

Sygn. akt: KIO 1530/22

WYROK

z dnia 27 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich TOMBET Sp. z o.o. z siedzibą w Korytnicy pod numerem 10A (28-305 Sobków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Nysa z siedzibą w Nysie przy ul. Kolejowej 15 (48-300 Nysa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich

TOMBET Sp. z o.o. z siedzibą w Korytnicy i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:

Sygn. akt: KIO 1530/22

Gmina Nysa, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym pn.: Budowa drogi na terenie po byłym poligonie przy ul. Orłąt Lwowskich (numer sprawy: BZP.271.35.2022), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 maja 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00147493.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 7 czerwca 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o. z siedzibą w Korytnicy (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postaci:

- wyboru jako najkorzystniejszej oferty Adamietz Sp. z o.o.;
- zaniechania odrzucenia oferty Adamietz Sp. z o.o.;
- zaniechania wezwania Adamietz Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów tj. załącznika nr 6 do oferty w zakresie wskazania uprawnień budowlanych osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 224 ust. 6 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Adamietz Sp. z o.o. w sytuacji, gdy:

a.) wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe, wyjaśnienia ceny, nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny oraz kosztu i tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia i tym samym należy uznać, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny i kosztu wskazanych w ofercie,

b.) wykonawca zaniżył koszty wykonania robót w związku z nieuwzględnieniem w zakresie pozycji kosztorysowych 21, 42, 52, 92 kosztów wywozu urobku na odległość 14 km,

c.) cena oferty oraz koszty oferty były rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) art. 16 pkt 1 Pzp w związku z art. 239 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców co przejawiało się: wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej
2

odrzuconiu, które to oferta zawierała rażąco niską cenę oraz rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) art. 128 ust. 1 Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Adamietz Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów tj. załącznika nr 6 do oferty w zakresie wskazania uprawnień budowlanych osób skierowanych do realizacji zamówienia pomimo tego, że wykonawca w załączniku nr 6 do oferty wskazał, że osoby skierowane do realizacji zamówienia nie posiadają uprawnień budowlanych niezbędnych do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Adamietz Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie wezwania Adamietz Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów tj. załącznika nr 6 do oferty w zakresie wskazania uprawnień budowlanych osób skierowanych do realizacji zamówienia;
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Adamietz Sp. z o.o. i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów przez zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy odwołujący zgłosił ofertę w sposób prawidłowy, która stanowi ofertę najkorzystniejszą dla zamawiającego z ceną

gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Gdyby nie naruszenia zamawiającego oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie z przepisami ustawy zamawiający powinien był bowiem odrzucić ofertę Adamietz Sp. z o.o. oraz wybrać jako najkorzystniejszą ofertę odwołującego. Oferta odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. Naruszenia dokonane przez zamawiającego uniemożliwiły więc wybór oferty odwołującego. Wskazanie przez Adamietz Sp. z o.o. zaniżonej ceny uniemożliwiło bowiem odwołującemu uzyskanie pierwszego miejsca rankingowego. Należy więc uznać, że powyższe uniemożliwia wybór oferty odwołującego i realizacji zamówienia z zakresu robót budowlanych tj. przedmiotu działalności odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z postanowieniami SWZ, którego dotyczy postępowanie: Kosztorysy ofertowe należy sporządzić zgodnie z przedmiarem robót, zachowując kolejność pozycji przedmiaru. Kosztorysy ofertowe muszą być sporządzone jako wypełnienie przedmiaru, z tym, że dopuszcza się zastosowanie innej katalogowej podstawy wyceny niż podana w przedmiarze - zakres i technologia wycenionych robót musi odpowiadać zakresowi i technologii robót określonych w danej pozycji przedmiaru.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami SWZ i przedmiarem robót w kosztorysie branży drogowej pozycje: 18, 21, 32, 36, 42, 52, 65, 72, 78, 88, 92 należało uwzględnić wywóz materiału na odległość 14km. Firma Adamietz Sp. z o.o. koszt ten uwzględniła jedynie w pozycjach dotyczących wywozu materiału (kosztorys branża drogowa pozycje 18, 32, 36, 65, 72, 78, 88), natomiast pozycje: 21, 42, 52, 92 z kosztorysu firmy Adamietz nie uwzględniają kosztów wywozu materiału na odległość 14 km. Według wyliczeń odwołującego wskazana w ofercie firmy Adamietz cena pozycji uwzględniających wywóz materiału na odległość 14 km wynosi: $65,11 \text{ zł} / \text{m}^3$, co oznaczało, że ww. wykonawca nie uwzględniając wywozu w pozycjach: 21, 42, 52 i 92 zaniżył cenę i tym samym zaniżył wartość kosztorysu branży drogowej i całej oferty o 196 974,90 zł netto. W związku z powyższym, wartość oferty firmy Adamietz w przypadku uwzględnienia pominiętych kosztów powinna wynosić: 9 100 599,75 zł netto tj. 11 193 737,70 zł brutto.

Odwołujący wyjaśnił, że w ofercie firma Adamietz wskazała jednak cenę w kwocie 10 951 458,57 zł brutto. Jednakże w ofercie nie uwzględniono kosztów wywozu materiałów o wartości 242 279,12 brutto ($196\,974,90 \times 1,23$) co powoduje, że firma Adamietz mogłaby wykonać zamówienie za kwotę 11 193 737,70 zł brutto ($10\,951\,458,57 \text{ zł} + 242.279,12$), a nie za kwotę 10 951 458,57 zł brutto wskazaną w ofercie. Należy więc uznać, że w związku z pominięciem kosztów wywozu ww. wykonawca nie ma możliwości wykonania robót za cenę wskazaną w ofercie. Ponadto w związku z zaniżeniem ceny i pominięciem części kosztów zamawiający wybrał ofertę Adamietz. W przypadku uwzględnienia przez firmę Adamietz całości kosztów za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta odwołującego w kwocie 10 974 792,18 zł. Ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie wykonywania poniżej kosztów wytworzenia. W ocenie odwołującego cena oferty Adamietz jest rażąco niska, ponieważ nie uwzględnia części kosztów tj. kosztów dotyczących wywozu materiałów na odległość 14 km.

W związku z powyższym - zdaniem odwołującego - oferta wybranego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i 7 Pzp. Ceną rażąco niską jest cena niewiarygodna, nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych. Zaoferowanie takiej ceny może być wynikiem świadomego działania wykonawcy lub nierzetelności kalkulacji, w tym np. pominięcia niezbędnych elementów cenotwórczych. Odwołujący wykazał, że spółka Adamietz nie uwzględniła w swojej ofercie we wszystkich wymaganych pozycjach kosztorysowych kosztów wywozu urobku na odległość 14km. Powyższe spowodowało zaniżenie ceny ofertowej co umożliwiło wybór wskazanej oferty jako najkorzystniejszej.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że firma Adamietz Sp. z o.o. pismem z 27 maja 2022 r. została wezwana przez zamawiającego do wyjaśnienia ceny w zakresie pominięcia w kosztorysie ofertowym w zakresie pozycji 21, 42, 52 oraz 92 kosztów wywozu materiałów na odległość 14 km. Zamawiający potwierdził, że SWZ wymagało uwzględnienia kosztu wywozu materiałów na odległość 14 km w zakresie ww. pozycji kosztorysowych. Wykonawca w odpowiedzi w piśmie 31 maja 2022 r. przyznał, że nie uwzględnił wskazanych kosztów w swoim kosztorysie i swojej ofercie. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia sposobu wyliczenia wywozu urobku wykonawca wskazał, że przy wycenie „założono częściowy recykling urobku przez przesianie i posegregowanie poszczególnych rodzajów materiału

zawartych w urobku i uzyskanie w ten sposób czystej ziemi oraz frakcji kamiennych do wykorzystania wtórnego na innych zadaniach realizowanych przez nas w bliskiej odległości od placu budowy. Założono także częściowy wywóz urobku do lokalizacji uzgodnionych indywidualnie przez Wykonawcę, a zlokalizowanych o wiele bliżej niż założone wysypisko w Domaszkowicach". Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia wykonawcy są bardzo ogólne i budzą wiele wątpliwości. Należy przy tym pamiętać, że ciężar udowodnienia, że część składowa ceny ofertowej nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy. Obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. To wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu słuszność swoich wyjaśnień. Argumentacja musi być konkretna, wyczerpująca i nie może pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do ich rzetelności. W tym wypadku firma ADAMIETZ nie wypełniła swojego obowiązku i nie rozwiązała wątpliwości zamawiającego z zakresu wycień transportu urobku. Firma Adamietz nie przedstawiła żadnych dowodów potwierdzających swoje twierdzenia. Po pierwsze firma Adamietz Sp. z o.o. w wyjaśnieniach wskazuje, że dokona recyklingu urobku przez przesianie, posegregowanie i wywiezie materiał na inną budowę. Powyższe działania byłyby niezgodne z przepisami dotyczącymi gospodarowania odpadami. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy o odpadach odpadem jest każda substancja lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany. Wydobyty grunt transportowany z miejsca pierwotnego położenia zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu w sprawie katalogu odpadów z 2 stycznia 2020 r. jest klasyfikowany jako odpad pod kodami 17 05 03 (Gleba i ziemia, w tym kamienie, zawierające substancje niebezpieczne) lub 17 05 04 (Gleba i ziemia, w tym kamienie, inne niż wymienione w 17 05 03). Należy przy tym wskazać, że każdy materiał który nie jest wykorzystany w trakcie danej inwestycji - inaczej mówiąc wbudowany w miejscu danej budowy, jest odpadem ze wszystkimi tego skutkami, tj. koniecznością uzyskiwania zezwoleń na przetwarzanie poza instalacjami i urządzeniami (art. 30 ustawy o odpadach, art. 42 ust. 2 ustawy o odpadach). Wykonawca wskazując na recykling wskazał proces odzysku odpadów, a dokonywanie takiej czynności wymaga uzyskania stosownego zezwolenia, tj. zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Zgodnie z art. 30. 1. ustawy o odpadach - zakazuje się przetwarzania odpadów poza instalacjami lub urządzeniami. We wniosku o zezwolenie na przetwarzanie odpadów poza instalacjami i urządzeniami należy wykazać, że zostaną spełnione warunki określone dla takiego przetwarzania (odzysku odpadów) w wymienionych niżej rozporządzeniach. Ustawa dopuszcza:

- prowadzenie odzysku za pomocą działań określonych jako R10 w załączniku nr 1 do ustawy (tj. obróbka na powierzchni ziemi przynosząca korzyści dla rolnictwa lub poprawę stanu środowiska) - warunki takiego odzysku określa Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 20 stycznia 2015 r. w sprawie procesu odzysku R10 (Dz. U. z 2015 r., poz. 132);
- prowadzenie odzysku odpadów w procesach odzysku R3, R5, R11 i R12, o których mowa w załączniku nr 1 do ustawy - poza instalacjami i urządzeniami tylko w przypadkach i na warunkach określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami (Dz. U. z 2015 r., poz. 796). Odwołujący stwierdził, że chcąc zmienić klasyfikację odpadu bezwzględnie wymagane jest uzyskanie odpowiedniego pozwolenia. W przesłanych wyjaśnieniach firma Adamietz nie przedstawiła dokumentów potwierdzających uzyskanie ww. zezwoleń. Wykonawca nie wykazał też kosztów działań dotyczących odzysku odpadów, a także jak wskazane koszty przełożą się na wykonanie zamówienia. Jeśli wykonawca twierdzi, że nie uwzględnił kosztów transportu powinien wykazać wysokość innych ponoszonych kosztów, na które wskazuje. W zakresie przedmiotowego zamówienia czynności dotyczące odpadów oznaczają konieczność przeprowadzenia czasochłonnego procesu administracyjnego. Konieczne jest m.in. pozyskanie zezwolenie na zbieranie i/lub przetwarzanie tego co zostało pozyskane/wytworzone. Należy także spełnić wymagania dotyczące magazynowania odpadów, które jest możliwe tylko przez określony czas i na danym miejscu. Ponadto wykonawca nie może wbudować odpadu na innej swojej budowie bez odpowiedniej decyzji. Fakt, że ziemia spełnia kryteria norm po badaniach nie zmienia jej statusu formalnego, tj. mimo, że fizycznie nadaje się ona do zastosowań budowlanych, to formalnie pozostaje odpadem. Sam fakt oczyszczenia ziemi z kamieni nie jest wystarczającą przesłanką, by ten materiał nie był traktowany jako odpad.

Ponadto, jak zauważył odwołujący, spółka Adamietz w wyjaśnieniach wskazała, że urobek uzyskany z wykonania prac opisanych w pozycjach przedmiaru nr 21, 42, 52 i 92 będzie wywieźć na inną budowę. Należy więc uznać, że wykonawca przyznał, że kosztorys nie zawierał kosztów transportu. Wykonawca nie wskazał żadnych konkretnych informacji odnośnie miejsca budowy, na którą miałby być wywożony urobek. Firma Adamietz wskazała jedynie, że miejsce to jest znacznie bliżej zlokalizowane niż wysypisko w Domaszkowicach lecz bez podania konkretnej lokalizacji lub odległości. Wykonawca nie przedstawił też jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego wykonywanie robót w odległości bliższej niż 14 km od miejsca wykonywania zamówienia. Takim dowodem mogłaby być np. zawarta umowa o

roboty budowlane. Jednakże nawet w przypadku wykonywania prac w bliższej odległości nie można uznać, że wykonawca mógłby nie ponosić żadnych kosztów transportu. Wykonawca wskazał też, że będzie wywoził część urobku do innych lokalizacji indywidualnie uzgodnionych. Jednakże nie przedstawiono dowodów potwierdzających dokonanie takich uzgodnień (np. zawarte umowy) ani nawet nie wskazano przedmiotowych lokalizacji. Również w przypadku wywozu odpadów na składowisko inne niż w Domaszkowicach wykonawca nie mógł zakładać, że nie poniesie kosztów transportu w żadnej wysokości. Z twierdzeń wykonawcy wynika, że wykonuje roboty budowlane w trakcie, w których będzie wykorzystywał urobek w odległości 1 km od miejsca wykonywania przedmiotowego zamówienia, a także będzie przekazywał odpady na wysypiska inne niż Domaszkowice, które również znajdują się w odległości 1 km od miejsca wykonywania zamówienia. Wykonawca w zakresie pozycji 21, 42, 52 i 92 założył bowiem transport odpadów na odległość 1 km. Brak dowodów potwierdzających powyższe tj. wykonywanie prac oraz możliwość przekazania odpadów w odległości 1 km od miejsca wykonywania zamówienia. Wykonawca nie przedstawił też wycień potwierdzających w jaki sposób wskazane w wyjaśnieniach ceny założenia przekładają się na koszt wykonywania robót. Wykonawca wskazał, że koszty transportu według katalogu KNR są zawyżone. Jednakże wykonawca nie przedstawił dowodów oraz wycień potwierdzających powyższe. Wykonawca powołuje się jedynie na bliżej nieokreślone pomiary. Jednakże brakuje uzasadnienia dla możliwości kalkulowania kosztów niezgodnie z wymogami SWZ tj. poniżej kosztów z katalogu KNR. Wybranie oferty wykonawcy, który w przeciwieństwie do pozostałych wykonawców kalkulując cenę zaniżając jej części składowe w stosunku do wymagań z SWZ byłoby wyrazem zasady nierównego traktowania wykonawców. Wykonawca nie wykazał też, że pozycja 21. kosztorysu powinna być analizowana łącznie z pozycjami 20 i 22 i jak to się przekłada na zaoficerowaną cenę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca twierdzi, iż nie uwzględnił kosztów transportu odpadów, ponieważ kierownictwo wysypiska wskazało, że odbiór wskazanych odpadów nie będzie możliwy. Jednakże wykonawca nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego powyższe. Ponadto odmowa przyjęcia odpadów byłaby możliwa jedynie w przypadku spełnienia przesłanek z art. 120 ust. 1 ustawy o odpadach. Wykonawca nie mógł więc z góry zakładać braku możliwości przekazania odpadów na etapie składania oferty. Wykonawca mógł ewentualnie złożyć wniosek o zmianę SWZ lub w przypadku uznania, że nie ma możliwości wykonania zamówienia na warunkach SWZ nie składa oferty. Wykonawca nie mógł jednak zakładać alternatywnego sposobu wykonania zamówienia w celu obniżenia kosztów. Wybór oferty wykonawcy w takim przypadku należałoby uznać za wyraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Pozostali wykonawcy nie mieli bowiem możliwości kalkulowania ceny ofertowej przy założeniu wykonywania zamówienia w innych sposób niż wskazany w SWZ.

Zdaniem odwołującego przedstawiona przez wykonawcę wycena nie uwzględnia wszystkich kosztów do poniesienia których wykonawca w toku realizacji zamówienia byłby zobowiązany, wobec czego cenę ofertę firmy Adamietz Sp. z o.o. należy uznać za niewiarygodną. W przepisie art. 224 ust. 5 Pzp mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoficerowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle nie udzielił odpowiedzi oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i nieoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Z treści wyjaśnień wykonawcy na pierwszy rzut oka wynika, że są ogólnikowe, niekonkretne i nieoparte żadnymi dowodami. Wskazane wyjaśnienia nie zawierają też żadnych wycień, które potwierdzałyby tezy w nich wskazane. Ewentualna próba dowodzenia realności ceny oferty na etapie postępowania odwoławczego musiałaby zostać uznana za próbę spóźnioną. Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Powyższe prowadzi do wniosku, że obowiązkiem wykonawcy jest udowodnienie realności zaoficerowanej ceny zamawiającemu na etapie składania stosownych wyjaśnień. Z tego powodu złożone w toku postępowania odwoławczego, a nieprzedstawione zamawiającemu z wyjaśnieniami, informacje i dowody nie mogą mieć wpływu na rozstrzygnięcie złożonego odwołania. Odwołujący wyjaśnił, że rozstrzygając sprawę w kontekście oceny wyjaśnień wykonawcy Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymaga odpowiedzi na pytanie, czy oferent wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu wykazania prawidłowości ceny oferty oraz czy na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena ta nie jest rażąco niska. Celem złożenia

wyjaśnien jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzoryczny i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Same wyjaśnienia nie mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Rzeczą wykonawców wezwanych do wyjaśnień jest złożenie miarodajnych, rzeczowych i konkretnych wyjaśnień popartych dowodami. Jednakże Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających swoje.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący wskazał, że z treści złożonego przez wykonawcę załącznika nr 6 wynika, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i tym samym powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, a następnie jego oferta w przypadku braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinna podlegać odrzuceniu. Wykonawca wskazał bowiem w załączniku nr 6, że osoby skierowane do wykonywania zamówienia posiadają jedynie ogólne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi lecz nie

posiadają szczególnych uprawnień budowlanych wymaganych przez SWZ. Na stronie 14 SWZ wskazano, że osoby skierowane do realizacji zamówienia powinny posiadać uprawnienia w specjalności drogowej bez ograniczeń, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i teletechnicznych bez ograniczeń. Załącznik nr 6 złożony przez wykonawcę nie potwierdza posiadania przez wskazane osoby wymaganych uprawnień. W związku z powyższym zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, a w przypadku stwierdzenia, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich.

W dniu 23 czerwca 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów i żądań odwołującego.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 24 czerwca 2022 r. złożył pismo procesowe zawierające odpowiedź na argumentację zamawiającego podniesioną w odpowiedzi na odwołanie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505

ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich (zwanego dalej jako: „Adamietz” lub „wykonawca”) po stronie zamawiającego nie spełniło wymogu określonego w art. 525 ust. 2 zdanie drugie Pzp. Zgodnie z tym przepisem do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Po analizie dokumentacji związanej z przedmiotowym przystąpieniem skład orzekający stwierdził, że ww. wykonawca nie dołączył do przystąpienia zgłoszonego Prezesowi Krajowej

Izba Odwoławczej dowodów przesłania jego kopii zamawiającemu i odwołującemu. Zgłaszający przystąpienie nie był w stanie potwierdzić na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, że dołączył do przystąpienia kopie zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. W związku z powyższym Izba uznała przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich po stronie zamawiającego za nieskuteczne, przez co ww. wykonawca nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 17 czerwca 2022 r. oraz załączniki do odwołania, w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez spółkę Adamietz;
- wezwanie z dnia 27 maja 2022 r. skierowane do wykonawcy Adamietz;
- wyjaśnienia ww. wykonawcy z dnia 31 maja 2022 r., złożone w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
- wykaz osób złożony przez wykonawcę Adamietz na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 2 czerwca 2022 r.;

2) złożony na rozprawie przez odwołującego kosztorys zawierający informacje co do ceny za przesiewanie ziemi urodzajnej.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale 5 pkt 2 SWZ dotyczącym kosztorysów ofertowych zamawiający wskazał m. in:

Kosztorysy ofertowe należy sporządzić zgodnie z przedmiarem robót, zachowując kolejność pozycji przedmiaru. Kosztorysy ofertowe muszą być sporządzone jako wypełnienie przedmiaru, z tym, że dopuszcza się zastosowanie innej katalogowej podstawy wyceny niż

podana w przedmiarze - zakres i technologia wycenionych robót musi odpowiadać zakresowi i technologii robót określonych w danej pozycji przedmiaru.

Błędne wpisanie w kosztorysie ofertowym innej ilości robót niż to określono w przedmiarze robót, nie będzie powodowało odrzucenia oferty. Zastosowanie będą tu miały przepisy

art.223 ustawy Pzp.

W rozdziale 21 pkt 1 ppkt 4 tiret drugie SWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej. Treść ww. warunku była następująca - wykonawca w celu potwierdzenia, że:

- spełnia warunek dotyczący zdolności zawodowej zobowiązany jest wykazać, iż do realizacji zamówienia skieruje osoby (przewidziane do pełnienia funkcji kierownika budowy) posiadające uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w specjalności:

- drogowej bez ograniczeń,
- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i teletechnicznych bez ograniczeń.

Zgodnie z rozdziałem 22 pkt 2 ppkt 2 SWZ wykonawca na potwierdzenie ww. warunku

zobowiązany był złożyć:

- wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór wykazu stanowi załącznik nr 6 do niniejszej SWZ).

Pismem z dnia 27 maja 2022 r. zamawiający wezwał wykonawcę Adamietz do złożenia wyjaśnień. Treść wezwania była następująca:

Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty z dnia 23.05.2022 r.

Zgodnie z zapisami SWZ i przedmiarem robót w kosztorysie branży drogowej poz.: 21, 42, 52, 92 należało uwzględnić wywóz materiału na odległość 14 km.

Z Państwa kosztorysu ofertowego, załączonego do oferty, nie wynika, że taka odległość została wyceniona w wyżej wskazanych pozycjach.

W związku z powyższym proszę o wyjaśnienie sposobu wyliczenia wywozu urobku dla wskazanych pozycji.

Wykonawca Adamietz złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie pismem z dnia 31 maja 2022 r.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dotyczące złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawca Adamietz złożył m. in. wykaz osób na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ. W wykazie zostały wskazane cztery osoby. W kolumnie nr 3 wykazu wykonawca podał informacje o tym, że każda z wymienionych w wykazie osób posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń oraz podany został numer uprawnień dla każdej z tych osób. W kolumnie nr 4 dotyczącej zakresu wykonywanych czynności przy realizacji zadania wykonawca Adamietz wymienił:

- dla osoby z pkt 1 - Kierownik budowy/kierownik robót drogowych;
- dla osoby z pkt 2 - Kierownik robót sanitarnych;
- dla osoby z pkt 3 - Kierownik robót elektrycznych;
- dla osoby z pkt 4 - Kierownik robót teletechnicznych.

Zawiadomieniem z dnia 2 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Adamietz. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 224 ust. 5 Pzp - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.;

- art. 224 ust. 6 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.;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 239 Pzp - 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;

- art. 16 pkt 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 128 ust. 1 Pzp - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego kluczowe znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej sprawy miała kwalifikacja prawna wezwania do wyjaśnień z dnia 27 maja 2022 r. skierowanego do wykonawcy Adamietz. Z jednej strony zamawiający w przedmiotowym wezwaniu poprosił o wyjaśnienie sposobu wyliczenia wywozu urobku dla pozycji 21, 42, 52 i 92 kosztorysu dla branży drogowej. Z drugiej strony jako podstawa prawna wezwania został wskazany art. 223 ust. 1 Pzp, a nie art. 224 ust. 1 Pzp oraz zamawiający zwrócił się do wykonawcy wyłącznie z wnioskiem o złożenie wyjaśnień (nie wymagał składania dowodów). Ponadto Izba zwróciła uwagę, że zamawiający w rozdziale 5 pkt 2 SWZ wskazał m. in., że Błędne wpisanie w kosztorysie ofertowym innej ilości robót niż to określono w przedmiarze robót, nie będzie powodowało odrzucenia oferty. Zastosowanie będą tu miały przepisy art. 223 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Rozważając powyższe okoliczności Izba doszła do przekonania, że wezwanie z dnia 27 maja 2022 r. należało potraktować jako żądanie dotyczące wyjaśnień treści oferty, a nie jako żądanie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ustalenie to Izba poczyniła mając na uwadze wskazaną w treści wezwania podstawę prawną, brak obowiązku składania dowodów oraz cytowane powyżej postanowienie SWZ. Ponadto skład orzekający wziął także pod uwagę zasadę równego traktowania stron oraz przejrzystości uznając, że treść wezwań kierowanych od zamawiającego do wykonawców powinna być jasna i nie powinna nastroczać wątpliwości tym samym nawet zakładając niejasność samego wezwania nie można było wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, do którego takie wezwanie było skierowane, ponieważ wykonawca mógł dojść do przekonania, że intencją zamawiającego było żądanie wyjaśnień dotyczących treści oferty, a nie ceny. W związku z tym w okolicznościach przedmiotowej sprawy w żaden sposób nie można było ww. wezwania potraktować jako żądania od wykonawcy wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, o którym mowa w art. 224 ust. 1 Pzp.

Ustalenie to miało bardzo istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia z dwóch powodów. Po pierwsze różne są konsekwencje prawne zastosowania obu ww. przepisów dotyczących wezwań do wyjaśnień, szczególnie w kontekście ciężaru dowodu na etapie postępowania odwoławczego. W przypadku wezwania, którego podstawą jest art. 223 ust. 1 Pzp, konsekwencją niezłożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień niewystarczających będzie

14
odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp), natomiast w sytuacji złożenia wyjaśnień i ich przyjęcia przez zamawiającego, a następnie wniesienia odwołania przez innego wykonawcę, kwestionującego czynność zamawiającego, ciężar dowodu spoczywa na podmiocie, który przez złożenie środka ochrony prawnej wywodzi skutki prawne, czyli na odwołującym. Jeśli chodzi o wezwanie, którego podstawą jest art. 224 ust. 1 lub 2, konsekwencją niezłożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień niewystarczających będzie odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp), natomiast w przypadku wniesienia odwołania ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 Pzp). Po drugie ustalenie skutkujące uznaniem, że do wykonawcy Adamietz nie zostało skierowane wezwanie dotyczące żądania wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych w gruncie rzeczy unieważniło argumentację podniesioną w odwołaniu. Odwołujący w odwołaniu założył, że wezwanie z dnia 27 maja 2022 r. należało potraktować jako wezwanie o którym mowa w art. 224 Pzp ze wszystkimi jego konsekwencjami. Założenie odwołującego okazało się chybione w związku z tym cała argumentacja podniesiona w odwołaniu nie zasługiwała na

uwzględnienie.

Odwołujący dopiero po otrzymaniu odpowiedzi na odwołanie przygotował stanowisko

odnoszące się do powstałej sytuacji i okoliczności odpowiedniej kwalifikacji prawnej wezwania z dnia 27 maja 2022 r. (na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do stanowiska zawartego w odpowiedzi na odwołanie). W ocenie składu orzekającego znaczną część argumentacji zawartej w piśmie procesowym odwołującego złożonym na posiedzeniu niejawnym należało uznać za spóźnioną i wykraczającą poza treść odwołania. Przede wszystkim Izba pominęła argumentację odnoszącą się do kosztorysów wykonawcy Adamietz dotyczących branży sanitarnej i elektrycznej. Argumentacja zawarta w odwołaniu odnosiła się wyłącznie do kosztorysu branży drogowej, zatem nawiązywanie do innych kosztorysów po wniesionym odwołaniu było niedopuszczalne, ponieważ wykraczało poza treść odwołania. Ponadto Izba nie rozpoznała zarzutu oraz pominęła argumentację odnoszącą się do kwestii czynu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu odwołania co prawda został raz wymieniony art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, jednakże próżno było szukać w odwołaniu jakiegokolwiek stanowiska czy też wyjaśnienia odnoszącego się do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Adamietz jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący dopiero w piśmie złożonym na posiedzeniu przedstawił stanowisko w ramach powyższej kwestii. Tym samym Izba mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 555 Pzp uznała powyżej przedstawione okoliczności i zarzuty za spóźnione.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego odnoszące się do zarzutu rażąco niskiej ceny nie zasługiwało na uwzględnienie. Odwołujący nie przekonał Izby, że wyjaśnienia wykonawcy Adamietz powinny wywołać wątpliwości co do rażąco niskiej ceny lub kosztu, lub ich części składowych. W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w dniu 31 maja 2022 r. były adekwatne do treści wezwania i wystarczające dla uznania, że cena oferty wykonawcy nie była rażąco niska. Dodatkowo należało wskazać, że odwołujący nie sformułował zarzutu niezgodności treści oferty wykonawcy Adamietz z warunkami zamówienia przez co Izba mogła złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia, ocenić wyłącznie w kontekście postanowionego zarzutu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny i w tym kontekście nie dopatrzyła się naruszeń. Ponadto skład orzekający zwrócił uwagę, że cena ofertowa podana przez wykonawcę Adamietz była niższa od ceny oferty odwołującego o około 0,21%. Powyższe świadczyło o tym, iż cenę ofertową wykonawcy Adamietz trudno było uznać za cenę niewiarygodną, czy też oderwaną od realiów rynkowych, gdyż nie odbiegała znacząco od cen rynkowych za tego typu zamówienia. Mając wśród ofert złożonych w postępowaniu dwie, których ceny znacząco od siebie nie odbiegały, zamawiający miał podstawy do stwierdzenia, że oferta wykonawcy Adamietz nie nosi znamion rażąco niskiej.

Dodatkowo w treści SWZ zamawiający dopuścił oferowanie materiałów i rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz zapewnią uzyskanie parametrów nie gorszych od założonych. Nie można było wykluczyć, że wykonawca Adamietz w zakresie kwestionowanych pozycji kosztorysu dla branży drogowej zaoferował rozwiązanie alternatywne, które było równoważne w rozumieniu postanowień SWZ. Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych, ponieważ jego argumentacja w tym zakresie miała charakter gołosłowny. Jedyne dowód złożony w tym zakresie przez odwołującego tj. opracowany przez niego kosztorys dotyczący wartości przesiewania ziemi urodzajnej nie mógł przekonać Izby o słuszności argumentacji odwołującego, ponieważ nie można było go powiązać z okolicznościami realizacji zamówienia, ani potwierdzić słuszności założeń przyjętych przy wyliczeniu kwoty wynikającej z tego dokumentu.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 5 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp Izba przyjęła za własną argumentację zamawiającego, który stwierdził, że przedłożonym wykazie osób, wykonawca Adamietz wskazał osoby do realizacji zamówienia, przyporządkowując każdej z osób w kolumnie 4 wykazu zakres wykonywanych czynności z określeniem branży, natomiast w kolumnie 3 wykazu wskazał, że osoby posiadają uprawnienia o konkretnym numerze i w zakresie „bez ograniczeń”. Z żadnego punktu wykazu nie wynikało, aby wykonawca wskazał, że osoby kierowane do realizacji zamówienia nie posiadały uprawnień, jakich zamawiający oczekiwał. Wskazanie konkretnej branży, w zakresie czynności wykonywanych przy realizacji zamówienia, z informacjami że osoby posiadają uprawnienia „bez ograniczeń” było wystarczającą przesłanką do uznania, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu i wykazał w sposób należyty posiadany zasób osób. Uprawnienia budowlane mogą być udzielane do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi, w ograniczonym zakresie lub bez ograniczeń. W uprawnieniach budowlanych należy określić

specjalność i ewentualną specjalizację technicznobudowlaną oraz zakres prac projektowych lub robót budowlanych objętych danym uprawnieniem. Skoro dana osoba posiada „uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń” a w zakresie jej czynności mieści się kierowanie robotami określonej specjalizacji, to zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania prawidłowości posiadanych przez tę osobę uprawnień. Ponadto należało podkreślić, że w SWZ zamawiający dopuścił jako podmiotowy środek dowodowy w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej jedynie wykaz osób z informacją o posiadanych uprawnieniach. Wykaz taki został złożony i tym samym nie było konieczności wzywania wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób lub jakichkolwiek dokumentów z nim związanych. Tym samym Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

W konsekwencji nie mogły znaleźć potwierdzenia także zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 239 Pzp. W wyniku oddalenia wskazanych powyżej zarzutów Izba nie dopatrzyła się naruszeń dotyczących art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 239 Pzp, szczególnie, że należało je potraktować jako zarzuty wynikowe dla zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny. Przedmiotowy zarzut podzielił, zatem los zarzutu podniesionego w pkt 1 petitum odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący: