczegółowej kalkulacji kosztów materiałów i sprzętu (nie wiadomo skąd się wzięły poszczególne kwoty deklarowane przez wykonawcę);
- Brak określenia kosztów przeszkolenia pracowników wykonawcy w zakresie warunków BHP obowiązujących na terenie zakładu Zamawiającego (min. 50,00 zł netto /osoba);
- Brak określenia kosztów zaplecza budowy;
- Brak określenia kosztów transportu sprzętu;
- Brak określenia kosztów gazów technicznych;
- Brak określenia jakiegokolwiek kosztów robót przygotowawczych;
- Brak kosztów zasilania urządzeń pneumatycznych (sprężone powietrze) - nakłady wymagane do prawidłowej realizacji zamówienia, zgodnie z pkt 3.24 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia;
- Brak uwzględnionych kosztów użycia aparatów ucieczkowych i lamp w cenie 10,70 zł netto za dzień - nakłady wymagane do prawidłowej realizacji zamówienia, zgodnie z pkt 3.42 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia;
- Brak określenia sprzętu niezbędnego dla bezpiecznej likwidacji górniczych wyciągów szybowych (w zależności od przyjętej technologii albo firma zewnętrzna albo sprzęt własny). Konsorcjum GZUG nie przedstawiło żadnych dowodów na dysponowanie własnym sprzętem bądź też korzystanie ze sprzętu należącego do innego podmiotu;
- Obsługa szybu: zgodnie z przepisami minimalne obłożenie górniczego wyciągu szybowego to 5 osób o odpowiednich kwalifikacjach, szymb Julian IV jest wyposażony w jeden GWSZ więc minimalne obłożenie to 5 osób x 60 dni x średnia założona przez Konsorcjum GZUG roboczość 480,00 zł = 144 000,00 zł (w wyjaśnieniach konsorcjum zaniżyło ten koszt do kwoty 98 000,00 zł, co skutkuje niedoszacowaniem w wysokości 46 000,00 zł).

Generalne zarzuty w zakresie zaniżenia kosztów wykonania zadania III (Część III):

- Brak szczegółowej kalkulacji kosztów materiałów i sprzętu (nie wiadomo skąd się wzięły poszczególne kwoty deklarowane przez wykonawcę);
- Brak określenia kosztów przeszkolenia pracowników wykonawcy w zakresie warunków BHP obowiązujących na terenie zakładu Zamawiającego (min. 50,00 zł netto /osoba);
- Brak określenia kosztów zaplecza budowy;
- Brak określenia kosztów transportu sprzętu;
- Brak określenia kosztów gazów technicznych;
- Brak określenia jakiegokolwiek kosztów robót przygotowawczych;
- Brak kosztów zasilania urządzeń pneumatycznych (sprężone powietrze) - nakłady wymagane do prawidłowej realizacji zamówienia, zgodnie z pkt 3.24 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia;
- Brak uwzględnionych kosztów użycia aparatów ucieczkowych i lamp w cenie 10,70 zł netto za dzień - nakłady wymagane do prawidłowej realizacji zamówienia, zgodnie z pkt 3.42 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia;
- W ofercie założono użycie kruszywa hutniczego o frakcji 0-63, gdy zgodnie z dokumentacją do wykonania robót należy użyć kruszywa o frakcji 32-63 - jest to zupełnie inny materiał pod względem kosztów i dostępności dla wykonawców;
- Załączona do wyjaśnień oferta PPHU EKO-NIKOL Sp. z o. o. zawiera nierealną cenę zakupu ilitu gliniastego (podane w dokumentacji uwarunkowania filtracji wykluczają użycie zwykłego ilitu).

Ponadto, zgodnie z treścią wyjaśnień Konsorcjum GZUG konsorcjum nie przewiduje powierzenia żadnego zakresu prac innym wykonawcom na zasadach podwykonawstwa. Równocześnie, wśród załączników do wyjaśnień Konsorcjum GZUG przedkłada jako dowód ofertę Śląskiego Towarzystwa Wiertniczego DALBIS Sp. z o. o. na wykonanie rurociągu do pizometru w szybie z rur wiertniczych za kwotę 170 000,00 zł netto. Powyższe rozbieżności czynią wyjaśnienia Konsorcjum GZUG mało wiarygodnymi.

Reasumując Odwołujący podkreślił, że w swoich wyjaśnieniach Konsorcjum GZUG odniosło się w sposób ogólnikowy, pomijając elementy wymienione w wezwaniu Zamawiającego oraz nie przedstawiło stosownych dowodów (wymaganych w tym wezwaniu). Powszechnie przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w ramach procedury badania rażąco niskiej ceny, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Wykonawca powinien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 170/20). Wyjaśnienia ogólnikowe i głoślowe zrównuje się w orzecznictwie Izby z brakiem tych wyjaśnień.

W wyroku KIO z dnia 20 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 109/12, Izba stwierdziła, że wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Złożenie wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie Zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień. Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmocnić prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy (wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt IGO 1166/12).

O ile ocena wyjaśnień składanych przez wykonawców w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest domeną Zamawiającego, to jednak podkreślenia wymaga, że ocena dokonywana przez Zamawiającego nie może stanowić oceny dowolnej, pobieżnej, a przez to oderwanej od treści wezwania. Wyjaśnienia składane przez Konsorcjum GZUG w odpowiedzi na wezwanie nie zawierały wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego. Wyjaśnienia mają charakter ogólny, zaś załączone do nich dokumenty nie stanowią wystarczających dowodów wymaganych przez Zamawiającego.

Reasumując, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nałożył na Konsorcjum GZUG konkretne, surowe i rygorystyczne obowiązki (związane z wykazaniem i udowodnieniem określonych czynników mających wpływ na

wysokość zaferowanej ceny), których następnie (na etapie oceny złożonych wyjaśnień) nie weryfikował, rezygnując z ich wyegzekwowania od Konsorcjum GZUG. W konsekwencji, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum GZUG, a w jego miejsce do negocjacji ofert zaprosić Odwołującego.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil i wywodzil jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

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. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum

w składzie: (1) Gliwicki Zakład Usług Górniczych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Gliwicach (Lider), (2) Schachtbau Nordhausen (SBN) GmbH z siedzibą

w Nordhausen w Niemczech (Partner), dalej jako „Przystępujący” lub „konsorcjum”. Konsorcjum wskazało na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego

w częściach II i III zamówienia, będąc wykonawcą, który został zaproszony do udziału

w negocjacjach. Przystępujący wnosil o oddalenie odwołania w całości jako niezasadne wskazując, że jego oferta została sporządzona prawidłowo. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

W dniu 8 czerwca 2021 roku Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący, zarządzeniem składu orzekającego, został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie prawa do skorzystania z wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania. Przystępujący w ustawowym terminie złożył oświadczenie, że wnosi sprzeciw. W stanowisku pisemnym wnosil o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący uważa, że złożonym wyjaśnieniom nie można zarzucić zarówno tego, iż są ogólnikowe, jak i nie uwodniono poprzez ich złożenie, iż zaproponowana cena jest realna i możliwe jest wykonanie zamówienia.

W pierwszej kolejności Przystępujący odniósł się do wskazanej przez ustawodawcę metodyki obliczenia czy cena wskazana w ofercie może zostać uznana za rażąco niską:

1) po pierwsze gdy zaproponowana cena w ofercie budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia (art. 224 ust. 1 PZP);

2) po drugie w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 (art. 224 ust. 2 PZP).

Podstawą skierowania do Przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień była okoliczność, iż całkowita ceny oferty Konsorcjum była o co najmniej 30% mniejsza niż średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepolegających odrzuceniu. Oferta Przystępującego w zakresie cz. I była niższa od wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego o niecałe 11%, natomiast w zakresie cz. III oferta Przystępującego była wyższa od wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego o ok. 55%. Tym samym oferta w zakresie cz. II w stosunku do wartości zamówienia nie spełnia warunku określonego w art. 224 ust. 2 a) PZP. Natomiast w stosunku do cz. III oferta Konsorcjum przewyższała wartość zamówienia ustaloną przez Zamawiającego. Oferta Przystępującego w zakresie cz. II była najkorzystniejsza po otwarciu ofert, natomiast w zakresie cz. III była dopiero na miejscu czwartym.

Co istotne dla ustalenia średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, a co całkowicie pominał Zamawiający, przy określaniu czy istnieją podstawy do uznania, iż cena oferty jest rażąco niska i należy wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień, jest to, iż spośród: 9 wykonawców startujących w postępowaniu w zakresie cz. II i III — 3 z nich (tj. FOXMET, Odwołujący oraz Universal Energy) wskazali ceny ofert znacząco odbiegające od cen rynkowych — ich oferty są zawyżone, czwarty z Wykonawców z wyższą ceną (PHU Complex L. W.) nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, a oferta Przedsiębiorstwa Budowy Szybów S.A. została odrzucona (a tym nie podlegała wliczeniu do średniej arytmetycznej). Nie bez znaczenia jest również to, iż Wykonawcy wzajemnie powołują się na swoje zasoby. W przypadku wykonawcy FOXMET oraz Odwołującego występuje zbieżność nazwisk właścicieli firm oraz miejscowości prowadzenia działalności. Przedmiotowe postępowanie jest dwuetapowe — po dokonaniu oceny ofert i przyznaniu punktacji — Zamawiający zaprasza wybranych Wykonawców z najwyższą ilością punktów do udziału w aukcji elektronicznej. Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej ceny oferty na podstawie kryterium ceny po przeprowadzeniu aukcji.

Przystępujący podkreślił, iż cena zaproponowana w ofercie w zakresie cz. II i III zamówienia jest zbliżona do cen wskazanych przez pozostałych Wykonawców i nie odbiega a wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Wskazana w ofercie przez Wykonawcę cena nie może zostać uznana za nierealistyczną czy też niewiarygodną w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku.

Zdaniem Przystępującego, Zamawiający zbyt pośpiesznie przed rozstrzygnięciem

w aukcji elektronicznej stwierdził, iż cena zaferowana przez Konsorcjum „wydaje mu się” rażąco niska. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 PZP nie wskazuje wprost na przesłanki, które muszą zaistnieć, aby zamawiający miał obowiązek uznania, że występuje podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, a w konsekwencji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Dla Przystępującego niezrozumiałe jest działanie Zamawiającego, zgodnie z którym wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny dot. cz. III zamówienia, w sytuacji kiedy oferta Przystępującego jest o ponad 50% wyższa niż wartość szacunkowa zamówienia oraz wskazana przez konsorcjum oferta nie jest najniższa.

Składając wyjaśnienia Przystępujący w szczegółowych tabelach stanowiących załącznik do wyjaśnień wykazał

pozycje dot.:

- kosztu wykonania poszczególnych robót z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia pracowników;
- ceny poszczególnych materiałów wraz z przedstawieniem cen ofertowych od dostawców; - kosztów stałych takich jak: koszt paliwa, energii, koszty eksploatacji, amortyzacji, wciągnika, narzędzi, sprzętu
- koszty dzierżawy i eksploatacji ładowarki i przenośników;
- zostały wskazane koszty transportu;
- został wskazany zysk;
- zostały wskazane koszty prac projektowo - nadzorczych konsorcjanta;
- przewidziano dodatkowe koszty, takie jak np. koszty remontów dróg w związku z dostawą kruszyw, prace likwidacyjno — pomiarowe.

Nie bez znaczenia jest również to, iż po złożeniu wyjaśnień przez Przystępującego — Zamawiający (pomimo takiego uprawnienia) nie wzywał do dalszych wyjaśnień i nadal podtrzymał udział Wykonawcy w aukcji elektronicznej/ udziału w dalszej negocjacji ceny.

Zatem Przystępujący uważa, że nie ma podstaw do uznania za zasadne zarzutu Odwołującego, iż Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień wraz z dowodami (art. 224 ust. 5 i 6 PZP) oraz drugiego z zarzutów w postaci naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP.

Odwołujący zarzucił również iż Przystępujący jedynie częściowo odniósł się do wezwania Zamawiającego w zakresie wykazania, iż zaofferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający zażądał przede wszystkim aby zostało wykazane:

- 1)koszty związane z zatrudnieniem pracowników — co zostało wskazane w załączonej do wyjaśnień tabeli — wyszczególnienia robót dla każdej z części zamówienia,
- 2)koszty związane z użyciem i pozyskaniem sprzętów, którymi Wykonawca zamierza realizować zamówienie — Wykonawca oświadczył, iż część sprzętów stanowi jego własność oraz, iż część sprzętów znajduje się w dzierżawie,
- 3)kosztów zakupu materiałów — Wykonawca przedstawił oferty cenowe od dostawców,
- 4)koszty utylizacji odpadów - Zgodnie z pkt.2.1.2.c SWZ - całość odzyskanych elementów złomu metalowego pozostaje u Zamawiającego, natomiast materiał rozbiórkowy mурowy zostanie wykorzystany do zabudowy tam na podszybiach - a tym samym Przystępujący nie musiał przewidywać ponoszenia kosztów utylizacji odpadów powstałych przy realizacji zamówienia.

Wykładnia orzecznictwa KIO prowadzi do wniosku, iż nie zawsze koniecznym jest dołączanie dowodów celem wykazania, iż w danym przypadku nie występuje rażąco niska cena (tak wyrok KIO z 10.08.2018 r., KIO 1453/18, LEX nr 2567877).

Przystępujący przedstawił szczegółowe kalkulacje wynagrodzenia pracowników, które nie są na pograniczu minimalnego wynagrodzenia i uwzględniają stanowisko pracy jakie zajmuje konkretny pracownik. Stawki wynagrodzenia uzależnione są od tego czy dany pracownik zajmuje stanowisko robotnicze, dozoru średniego czy też dozoru wyższego. Przystępujący ponadto zgodnie z wymogami SWZ i pisma Zamawiającego z dnia 9.04.2021 r. wskazał ilość pracowników jaka jest niezbędna do realizacji przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia w większej części będzie realizowany przez siły własne Konsorcjum, Wykonawca w nieznacznym stopniu polega na usługach podmiotów trzecich, a w tych przypadkach wskazał oferty cenowe. Wykonawca posiada właściwy majątek, np. w postaci sprzętów — które są niezbędne do realizacji zamówienia.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 09.04.2021 r. wymagał, aby odnieść się do kwestii wymienionych w treści pisma. Przystępujący wskazał, iż nie wszystkie punkty będą miały zastosowanie w zamówieniu. Wykonawca składając wyjaśnienia odpowiedział wprost na zagadnienia wskazane na 2 i 3 stronie żądania Zamawiającego w zakresie:

- pkt. 1a, 1b - wskazana została wartość wynagrodzenia poszczególnych pracowników. Zostało złożone oświadczenie Wykonawcy o tym, iż pracownicy są zatrudnieni na podstawie umów o pracę. Z przedstawionych kalkulacji wynika również, iż pracownicy zatrudnieni są za wynagrodzeniem wyższym niż wynagrodzenie minimalne.
- pkt. 2 - w kalkulacji załączonej do wyjaśnień zostały wskazane dostawy oraz usługi jakie zostały uwzględnione w kalkulacji,
- pkt. 4. - w treści wyjaśnień Wykonawca złożył oświadczenie o uwzględnieniu kosztów działania procedur administracyjnych,
- pkt. 5 - Wykonawca przedłożył szczegółową kalkulację,
- pkt. 6 - Wykonawca wskazał, iż posiada sprzęt na własność albo zawarł stosowne umowy dzierżawy/najmu sprzętu. Ponadto Wykonawca wskazał jakim sprzętem na jakiej podstawie dysponuje.
- pkt. 7- Wykonawca wskazał, iż złożył prace w systemie dwuzmianowym dla części III zamówienia oraz w systemie jednozmianowym (z możliwością zmiany) dla części II zamówienia wraz z wskazaniem ilości pracowników niezbędnych do wykonywania tejże pracy.
- pkt. 9 - Wykonawca wskazał zarówno w wyjaśnieniach, jak i szczegółowej kalkulacji ryzyka i zagrożenia związane z realizacją zamówienia, przewidziano m.in.:
- możliwość zmiany organizacji pracy i większe nakłady sprzętowe w przypadku zagrożenia wyznaczonego terminu zakończenia prac,
- konieczność wykonania nieprzewidzianych prac remontowo naprawczych w szybie, lub wymiany podzespołów górniczych wyciągów szybowych (pkt.2,1.2a SWZ),
- sytuacje awaryjne podczas prowadzenia prac likwidacyjnych w szybie wymagające użycia „przewozonego wyciągu ratowniczego” (deklaracja gotowości CSRG Bytom),
- dodatkowe koszty ewentualnych remontów dróg w związku z dostawą kruszyw,
- konieczność wykonywania pomiarów w okresie gwarancji i uzupełnianie ubytku (osadzania) zasypu.

Ponadto Przystępujący wskazał na prace w zakresie cz. III zamówienia, które zmierzają do ograniczenia kosztów i przyspieszenia procesu zasypywania rury szybowej (str. 4 wyjaśnień z dnia 16.04.2021 r.).

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów odwołania w zakresie braków określenia kosztów za czynności dla części II zamówienia w postaci:

-Brak szczegółowej kalkulacji kosztów materiałów i sprzętu (nie wiadomo skąd się wzięły poszczególne kwoty deklarowane przez wykonawcę).

Lider Konsorcjum jako podmiot świadczący usługi górnicze na rzecz Spółek Węglowych przy zastosowaniu maszyn górniczych własnych lub użytkowanych w ramach zawartych umów najmu/ dzierżawy posiada wieloletnie doświadczenie oraz bazę danych kształtowania się kosztów eksploatacji sprzętu, stąd koszty sprzętu ustalono na

podstawie analizy użytkowania tego typu urządzeń oraz poprzez interpolacje kosztów sprzętu o podobnych parametrach technicznych, natomiast ceny materiałów zostały wskazane przez ich dostawców.

-Brak określenia kosztów przeszkolenia pracowników wykonawcy w zakresie warunków BHP obowiązujących na terenie zakładu Zamawiającego (min. 50,00 zł netto /osoba).

Koszt osobowe i inne związane z pobytem pracowników na terenie wykonywanych zadań ujęte są w kalkulacji ceny jednostkowej roboczo-dniówki i kosztach ogólnozakładowych (przewidywany koszt całkowity szkolenia pracowników wynosi 1400 zł wg wyliczenia: 28 pracowników x 50 zł, stanowi to 0,15% udziału w kalkulacji kosztowej całego zadania).

-Brak określenia kosztów zaplecza budowy.

Przedmiotowe koszty zostały ujęte w kosztach ogólnozakładowych.

-Brak określenia kosztów transportu sprzętu.

Wykonawca posiada własny tabor transportu, którego koszty eksploatacyjne ujęte zostały w Koszcie materiałowym i dodatkowym.

-Brak określenia kosztów gazów technicznych.

Demontaż konstrukcji szybowych i urządzenia wyciągowego prowadzony będzie przy użyciu sprzętu z napędem elektrycznym i palników gazowych; odzyskane elementy złomowe będą w częściach o gabarytach określonych przez Zamawiającego odtransportowane na wyznaczone miejsce składowania. (użycie sprzętu elektrycznego uwzględniono w kosztach zużycia energii elektrycznej: wiersz 4, natomiast palników gazowych w cenie jednostkowej złomu: wiersz 5 w Tabeli „Koszty materiałowe i dodatkowe”).

-Brak określenia jakiegokolwiek kosztów robót przygotowawczych.

Kalkulacja kosztu poszczególnych prac likwidacyjnych wyposażenia szybu uwzględnia również konieczny do wykonania zakres prac przygotowawczych.

-Brak kosztów zasilania urządzeń pneumatycznych (sprężone powietrze) - nakłady wymagane do prawidłowej realizacji zamówienia, zgodnie z pkt 3.24 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Przystępujący zamierza użyć kompresora. Kompresor wykorzystuje silnik elektryczny do sprężania powietrza zasilającego urządzenia pneumatyczne, stąd koszt „sprężonego powietrza” uwzględniony jest w kosztach zużycia energii elektrycznej.

-Brak uwzględnionych kosztów użycia aparatów ucieczkowych i lamp w cenie 10, 70 zł netto za dzień - nakłady wymagane do prawidłowej realizacji zamówienia, zgodnie z pkt 3.42 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Koszty środków ochrony osobistej, w tym aparatów ucieczkowych oraz inne Wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny jednostkowej roboczo-dniówki w(g szacunku jest to kwota 2675 zł - 250 roboczo-dniówek x 10,70 zł).

-Brak określenia sprzętu niezbędnego dla bezpiecznej likwidacji górniczych wyciągów szybowych (w zależności od przyjętej technologii albo firma zewnętrzna albo sprzęt własny). Konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów na dysponowanie własnym sprzętem bądź też korzystanie ze sprzętu należącego do innego podmiotu.

Naczynia wyciągowe zostaną przy użyciu napędu maszyny wyciągowej posadowione nad poziomem zrębu szybu, lina wyrównawcza zostanie zlikwidowana przy użyciu wciągnika (koszt jego użycia: wiersz 3 w Tabeli „Koszty materiałowe i dodatkowe”).

-Obsługa szybu: zgodnie z przepisami minimalne obłożenie górniczego wyciągu szybowego to 5 osób o odpowiednich kwalifikacjach, szyb Julian IV jest wyposażony w jeden GWSZ, więc minimalne obłożenie to 5 osób x 60 dni x średnio założona przez Konsorcjum roboczo-dniówka 480,00 zł = 144 000,00 zł (w wyjaśnieniach konsorcjum zaniżyło ten koszt do kwoty 98 000,00 zł, co skutkuje niedoszacowaniem w wysokości 46 000,00 zł).

Zarzuty odwołania w tym zakresie są całkowicie niezasadne. Punkt 6 SWZ stanowi: termin wykonania zadania Część II wnosi do 40 dni od dnia podpisania umowy, co oznacza, że powyższa kwota została wyliczona błędnie (zgodnie z przyjętą przez Odwołującego kalkulacją powinno być „minimalne obłożenie to 5 osób x 40 dni x średnia założona przez Konsorcjum roboczo-dniówka 480,00 zł = 96 000,00 zł). Ponadto zakwestionowana pozycja

z kwotą 98 000 zł dotyczy obsługi szybu wymaganej zapisami pkt. 2.1.2a SWZ: „utrzymanie górniczych wyciągów szybowych zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie prac serwisowych, napraw, remontów, wymiany podzespołów GWSZ, rewizji codziennych

i okresowych kontroli organów nadzorczych”. Obsługa szybu związana z wykonaniem głównych prac likwidacyjnych to wartości ujęte w Tabeli pn. Zadanie 2: Likwidacja szybów „JULIAN IV” — Przygotowanie szybu do likwidacji w z lp.1,2,3.

W zakresie części III zamówienia:

-Brak szczegółowej kalkulacji kosztów materiałów i sprzętu (nie wiadomo skąd się wzięły poszczególne kwoty deklarowane przez wykonawcę).

Wyjaśnienia Przystępującego są tożsame jak dla części II zamówienia.

-Brak określenia kosztów przeszkolenia pracowników wykonawcy w zakresie warunków BHP obowiązujących na terenie zakładu Zamawiającego (min. 50,00 zł netto /osoba).

Wyjaśnienia Przystępującego są tożsame jak dla części II zamówienia.

-Brak określenia kosztów zaplecza budowy.

Zawarto w wiersz 5 w Tabeli „Koszty materiałowe i dodatkowe” w zakresie Organizacja składowania i dostawy kruszywa prace likwidacyjno-porządkowe.

-Brak określenia kosztów transportu sprzętu.

Koszt transportu sprzętu ciężkiego (ładowarka, przenośnik) zawarte w kosztach eksploatacji wiersz 11,12 w Tabeli „Koszty materiałowe i dodatkowe”, inny sprzęt: transport środkami własnymi.

-Brak określenia kosztów gazów technicznych.

Przystępujący nie przewiduje użycia gazów technicznych. Niezbędny zakres prac montażowo-demontażowych zostanie wykonany sprzętem elektrycznym.

-Brak określenia jakiegokolwiek kosztów robót przygotowawczych.

Główne prace przygotowawcze do zasypu szybu zawarto w poz. 1 Kosztorysu „Urządzenie do zasypu szybu: konstrukcja 3,4t + taśmociąg o dł.46m z napędem PTG 800”.

-Brak kosztów zasilania urządzeń pneumatycznych (sprężone powietrze) - nakłady wymagane do prawidłowej realizacji zamówienia, zgodnie z pkt 3.24 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Przystępujący nie przewiduje użycia urządzeń pneumatycznych.

-Brak uwzględnionych kosztów użycia aparatów ucieczkowych i lamp w cenie -10,70 zł netto za dzień nakłady wymagane do prawidłowej realizacji zamówienia. zgodnie z pkt 3.42 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie przewiduje robót pod ziemią; prace realizowane na powierzchni nie wymagają wyposażenia pracowników w aparaty ucieczkowe i lampy górnicze.

-W ofercie założono użycie kruszywa hutniczego o frakcji 0-63, gdy tymczasem zgodnie z dokumentacją do wykonania robót należy użyć kruszywa o frakcji 32-63 - jest to zupełnie inny materiał pod względem kosztów i dostępności dla wykonawców.

-Załączona do wyjaśnień oferta PPHU "EKO-NIKOL" Sp. z o. o. zawiera nierealną cenę zakupu ilu gliniastego (podane w dokumentacji uwarunkowania filtracji wykluczają użycie zwykłego ilu).

Przystępujący wyjaśnił, że kruszywo będzie wyselekcjonowane i mieszanina będzie spełniać wymagania odnośnie granulacji, parametrów jakościowych i wytrzymałościowych określonych w pkt.2.2.1.a ppkt.4 SWZ, co każdorazowo zostanie potwierdzone stosownymi badaniami próbek. Wyklucza to możliwość zastosowania niewłaściwego materiału zasypowego.

-Zgodnie z treścią wyjaśnień Konsorcjum (strona 3), nie przewiduje powierzenia żadnego zakresu prac innym wykonawcom na zasadach podwykonawstwa. Równocześnie, wśród załączników do wyjaśnień Konsorcjum przedkłada jako dowód ofertę Śląskiego Towarzystwa Wiertniczego DALBIS Sp. z o. o. na wykonanie rurociągu do pizometru w szybie z rur wiertniczych za kwotę 170 00000 zł netto. Powyższe rozbieżności czynią wyjaśnienia Konsorcjum GZUG mało wiarygodnymi.

Przystępujący zaznaczył, że dotyczy części II; Firma DALBIS za kwotę 170 000 zł netto dostarczy niezbędne elementy i urządzenie montażowe wraz z obsługą techniczno-serwisową. Montaż rur wykonywany będzie przez pracowników i pod nadzorem konsorcjanta - Zad. II wiersz 6 w Tabeli „Koszty materiałowe i dodatkowe = 98 800zł. Powyższe nie stanowi usługi na zasadach podwykonawstwa, gdzie podwykonawca realizuje zobowiązanie Wykonawcy samodzielnie, wskazany podmiot jedynie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Dlatego też Przystępujący uważa, że nie sposób uznać, iż oferta Konsorcjum jest rażąco niska. Zarzuty odwołania nie są zasadne, a braki na jakie wskazuje Odwołujący nie mają potwierdzenia w dokumentacji, jaka została przedstawiona przez Konsorcjum wraz

z wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 224 ust. 5 PZP. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Przystępującego są konkretne, wyczerpujące oraz zostały odpowiednio umotywowane. Przystępujący w sposób wystarczający uzasadnił podaną

w ofercie cenę, wykazując to, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego lżba ustalila, że z protokołu ZP -1 postępowania wynika, że wartość szacunkową zamówienia ustalono na kwotę 5 531 503,14 zł netto, co stanowi równowartość 1 295 646,40 euro, z podziałem na części: I – 953 801,03 zł; część II – 1 002 037,53 zł; część III – 2 071 312,23 zł; część IV – 1 504 352,35 zł.

Cena brutto oferty wstępnej Przystępującego wynosiła w poszczególnych częściach:

- cz. I – 886 510,20 zł
- cz. II – 1 106 188,20 zł
- cz. III - 3 974 376,00 zł
- cz. IV - 2 976 329,40 zł

Przystępujący w dniu 9 kwietnia 2021 roku został w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwany do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia *cenę odrębnie dla Części I, II, III i IV.*

Zamawiający wskazał, że cena oferty, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto cena oferty w zakresie Części I, II, III i IV jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która dla poszczególnych części wynosi: Część I: 3 139 770,08 zł brutto, Część II: 3 137 858,47 zł brutto, Część III: 6 815 882,87 zł brutto, Część IV: 5 674 621,14 zł. A więc cena oferty Przystępującego była niższa w zakresie Części I o 71%, Części II o 64%, Części III o 41% i Części IV o 47% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający prosił o złożenie wyjaśnień odrębnie dla każdej Części, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy/OPZ

a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający wymagał złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Dowody winny dotyczyć przede wszystkim:

- kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników,
- kosztów związanych z użyciem i pozyskaniem sprzętu, którym Wykonawca zamierza realizować zamówienie;
- kosztów zakupu materiałów;
- kosztów utylizacji odpadów.

Zamawiający prosimy o informację na temat uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość pozycji, w następujących kwestiach:

1. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w kosztach:

a. sposób zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody prowadzenia robót budowlanych, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

b. zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2002r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018r. poz.2177 oraz z 2019r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

c. oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

d. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

e. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

f. wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

2. Jakie elementy w zakresie dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę przy realizacji zamówienia Wykonawca uwzględnił w kalkulacji.

3. Czy Wykonawca w przypadku zlecenia prac Podwykonawcy uwzględnił w cenie oferty (np. nabycie praw majątkowych do wytworzonych przez ten podmiot utworów)?

4. Czy Wykonawca uwzględnił koszty procedur działania organów administracji/niezbędne

uzgodnienia/opinie/pozwolenia, decyzje i koszty takich uzgodnień?

5. Przedłożenie informacji dotyczących poszczególnych pozycji przedmiaru w formie kosztorysu/kalkulacji, z uwzględnieniem: robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu

6. Wyjaśnienie, jakiego rodzaju sprzęt zamierza pozyskać wykonawca/jaka będzie forma pozyskania tego sprzętu (np. leasing)/jaki dodatkowy potencjał kadrowy zamierza zatrudnić wykonawca/na podstawie jakiego stosunku prawnego/jakie środki transportu

i w jakiej liczbie Wykonawca zaangażuje na etapie realizacji umowy?

7. Jaki sposób organizacji prac przyjął Wykonawca (np. zmianowy, w jaki sposób ustalił zmiany itp.)?

8. Czy Wykonawca zawarł porozumienia/umowy wstępne na podwykonawstwo?

9. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie ryzyka związane z realizacją zamówienia?

Zamawiający prosił o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do przedstawionych powyżej pytań. Wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty. Przedstawiona kalkulacja winna odzwierciedlać cenę zawartą w ofercie. Wykonawca w celu udokumentowania Zamawiającemu, że cena jego oferty nie jest/jest rażąco, niska może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 PZP.

W wyznaczonym terminie Przystępujący złożył wymagane wyjaśnienia wraz z materiałem dowodowym, zastrzegając załączniki od 1 do 11 do wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa (przedstawiono stosowne wyjaśnienie do zastrzeżenia).

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, że przed złożeniem oferty w postępowaniu dokonał analizy i oceny wszystkich warunków oraz wymagań Zamawiającego, zawartych w Specyfikacji Wymagań Ofertowych, w tym IPU i OPZ, w wyniku których skalkulowano poszczególne składniki cenotwórcze determinujące realizację przedmiotu zamówienia z należytą starannością, z zachowaniem zasad bezpieczeństwa pracy, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wewnętrznymi Regulacjami, Dokumentacją Zamawiającego.

Realizację przedmiotu zamówienia skalkulowano (w zakresie dotyczącym kosztu robocizny) z marżą na poziomie 20%. Wykonawca na etapie sporządzenia oferty, opracowania kosztorysu ryczałtowego obejmującego cały zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia oraz technologii prowadzenia robót nie zakłada powierzenia zakresu prac na zasadach podwykonawstwa robót budowlanych, bazując na własnych zasobach rzeczowych, finansowych i kadrowych, posiadanych uprawnieniach i doświadczeniu, gwarantując spełnienie wymagań Zamawiającego zawartych w SWZ.

1. Dla zakresu rzeczowego robót części I i części II postępowania Wykonawca dokonał istotnych założeń: technologiczno – organizacyjnych, do harmonogramu rzeczowo – finansowego, uwzględniając wymagania Zamawiającego, spełnienie obowiązujących przepisów prawa, w oparciu o przedstawiony „Projekt techniczny likwidacji szybu „Julian II”

i „Julian IV”, w szczególności wytycznych zawartych w części mechanicznej pkt. III opracowania.

2. Wykonawca zapewnia dysponowanie pracownikami posiadającymi stosowne uprawnienia i kwalifikacje, zatrudnionymi w ramach umowy o pracę, zgodnie z przepisami z

zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz obowiązującego Wykonawcę Regulaminu wynagrodzeń zatwierdzonego uchwałą Zarządu w porozumieniu ze stroną społeczną, stąd koszty pracy zostały skalkulowane w zgodności z przepisami prawa, w tym ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, oraz wewnętrznymi uregulowaniami, wysokość wynagrodzenia dla poszczególnych stanowisk pracy wykazano w kalkulacjach pn. koszt rbd. Wykonawca złożył pracę w systemie jednoczesnym pracowników o kwalifikacjach i ilości według załączonego do wyjaśnień wykazu. W przypadku zagrożenia opóźnienia terminu wykonania prac, Wykonawca uwzględnił możliwość prowadzenia robót w systemie dwuzmianowym.

3. Wykonawca uwzględnił w swojej kalkulacji między innymi koszty procedur działania organów administracyjnych dotyczących uzyskania niezbędnych opinii wykazane w kalkulacji pod pozycją: „wyszczególnienie” w 4 wierszu.

4. Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie ryzyko związane z realizacją zamówienia wynikające z zagrożeń naturalnych, stanu technicznego szybu i istniejącego wyposażenia poprzez założenie zdarzeń, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia, określając mechanizmy kontroli stanowiące efektywną i skuteczną reakcję na okoliczność wystąpienia ryzyka, stosując między innymi system kontroli i nadzoru nad prowadzonymi pracami, podział obowiązków kadry pracowniczej umożliwiające wykrywanie i korygowanie błędów w realizacji robót, ryzyka w obszarze zachowania terminów prac wg założonego harmonogramu robót.

Dla części III i IV przyjęto założenia:

1. Wykonawca dokonał istotnych założeń: technologiczno – organizacyjnych, do harmonogramu rzeczowo – finansowego, uwzględniając wymagania Zamawiającego, spełnienie obowiązujących przepisów prawa, w oparciu o przedstawiony „Projekt techniczny likwidacji szybu „Julian II” i „Julian IV”, w szczególności wytycznych zawartych w pkt. II opracowania. W celu ograniczenia kosztów i przyspieszenia procesu zasypiania rury szybowej Wykonawca złożył:

- rezygnację z zabudowy drugiego przenośnika i silosu,

- zmianę technologii przygotowania mieszanki somozespalającej,

w pobliżu szybu placu i transportowane dwoma ładowarkami na przenośnik połączony z lejem zasypowym,

- możliwość pracy dwoma ładowarkami równoległe lub szeregowo w zależności od wielkości dostaw materiału zasypowego co wyeliminuje ryzyko przedwczesnej konsolidacji mieszanki somozespalającej.

2. Wykonawca zapewnia dysponowanie pracownikami posiadającymi stosowne uprawnienia i kwalifikacje, zatrudnionymi w ramach umowy o pracę, zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz obowiązującego Wykonawcę Regulaminu wynagrodzeń zatwierdzonego uchwałą Zarządu w porozumieniu ze stroną społeczną, stąd koszty pracy zostały skalkulowane w zgodności z przepisami prawa, w tym ustawy o minimalnym wynagrodzeniu oraz wewnętrznymi uregulowaniami.

3. Wykonawca złożył pracę w systemie dwuzmianowym pracowników o kwalifikacjach i ilości według załączonego wykazu.

4. Wykonawca uwzględnił w swojej kalkulacji między innymi koszty procedur działania organów administracyjnych dotyczących uzyskania niezbędnych opinii, pozwoleń, decyzji, w tym koszty organizacji dostawy i składowania kruszywa, kontroli stanu zasypu, prac likwidacyjno porządkowych, pomiarów w okresie gwarancji-uzupełniania zasypu, ewentualne koszty remontu dróg dojazdowych.

5. Wykonawca uzgodnił z dostawcami materiałów realizację zakupów na korzystnych warunkach dostawy DPU,

miejsce wskazane przez zamawiającego wg zasad określonych w Incoterms 2020.

6. Wykonawca założył wykonanie przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu poniższego kluczowego sprzętu i urządzeń:

- ładowarka – własność Wykonawcy
- przenośnik – własność Wykonawcy
- dostawa recyklera (mieszalnik) wraz z zakupem kruszywa wg załącznika nr 5 do pisma
- podnośnik hydrauliczny oraz rury do wykonania piezometru – pozyskane w celu użytkowania od kontrahenta za uzgodnione wynagrodzenie.

Zamawiający w toku postępowania poinformował Przystępującego, iż odtajnia informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w postaci Załączników nr 1-9 –

w całości. Nie jest wystarczającym złożenie oświadczenia, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale konieczne jest wykazanie tej okoliczności, co wiązać się może

z koniecznością złożenia dowodów. Należy przedstawić wiarygodne dokumenty, jak np. wewnętrzne procedury obowiązujące w przedsiębiorstwie, przykłady umów

z kontrahentami potwierdzające ochronę poufności itp. To na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania, że utajniane informacje posiadają taki charakter, nie istnieje domniemanie tajemnicy przedsiębiorstwa np. ze względu na ich rodzaj.

Następnie 6 maja 2021 roku, Przystępujący, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp został poproszony o udzielenie dodatkowych wyjaśnień w zakresie Części III i IV.

Ze złożonych wyjaśnień wynikało, że w celu ograniczenia kosztów i przyspieszenia procesu zasypania rury szybowej Przystępujący założył:

- rezygnację z zabudowy drugiego przenośnika i silosu,
- zmianę technologii przygotowania mieszanki somozespalającej,
- kruszywo przy użyciu recyklera mieszane będzie ze spoiwem na wyznaczonym w pobliżu szybu placu i transportowane dwoma ładowarkami na przenośnik połączony z lejem zasypowym,
- możliwość pracy dwoma ładowarkami równolegle lub szeregowo w zależności od wielkości dostaw materiału zasypowego, co wyeliminuje ryzyko przedwczesnej konsolidacji mieszanki somozespalającej.

Zgodnie z zapisami projektu technicznego likwidacji szybów w celu zasypania należy zbudować układ urządzeń umożliwiających podawanie naprzemienne kamienia ewentualnie żużla lub kamienia zmieszanego z mieszaniną samozespalającą o parametrach wskazanych w projekcie. W przypadku samego kamienia, materiał podawany będzie do szybu za pośrednictwem przenośnika zgrzeblowego lub taśmowego i zabudowanej na nim konstrukcji kosza zasypowego. Zastosowany będzie przenośnik zgrzeblowy z jedną jednostką napędową lub przenośnik taśmowy. Materiał zasypu na przenośnik ładowany będzie wyłącznie ładowarką.

Dodatkowo dla podawania kamienia z mieszaniną samozespalającą zabudowane powinno być urządzenie do sporządzania mieszanki kamienia z mieszaniną samozespalającą składające się między innymi z mieszalnika i silosu oraz drugi przenośnik taśmowy lub zgrzeblowy podający kamień do mieszalnika. Gotowa mieszanka podawana będzie na pierwszy przenośnik transportujący mieszaninę wprost do rury szybowej.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z opinią projektanta, recykler nie zapewni odpowiedniego przygotowania mieszaniny samozespalającej ze względu na:

- małą wydajność procesu likwidacji,
- brak możliwości dokładnego dozowania składników tj. wody, spoiwa oraz kruszywa,
- konieczność kilkukrotnego przeładowywania mieszaniny po jej przygotowaniu.

Ponadto Zamawiający w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 19.03.2021 poinformował, iż ze względu na poprawność procesu likwidacji mieszanina samozespalająca musi być przygotowywana na miejscu, bezpośrednio przed wrzuceniem do szybu i nie może być kilkakrotnie przeładowywana ze względu na przerywanie procesu wiązania mieszaniny.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie zastosowanej technologii zasypania szybów, która ma wpływ na cenę oferty oraz na prawidłową realizację zamówienia.

Wykonawca udzielił następujących wyjaśnień:

1. Zmiana technologii przygotowania mieszaniny somozespalającej - kruszywo przy użyciu recyklera („na miejscu”) mieszane będzie ze spoiwem na wyznaczonym w pobliżu szybu placu - nie powoduje braku możliwości dokładnego dozowania składników.

2. Rezygnacja z zabudowy drugiego przenośnika i silosu oraz transportowane mieszaniny somozespalającej dwoma ładowarkami na przenośnik połączony z lejem zasypowym nie wymaga „konieczności kilkukrotnego przeładowywania mieszaniny po jej przygotowaniu” i zwiększy wydajność procesu likwidacji.

3. Mieszanina będzie spełniać wymagania określone w pkt.2.2.2.a pkt.4 i 2.2.2.a pkt.4 SIWZ co każdorazowo zostanie potwierdzone stosownymi badaniami próbek.

Jeżeli Zamawiający nie dopuszcza przedstawionego sposobu zasypania szybów, to Przystępujący wykona to z technologią wymagającą zastosowania silosu i drugiego przenośnika bez zmiany oferowanych kosztów realizacji przedmiotowych zadań.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). 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 (ust. 6). Odrzuceniu podlega również oferta z rażąco niską ceną lub kosztem w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp).

Odwolujący zarzucał, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny złożonych przez Przystępującego

wyjaśnień, które miały potwierdzać, że cena oferty nie jest rażąco niska i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego. Za słusznością stanowiska Odwołującego w jego ocenie przemawiała również okoliczność uwzględnienia zarzutów odwołania, której Zamawiający dokonał w toku postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia zdaniem Izby wymaga, iż nie polegają na prawdziwie twierdzenia Odwołującego, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są ogólnikowe i w żaden sposób nie potwierdzają realności zaofferowanej ceny za wykonanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia nie zawierają przedstawienia sposobu w jaki zostały obliczone wskazane w nim pozycje kosztowe (tzn. dlaczego w takiej akurat wysokości wykonawca określił poszczególne koszty, brak dowodów uzasadniających realność zakładanych szacunków). Jak już Izba zauważyła w ustaleniach faktycznych niniejszego orzeczenia wyjaśnienia odnosiły się szczegółowo do czynników, które w ocenie Przystępującego przełożyły się na możliwość obniżenia ceny oferty. Przystępujący w ocenie składu orzekającego Izby w sposób wyczerpujący odpowiedział na otrzymane z wezwaniem o wyjaśnienia szczegółowe pytania Zamawiającego. Zamawiający w 9 punktach określił jakie elementy wyjaśnień będzie uważał za istotne i do tych elementów odnosił się Przystępujący, wymieniając przy tym czynniki, które pozwoliły obniżyć cenę oferty.

Następnie Izba podkreśla, że Przystępujący złożył szczegółową kalkulację ceny oferty. Wykonawca składając wyjaśnienia ujął w kalkulacji prace budowlane niezbędne do wykonania, koszty materiałów, koszty transportu, koszty utrzymania szybu (w tym koszty energii elektrycznej, badań, koszty materiałowe i dodatkowe). Analizując czynniki wpływające na ryzyko szacowania ceny przyjęte zostały m.in. następujące pozycje: koszt prac projektowo nadzorczych dla członka konsorcjum, koszty eksploatacji, amortyzacji niezbędnego sprzętu, koszty utrzymania szybu, koszty transportu złomu, koszty ogólnozakładowe. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, że przewidział marżę na poziomie 20%. W zakresie kosztów pracowniczych przedstawił wyciągi z umów o pracę i zaszeregowania poszczególnych kategorii pracowników, z których wynika, że wynagrodzenie dla pracowników zostało oszacowane na poziomie wyższym niż płaca minimalna. Opisano także zakładany system pracy zmianowej i możliwość zwiększenia ilości pracowników celem dotrzymania terminu wykonania zamówienia. Ich analiza nie budzi wątpliwości Izby. Przystępujący opisał również, w ocenie składu orzekającego Izby, dlaczego mógł obniżyć koszty, co przełożyło się na cenę jego oferty, a na co wpływ miało zastosowanie innych rozwiązań techniczno-organizacyjnych. Przewidziano bowiem wykonanie przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu innej technologii, czego SWZ nie zakazywała. Przystępujący złożył również z wyjaśnieniami oferty dostawców materiałów, które potwierdzały miały stawki i ceny przyjęte w kalkulacji. Odwołujący dywagował, że przewidziane stawki są zaniżone, niemożliwe, ale na takie twierdzenia nie przedstawił żadnych dowodów. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w ocenie Izby bardzo szczegółowo rozpisują owo dojście do ceny ostatecznej, wskazują na zysk, zakładają wystąpienie możliwych ryzyk gospodarczych oraz szacują wpływ tych ryzyk na cenę oferty.

Co ciekawe, do żadnego z tych czynników Odwołujący nie odniósł się w odwołaniu, choć wyjaśnienia zostały w tej części odtajnione przez Zamawiającego i udostępnione pozostałym Wykonawcom. Jedynie ogólnikowo stwierdzono, że przywołane w wyjaśnieniach okoliczności nie mogą znacząco obniżyć ceny oferty, nie są to czynniki właściwe tylko jednemu wykonawcy. Dlaczego zdaniem Odwołującego zachodzi taka ocena złożonych wyjaśnień, Izbie nie wyjaśniono. Odwołujący wymienił szereg kosztów, które jego zdaniem nie zostały ujęte ale nie dokonał pogłębionej analizy przedstawionej przez Przystępującego kalkulacji szczegółowej.

Jeżeli uznać, czego Izba nie potwierdza, że wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego były ogólnikowe, to uzasadnienie zarzutów odwołania należałoby wręcz uznać za szczątkowe. W żaden bowiem sposób w zarzutach nie odniesiono się do aspektów podniesionych w złożonych wyjaśnieniach a odnoszących się do odmiennych założeń technologicznych wykonania przedmiotu zamówienia, które to aspekty w ocenie składu orzekającego Izby niewątpliwie przełożyć mogły się na obniżenie ceny oferty Przystępującego i dla tej ceny miały najistotniejsze znaczenie nawet o tym aspekcie nie wspomniano. Odwołujący w odwołaniu jedynie generalizuje, tak w zakresie kosztów dla części II i części III zamówienia. W odwołaniu określono, iż zawiera ono „generalne zarzuty zaniżenia kosztów”. Te „generalne” zarzuty nie zostały jednak w żaden sposób przez Odwołującego udowodnione. Ponadto Odwołujący wskazuje na poboczne dla głównego przedmiotu zamówienia elementy (np. szkolenia BHP), które mają minimalny wpływ na cenę oferty lub też odnosi się do elementów, które podczas wykonywania zadania nie wystąpią (koszty użycia lamp i aparatów ucieczkowych, gdy prace będą wykonywane na powierzchni, a więc użycie lamp i aparatów nie będzie konieczne). Tym samym przedstawioną w odwołaniu kwalifikację niezbędnych do poniesienia kosztów uznać należało za mało wiarygodną.

Izba nie podziela zapatrywań Odwołującego, że stanowisko Przystępującego przedstawione w sprzeciwie było dodatkowymi wyjaśnieniami, niedozwolonymi na etapie postępowania odwoławczego. Zdaniem Odwołującego taka argumentacja powinna być przedstawiona Zamawiającemu w złożonych wyjaśnieniach. Odwołujący zdaje się nie zauważać, że treść sprzeciwu koresponduje z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu. Przystępujący odnosi się w sprzeciwie do elementów kosztowych, które w ocenie Odwołującego nie zostały ujęte w kalkulacji. Przystępujący opisuje w sprzeciwie z jakich pozycji wynikają koszty, które zdaniem Odwołującego, pominięto. Odwołujący tymczasem na rozprawie w żaden sposób nie odniósł się do przedstawionych argumentów.

Reasumując, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów art. 289 ust. 1 w zw. z art. 287 ust. 3 pkt 1) Pzp, art. 289 ust. 2 w zw. z art. 287 ust. 3 pkt 2, a z dniem Izby krąg Wykonawców zaproszonych do dalszych negocjacji w części II i III zamówienia został ustalony prawidłowo.

Końcowo odniesienia wymaga również kwestia wspomniana w sprzeciwie przez Przystępującego, mianowicie wyliczenia średniej arytmetycznej wszystkich ofert. O ile sam sposób wyliczenia średniej, będący prostym działaniem matematycznym, nie budzi wątpliwości Izby, o tyle okoliczności związane z cenami poszczególnych ofert już takie wątpliwości mogą budzić. Jak wynika z ustaleń opartych na protokole ZP cena oferty Przystępującego w części II zamówienia nie przekraczała 30% obligujących Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w zadaniu nr III była nawet wyższa, iż kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Na konieczność wezwania Przystępującego do wyjaśnień bez wątpienia miało wpływ zaofferowanie znacząco wysokich cen przez co najmniej kilku innych Wykonawców. Spowodowało to znaczny wzrost wyliczonej średniej arytmetycznej cen ofert w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Same zaś wartości oferty Przystępującego w częściach II i III nie odbiegają znacząco od wartości ofert innych Wykonawców i wartości zamówienia. Takie działania

niejako z automatu mogą obligować Zamawiającego do zastosowania procedury wyjaśnień, jednakże Zamawiający powinien brać przy ocenie wyjaśnień pod uwagę, czy ceny złożonych ofert mają charakter rynkowy i nie są zawyżone.

Odnosnie do zarzutów wskazania w wyjaśnieniach powierzenia do wykonania zakresu prac innym wykonawcom na zasadach podwykonawstwa, podczas gdy oferta Przystępującego nie wskazywała na udział podwykonawców, to Przystępujący kwestię tę wyjaśnił. W wyjaśnieniach wprost wskazano, że „Wykonawca na etapie sporządzenia oferty, opracowania kosztorysu ryczałtowego obejmującego cały zakres rzeczowy przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia oraz technologii prowadzenia robót nie zakłada powierzenia zakresu prac na zasadach podwykonawstwa robót budowlanych, bazując na własnych zasobach rzeczowych, finansowych i kadrowych, posiadanych uprawnieniach i doświadczeniu, gwarantując spełnienie wymagań Zamawiającego zawartych w SWZ”. Złożona z wyjaśnieniami oferta na wykonanie rurociągu do pizometru dotyczyła dostarczenia materiałów, a nie prowadzenia prac montażowych. Fakty te nie zostały zanegowane w żaden sposób przez Odwołującego na rozprawie.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy, samo zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....