Sygn. akt: KIO 2598/22

WYROK

z dnia 18 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez

Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Developer i Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Młodego Górnika 2D, 41-808 Zabrze, M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.M., ul. Słoneczna 37E, 43-243 Pszczyna, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale

Wykonawcy - P.P.U.H. „TREX HAL" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 1 Maja 26, 44-206 Rybnik przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wykonawcy - B.-Gwimet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Zana 67, 44-321 Marklowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 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 2598/22

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu na „Rekultywacja zdegradowanych terenów leśnych - Pole F1 w Bytomiu - Miechowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział Kopalnie Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji" (sygnatura postępowania: ZP-KCL-0002/22), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 09.03.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00079790/01, wobec czynności polegającej wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechaniu jej odrzucenia (oferta B. -Gwimet Sp. z o.o., dalej jako B.), wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu (Lider), M.J. (dalej jak Konsorcjum), wnieśli w dniu 3.10.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2598/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP w zw. z art. 16 pkt. 1

PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B. z uwagi na rażąco niską cenę oraz poprzez wzywanie wykonawcy B. do złożenia dodatkowych wyjaśnień oraz ocenę oferty pod kątem badania rażąco niskiej ceny z uwzględnieniem wyjaśnień z 3 sierpnia 2022 r. dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty, podczas gdy wykonawca B. był zobowiązany już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie przedstawić kompleksowe i wyczerpujące wyjaśnienia oraz

dowody na ich poparcie, które uzasadniałyby możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę;

2. art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty

wykonawcy B., który nie przedstawił wyjaśnień wraz z dowodami, z których wynikałoby, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę, a Zamawiający winien pominąć wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę w dniu 3 sierpnia 2022 r. oraz podczas gdy zaoferowana przez wykonawcę B. cena jest rażąco niska i nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

3. art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP w zw. z art. oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez zaniechanie wykluczenia,

w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy B., który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt. 8.1.2 lit a) SWZ (referencja wykonawcy B. oraz referencja podmiotu trzeciego AD-ARBO A.M.), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, dotyczące spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt. 8.1.2 lit a) SWZ co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4. art. 239 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) b) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez wybór oferty B. i zaniechanie odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.2 lit. a) swz (referencja wykonawcy B. oraz referencja podmiotu trzeciego AD-ARBO A.M.).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 28.09.2022 r., tj. wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty B., jako zawierającej rażąco niską cenę, wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP lub nakazanie odrzucenia oferty B. w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.2 lit. a) PZP.

Zdaniem Odwołującego, w wyjaśnienia z 20.06.2022 r. wykonawca B. ograniczył się do ogólników, wręcz haseł, które niczego nie tłumaczą, w szczególności wysokości ceny, jak również zlekceważył żądanie Zamawiającego odnośnie przedstawienia dowodów na poparcie składanych wyjaśnień. Z treści dodatkowego wezwania z 25.07.2022 r. wynika, że te dodatkowe wyjaśnienia nie miały na celu rozwiania wątpliwości, które pojawiły się u

Zamawiającego po zapoznaniu się z pierwszymi wyjaśnieniami, ale zmierzały wyłącznie do dania wykonawcy kolejnej szansy na przedstawienie sposobu kalkulacji ceny oraz dowodów. Zamawiający winien był dokonać oceny wyjaśnień wykonawcy B. wyłącznie na podstawie odpowiedzi z 20.06.2020 r., a w konsekwencji uznać, że wykonawca nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena pozwala na wykonanie zamówienia. Nawet jeżeli jednak uwzględni się wyjaśnienia wykonawcy z 3.08.2022 r., to z uwagi na okoliczności wskazane w odwołaniu, cena zaoferowana przez wykonawcę B. jest niedoszacowana i nie pozwala na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty.

W odwołaniu wykonawca cytując fragmenty wyjaśnień skomentował je jako ogólnikowe, jak również odniósł się do szczegółów kalkulacji oferty B., w elementach które zostały w jego ocenie niedoszacowane. Dotyczy to kosztu zakupu i dowozu gruntu mineralnego (oferta niedoszacowana o co najmniej 1.457.706,06 zł netto), kosztu utylizacji odpadów (oferta niedoszacowana o 60.000 zł netto), kosztu mieszania gruntu mineralnego i kamienia kopalnego (oferta niedoszacowana o 737.073,00 zł netto).

Wyjaśnienia B. dotyczące kosztów pracy są niewiarygodne, gdyż opierają się wyłącznie na formalnym potwierdzeniu, że minimalna stawka godzinowa będzie wynosić 19,70 zł/h netto bez wykazania i udowodnienia szczegółowych kosztów zatrudnienia, w tym wykazania liczby osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia. B. w oświadczeniu z 31.08.2022 r. dotyczącym zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wskazał 0 osób, co potwierdza, iż wykonawca nie obliczył tych kosztów pracy.

Ponieważ B. zamierza angażować podwykonawcę, z którym ma zawarte wstępne porozumienie, powołując się w wyjaśnieniach na „korzystne warunki współpracy" powinien wykazać, z czego one wynikają, co powinno być równoznaczne z obowiązkiem wykazania sposobu kalkulacji własnej ceny przez podmiot udostępniający zasoby, jako podwykonawca.

W ocenie Odwołującego okoliczności wskazują na przesłankę z art. 224 ust. 6 Ustawy odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ogólnikowe, niekonkretne wyjaśnienia nie obalały domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, co powinno być traktowane jako ich brak. Złożone przez wykonawcę B. pierwsze wyjaśnienia (pismo z 20.06.2022 r.) nie zawierają jakichkolwiek dowodów odnoszących się do zaoferowanej ceny, w szczególności na poparcie załączonej do wyjaśnień kalkulacji ceny oferty.

W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu odwołanie ogranicza się do oceny spełnienia warunku opisanego w pkt 8.1.2 lit. a swz - zdolności technicznej i zawodowej, tj. doświadczenia w wykonaniu rekultywacji technicznej i biologicznej w kierunku leśnym na powierzchni min. 1,5 ha o wartości minimum 500.000,00 zł brutto. Wskazane przez B. inwestycje referencyjne nie pozwalają na spełnienie warunku udziału, a wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd. Ewentualnie oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podst. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

Z opisu dotyczącego poz. 1 wykazu (doświadczenie podmiotu trzeciego) nie wynika, aby dotyczyło ono zarówno rekultywacji technicznej i biologicznej (w referencji wskazano natomiast na zakres usług gospodarki leśnej). Wyjaśnienia B. z 3.08.2022 r. wskazują zakres prac, który nie mieści się w rekultywacji technicznej, która obejmuje roboty ziemne, a de facto wykonanie robót budowlanych, które mają na celu właściwe ukształtowanie rzeźby terenu, poprawienie właściwości fizycznych i chemicznych, uregulowanie stosunków wodnych, odtworzenie gleb, umocnienie skarp, odbudowanie lub zbudowanie niezbędnych dróg (zgodnie z definicją „rekultywacji" - art. 4 pkt 18 ustawy z 3 lutego 1995 r. o ochronie gatunków rolnych lub leśnych). Wprowadzającym w błąd było zatem oświadczenie w wykazie, że zadanie obejmowała zarówno rekultywację techniczną i biologiczną, ale także podane wartości pełnej usługi, która nie obejmuje jedynie rekultywacji biologicznej, co do której wartości nie można mieć pewności, iż przekroczyła kwotę 500.000,00 zł.

W odniesieniu do poz. 2 wykazu (doświadczenie własne B.) - doświadczenie zostało opisane w taki sposób, aby wywołać u Zamawiającego wrażenie, że rekultywacja biologiczna została wykonana w kierunku leśnym. Wykonania rekultywacji w kierunku leśnym nie potwierdzają również przedłożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty - umowa, wyciąg z projektu, protokół końcowy. Ponadto, podana kwota całej inwestycji nie pozwala ustalić, jaka była wartość prac związanych z rekultywacją i czy przekroczyła ona kwotę wskazaną w warunku udziału w postępowaniu.

Nawet gdyby uznać, że wykonawca nie wprowadził Zamawiającego w błąd, to wskazane w

odwołaniu okoliczności dowodzą, że doświadczenia referencyjne nie pozwalają na spełnienie warunku. Ponieważ wykonawca B. był już wzywany do uzupełnienia dokumentów, nie może zastąpić doświadczenia opisanego w wykazach innym doświadczeniem.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca B.. Uczestnik w piśmie z 13.10.2022 r. odniósł się szczegółowo do zarzutów odwołania wnosząc o jego oddalenie w całości. Do pisma Przystępujący załączył dodatkowe dowody związane z podstawą zarzutów.

Po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca P.P.U.H. „TREX HAL" Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w piśmie z 12.10.2022 r., wnosząc o jego oddalenie w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym postanowienia swz, jak również ofertę B. i wyjaśnienia tego wykonawcy składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z 20.06.2022 r. oraz 3.08.2022 r., jak również podmiotowe środki dowodowe.

Izba ustaliła i zważyła.

Zgodnie z pkt 19.1 swz cenę należało podać za całość przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie należne wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Zamawiający przewidział, jako jedyne kryterium oceny ofert - kryterium ceny.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 18.460.825,79 zł brutto (kosztorys inwestorski). W postępowaniu złożonych zostało 10 ofert.

Po aukcji elektronicznej, w której udział wzięło 5 wykonawców ceny ofert zostały ostatecznie ustalone na poziomie: 10.500.000,00 zł (oferta Ekobud - odrzucona), 10.510.000,00 zł (oferta B.), 18.000.000,00 zł (oferta Odwołującego), 18.132.000,00 zł i 52.685.319,57 zł.

Zamawiający wezwał dwóch wykonawców z cenami najniższymi do złożenia wyjaśnień (wezwanie z 15.06.2022 r.).

W wezwaniu skierowanym do B. Zamawiający nie tylko przywołał treść przepisu art. 224 ust. 2 Ustawy, ale również sprecyzował informacje jakich oczekuje, a te dotyczyć miały:

- kosztów pracy - Zamawiający oczekiwał od wykonawcy złożenia szczegółowej kalkulacji ceny, z której wynikać będzie jednoznacznie, że miesięczne koszty pracy przypadające na każdą z osób zatrudnionych przy wykonywaniu zamówienia nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę (3.010,00 zł) albo minimalnej stawki godzinowej (19,70 zł);

- przedstawienia kosztorysu/kalkulacji z uwzględnieniem: robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu.

B. złożył wyjaśnienia w dniu 20.06.2022 r. W wyjaśnieniach odniósł się do kwestii związanych z zatrudnieniem osób i kosztami pracowniczymi, jak również pracą własnego sprzętu. Znaczącym kosztem dla realizacji zamówienia miał być zakup i transport materiału, tj. odpowiedniego gruntu do prowadzenia rekultywacji technicznej i biologicznej. Materiał ten ma zostać pozyskany od firmy Opal-Dominex i na tą okoliczność przedstawił dowód - ofertę na zakup materiału wraz z transportem w cenie: 50 zł tona netto (1 gat.) i 15 zł tona netto (2 gat.). Załącznikiem do wyjaśnień są również wykaz sprzętu i kalkulacja szczegółowa - kosztorys uproszczony.

Pismem z 25.07.2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę B. do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dołączenia dowodów potwierdzających prawidłowość wyliczeń.

Zamawiający wskazał na konieczność załączenia dowodów potwierdzających korzystane warunki, w tym zawartych umów na dostawy paliw. Ponadto, Zamawiający analizując kosztorys ustalił stawki dotyczące zakupu i transportu ziemi przyjęte do wyceny odbiegające od oferty (tj. 22,34 zł/$m^3$ i 23,26 zł/$m^3$), prosząc o dalsze wyjaśnienie. Zamawiający wystąpił również o wskazanie ilości pracowników przewidzianych do realizacji zadania (w związku z informacją o wysokości kosztów pracodawcy, tj. 20,61 zł - stawka godzinowa). Zamawiający wezwał do przedstawienia kalkulacji/wyliczeń dotyczących zawartego podwykonawstwa wraz z dowodami - ofertą/umową, które potwierdzałyby korzystną cenę. Po przeanalizowaniu kosztorysu ofertowego i stwierdzeniu, że część pozycji jest znacznie poniżej wyceny w kosztorysie inwestorskim, Zamawiający zażądał dodatkowych wyjaśnień dla poszczególnych pozycji wraz z dołączeniem stosownych dowodów, tj. potwierdzających koszty: robót pomiarowych oraz prac geodezyjnych, karczowania i odmładzania drzew, oczyszczania terenu z resztek budowlanych oraz wywiezieniem zanieczyszczeń, kosztów utylizacji, kosztów zakupu materiału niezbędnego przy robotach drogowych, obsypki/zakupu kruszywa, zakupu sadzonek, mieszanek nasion i wykonania kwietników, podlewania, nawozu oraz repelentu.

W wyjaśnieniach z 3.08.2022 r. wykonawca B. odniósł się do wszystkich kwestii wskazanych przez Zamawiającego i załączył dowody. Oprócz dowodów dotyczących kosztów poszczególnych elementów prac wskazanych w wezwaniu, wykonawca przedstawił ofertę podwykonawcy na wykonanie: przygotowanie podłoża do nasadzenia, odmulanie rowów, wykonanie nasadzeń drzew wraz z pielęgnacją na kwotę 6.877.367 zł brutto.

W pkt. 8.1.2 lit. a) SWZ Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (z uwzględnieniem zmiany SWZ). Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jeżeli wykonawca wykaże się:

a. należytym wykonaniem robót w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotą w ramach jednej umowy lub kilku umów polegającą na wykonaniu rekultywacji technicznej i biologicznej w kierunku leśnym na powierzchni minimum 1,5 ha o wartości minimum 500.000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty.

Zamawiający oczekuje, aby rekultywacja techniczna i biologiczna w kierunku leśnym była wykonana w ramach tego samego zakresu terenu oraz w ramach tożsamego obszaru minimalnego (1,5ha), a więc wykonawca musi wykazać się doświadczeniem dotyczącym łącznie rekultywacji technicznej i biologicznej w kierunku leśnym, dotyczącej tego samego

obszaru.

W pkt 9 swz Zamawiający wśród podmiotowych środków dowodowych wymienił m.in. wykaz robót oraz oświadczenie dotyczące ilości zatrudnionych pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia objętych zamówieniem z minimalnym wynagrodzeniem (stanowiące załącznik nr 6 do swz). Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań przez wykonawcę (pkt 10.2 swz). W przypadku zamiaru powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcy, Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą oświadczenia podwykonawcy o braku podstaw wykluczenia, jak również wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie miałoby być powierzone podwykonawcy.

Zamawiający wezwał wykonawcę B. pismem z 25.08.2022 r. do złożenia podmiotowych

środków dowodowych. W odpowiedzi z 31.08.2022 r. wykonawca przedłożył dokumenty, w tym wykaz robót budowlanych wraz z referencjami. W wykazie robót wskazane zostały dwie

pozycje opisane jako:

1) Wykonanie usług gospodarki leśnej w zakresie rekultywacji technicznej i biologicznej

- nasadzenia na rzecz Nadleśnictwa w Katowicach (dwie umowy o wartości przekraczającej 1 mln zł każda). Roboty realizowane przez podmiot trzeci udostępniający swój potencjał, tj. Firma Usługowo-Handlowa AD-ARBO A.M.;

2) Wykonanie robót związanych z rekultywacją techniczną oraz biologiczną w ramach realizacji umowy pn. „Zamknięcie obiektu Unieszkodliwiania Odpadów Wydobywczych „Borynia-Jar" zbiornik nr 6a KWK „Borynia-Zofiówka Jastrzębie" Ruch Borynia w Świerklanach" na rzecz JSW S.A. KWK Borynia-Zofiówka o wartości przekraczającej 4 mln zł. Robota zrealizowana przez wykonawcę B..

Referencja od Nadleśnictwa Katowice z 29.11.2021 r. wystawiona została dla Firma Usługowo-Handlowa AD-ARBO A.M. i potwierdza, że w latach 2020 i 2021 firma świadczyła na podstawie zawartych umów usługi z gospodarki leśnej, w tym m.in.: pozyskanie i zrywka surowca drzewnego, nasadzenia, prace hodowlane, grodzeń i rozgrodzeń upraw leśnych, itp. o wartości 1.074.337,14 zł (rok 2020) i 1.345.860,60 zł (rok 2021).

W referencji od JSW S.A z 14.01.2021 r. wskazany został zakres i rodzaj prac wykonanych przez B. wraz z potwierdzeniem ich należytej realizacji.

Kwoty wskazane w referencjach zostały przeniesione do wykazu robót.

W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z 06.09.2022 r. Zamawiający wskazał na braki w dokumentach podmiotowych, które uniemożliwiały stwierdzenie, czy spełniony został warunek udziału w postępowaniu. W referencji Nadleśnictwa Katowice nie ma informacji o powierzchni na jakiej prowadzone były prace oraz, że zostały wykonane należycie. Natomiast z referencji JSW nie wynika, aby rekultywacja terenów była prowadzona w kierunku leśnym, a ponadto referencja została wystawiona w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi z 8.09.2022 r. wykonawca B. przedstawił dodatkowe potwierdzenie uzyskane od Nadleśnictwa Katowice dotyczące wielkości powierzchni na jakiej były wykonywane prace oraz ich właściwej realizacji. Dodatkowo opisał charakter prac, jako realizowanych w kierunku leśnym. Odnośnie drugiej referencji zakres prac w zakresie rekultywacji biologicznej na obiekcie miał być wykonany w sposób analogiczny jak przy urządzaniu lasu. Załączona została część umowy (str. 1 i 2 ) z wyszczególnieniem zakresu wykonywanych w części

rekultywacji biologicznej oraz technicznej prac oraz fragment projektu budowlanego.

Jednocześnie wykonawca wyjaśnił, iż wykazie robót nastąpiła omyłka pisarska w opisie terminu zakończenia prac, które nastąpiło 11.01.2021 r., co potwierdził protokołem końcowym odbioru robót. Wykonawca przedłożył poprawiony wykaz robót obejmujący te same pozycje co pierwszy dokument. Ponadto wykonawca wskazał, iż obecnie świadczy od 2.03.2022 r. usługę rekultywacji w zakresie leśnym na rzecz SRK Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji.

W dniu 28.09.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty B.. Na rozprawie oświadczył, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu znaczenie miała robota objęta pozycją nr 1 wykazu - wykonana przez podmiot trzeci, udostępniający swoje zasoby wykonawcy B.. Zamawiający nie oceniał doświadczenia własnego wykonawcy B. wskazanego w poz. 1 wykazu, jak również dodatkowo powołanego w wyjaśnieniach z 03.08.2022 r., związanego z realizowaną obecnie umową na rzecz SRK Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji.

Na rozprawie Przystępujący przedłożył kopię umowy nr 2710-0001-20 z 20.01.2020 r. zawartą pomiędzy Skarbem Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Katowice i konsorcjum w składzie: Zakład Usług Leśnych „Grab" K.W., Firma Usługowo-Handlowa AD-ARBO A.M., Evita E.P.-W. na świadczenie robót wskazanych w wykazie robót w pozycji nr 1. Umowa realizowana była w okresie od 20.01.2020 r. do 31.12.2020 r. Wartość przedmiotu umowy ustalona na podstawie oferty wyniosła 1.649.285,62 zł brutto. (wskazana w § 10 umowy). Załącznikiem do umowy był opis

standardu technologii wykonawstwa prac leśnych - z którego fragmenty zostały załączone przez Przystępującego w celu wykazania, iż prace obejmowały również mechaniczne przygotowanie gleby, w tym wyrywanie bruzd pługiem leśnym, przygotowanie gleby, wykonanie rabatowałków, sadzenie.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzuty odnosiły się do oferty wybranej i związane były z zaoferowaną ceną, z czego Odwołujący wywodził szereg naruszeń do jakich miał dopuścić się Zamawiający w trakcie badania tej oferty i jej wyboru, jak również oceną doświadczenia wykonawcy.

Oddalając odwołanie Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił zasadności zarzutów, a tym samym będąc odpowiedzialnym za wykazanie twierdzeń, z których wywodził żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty B. i żądanie odrzucenia tej oferty, nie mógł uzyskać ochrony, jakiej oczekiwał wnosząc odwołanie.

W szczególności należy wskazać, w odniesieniu do zarzutów związanych z badaniem oferty wybranej pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny, iż zasadniczo Odwołujący dążył do wykazania braku podstaw do uwzględnienia drugich wyjaśnień z 3.08.2022 r. i złożonych wraz z nimi dowodów, a tym samym ograniczenia badania ceny B. wyłącznie do pierwszych wyjaśnień z 20.06.2022 r. Izba w tym zakresie odmiennie oceniła stan faktyczny, przede wszystkim uznając, iż pierwsze wyjaśnienia nie były gołosłowne i ogólnikowe, jak wielokrotnie podkreślał to w odwołaniu, chociaż należy przyznać, iż nie wszystkie okoliczności podniesione w piśmie były szczegółowo wykazane dowodami. To jednak nie uprawniało do przyjęcia tezy odwołania, iż w pierwszych wyjaśnieniach wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, czemu wprost przeczą załączone do wyjaśnień: wykaz sprzętu, czy też oferta dostawcy gruntu. Mając na uwadze charakter zamówienia i znaczenie, jakie strony przypisały kosztom zakupu gruntu mineralnego, wyjaśnienia z 20.06.2022 r. dostarczały dowodu, który pozwalał po zapoznaniu się z kalkulacją szczegółową, dokonać analizy założeń wykonawcy i ocenić rynkowość ceny oferty. Oddalając zarzut wielokrotnego wzywania do wyjaśnień, jako działania prowadzącego do naruszenia zasad postępowania, należy podkreślić, iż Zamawiający dwukrotnie wystąpił o wyjaśnienia, co miało swoje uzasadnienie. Istotną okolicznością mającą wpływ na ocenę czynności Zamawiającego byłą ta, że dopiero w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiający mógł przeanalizować szczegółowe założenia wykonawcy wynikające z kalkulacji szczegółowej - kosztorys uproszczony (niemożliwe do ustalenia na podstawie treści oferty). Na etapie oferty wykonawcy nie składali szczegółowych wyliczeń kosztów, co miało wpływ na zakres wątpliwości, jakie wyartykułował Zamawiający w pierwszym wezwaniu. Miały one w zasadzie zakres ograniczony do elementów opisanych w normie prawnej z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający oczekiwał wykazania kosztów pracowniczych, uwzględniających minimalne wynagrodzenie za pracę. Dopiero przedłożone szczegółowe kalkulacje pozwoliły Zamawiającemu na zidentyfikowanie dalszych elementów kalkulacji, które wymagały wyjaśnienia z wykonawcą i temu służyło drugie wezwanie z 25.07.2022 r. W ocenie Izby wykonawca składał za każdym razem wyjaśnienia wraz z dowodami w odpowiedzi na wątpliwości wskazane w wezwaniach, co nie uprawniało do twierdzeń Odwołującego o ogólnikowym charakterze wyjaśnień. Nawet jeżeli jakaś część wyjaśnień mogła być odebrana, jako bardzo ogólna, to najważniejsze elementy wyjaśnień, stanowiące odpowiedź na konkretne pytania Zamawiającego, takimi już nie były. Oczywiście nie ma stałego, pewnego szablonu do oceny wyjaśnień, stąd każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy, a orzecznictwo tak szeroko cytowane w odwołaniu, nie może determinować oceny, która dokonywana być musi indywidualnie w konkretnej sprawie.

Przebieg rozprawy wskazał również na brak uzasadnienia dla twierdzeń o niedoszacowaniu kosztów w elementach wskazanych w odwołaniu. W tym zakresie wnioski Odwołującego były wynikiem wyłącznie dążenia do przekonania składu o wyższym poziomie cen rynkowych, co miały potwierdzać dowody, ale te okazały się odbiegać od wytycznych zamówienia. W szczególności, w odniesieniu do gruntu mineralnego wyższa cena - bez identyfikacji frakcji gruntu, nie mogła być rozstrzygająca, a w świetle stanowisk Zamawiającego i Przystępującego, iż ceny prezentowane w ofertach dotyczyć miały ziemi ogrodniczej, nie pozwalały na ich uznanie. Odwołujący zasadniczo nie podważył wyjaśnień Przystępującego związanych z identyfikacją gruntu mineralnego odpowiadającej normom, odmiennej od prezentowanych w odwołaniu i w dowodach - dla torf. W tym zakresie jego wypowiedzi w zasadzie zmierzały do stwierdzenia, iż wykonawca zamierza korzystać z „odpadu", a nie gruntu wymaganego w dokumentacji projektowej. Twierdzeń tych w żaden sposób nie można było skonfrontować tak z wyjaśnieniami wykonawcy, jak i dowodami złożonymi w sprawie.

Ponadto, pozyskanie z rynku ofert droższych nie oznacza, iż wykonawca nie może uzyskać lepszych warunków, a te zostały udowodnione przez B. złożonymi Zamawiającemu dowodami. Odwołujący próbował podważać dowód - ofertę dostawy gruntu, jednak nie uczyni tego skutecznie. Analiza kosztów zakupu gruntu mineralnego przyjętych w kalkulacji, prowadzona wyłącznie w celu wykazania, iż oferta dostawcy była niższa, niż przyjęta w kalkulacji, nie prowadzi do uznania, iż koszty zostały zaniżone. Przeciwnie wskazuje to, że w ofercie uwzględniono wyższą stawkę, a tym samym koszty zakupu nie mogły być zaniżone. Odwołujący określił niedoszacowanie tych kosztów na poziomie co najmniej 1.457.706,06 zł netto, przyjmując do wyliczenia tej kwoty odmienne warunki, niż uzyskane przez B..

Również pozostałe elementy kalkulacji nie zostały w sposób przekonujący podważone. W zakresie kosztów pracowniczych wyjaśnienia B. miały na celu potwierdzenie, iż cena uwzględnia minimalny poziom wynagrodzenia pracowników, czego nie należało utożsamiać z wykazaniem rzeczywistego poziomu wynagrodzeń osób, które nie będąc zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, będą zaangażowane w realizację przedmiotu zamówienia. Ponadto, należy odnotować, iż duża część prac zostanie powierzona podwykonawcy i to po stronie tego podmiotu spoczywać będą koszty pracodawcy. Odwołujący formułował oczekiwanie, iż również podwykonawca powinien wykazać rzetelność kalkulacji kosztów, co jednak nie znajduje umocowania w Ustawie. Skoro do wyceny oferty przyjęta została oferta podwykonawcy, to w tym elemencie wykonawca uczynił zadość żądaniu wykazania podstaw kalkulacji załączając ofertę podwykonawcy.

Odwołujący w sposób dowolny prezentował wnioski dotyczące braku uwzględnienia kosztów mieszania gruntów, które zostały wskazane w pozycjach kosztorysowych, co zostało dostatecznie wyjaśnione na rozprawie i nie wymaga szerszego komentarza.

Podstawa faktyczna zarzutów dotyczących oceny spełnienia warunku udziału w postepowaniu, sprowadzała się do dwóch zasadniczy kwestii. Pierwsza dotyczyła rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd oświadczeniami wykonawcy o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, a druga oceny doświadczenia wskazanego w wykazie, jako spełniającego warunki zamówienia.

Na wstępie należy odnotować, iż doświadczenie własne wykonawcy nie odpowiadało doświadczeniu opisanemu w treści warunku udziału w postępowaniu, co wprost wynikało z dokumentów i wyjaśnień wykonawcy, w których potwierdził, iż rekultywacja nie była prowadzona w kierunku leśnym. Odmienna ocena zgodności zakresu prac z badanym w warunku doświadczeniem, prezentowana w wyjaśnieniach nie prowadzi do uznania, iż Zamawiający był wprowadzany w błąd. Wskazuje jedynie na odmienną ocenę doświadczenia zdobytego w ramach usługi opisanej w dokumentach. Wykonawca w żadnym miejscu nie podał informacji niejasnej, a jedynie prezentował własną ocenę doświadczenia w celu przekonania o swojej racji Zamawiającego. Co ważne pojęcia określające doświadczenie w rekultywacji technicznej i biologicznej, nie mają legalnej definicji, a tym samym wątpliwości wynikające z oceny doświadczenia nie powinny prowadzić do przypisywania naganności zachowaniu wykonawcy, jeżeli ta nie wynika z innych jeszcze podstaw, które wskazywałyby na intencjonalne działanie ukierunkowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Wykonawca założył, iż jego doświadczenie wynikające z prac realizowanych w zakresie odpowiadającym rekultywacji w kierunku leśnym, jest adekwatne do potwierdzenia wymaganego doświadczenia. Niezależnie od tego, wskazał dodatkową usługę realizowaną obecnie na rzecz Zamawiającego, co do której jednak Zamawiający się nie odniósł uznając, iż doświadczenie podmiotu trzeciego jest wystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Analiza dokumentów złożonych Zamawiającemu - treść wykazu wraz z referencjami prowadzi do wniosku, iż wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, czy jak chce tego Odwołujący, intencjonalnie potwierdził spełnienie warunku, chociaż takiego warunku nie spełniały referencyjne usługi. Należy odnotować, iż wszystkie informacje przekazane Zamawiającemu zostały opisane w zgodzie z treścią referencji wystawionych dla podmiotu trzeciego. Wprawdzie dopiero na rozprawie - po zapoznaniu się z nowym dowodem Odwołujący wskazał na konieczność oceny, w jakim zakresie podmiot trzeci realizując umowę w konsorcjum uzyskał samodzielnie doświadczenie, to okoliczność ta wykraczała poza podstawę faktyczną zarzutu wprowadzenia w błąd, która była powiązana z ustaleniem, czy rekultywacja miała charakter techniczny i biologiczny o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 zł. Kwestia związana z podziałem rekultywacji na dwie kategorie nie mogła przesądzać, gdyż nie są to pojęcia zdefiniowane w sposób formalny, a tym samym nie można wykluczać, iż wykonawca działał w przekonaniu o zgodności prac z zakresem wymaganego doświadczenia. Również Zamawiający odmiennie identyfikował rekultywację techniczną, niż prezentował to Odwołujący. Odnosząc się natomiast do wartości podanej w wykazie - była ona przeniesiona wprost z referencji wystawionych przez odbiorcę potwierdzającego należyte wykonanie usługi przez podmiot trzeci. Odwołujący nie

przedstawił dowodu, który prowadziłby do uznania, iż wartość rekultywacji wykonanej przez podmiot trzeci nie osiągnęła poziomu minimalnego. Należy zauważyć, iż w referencji podana kwota jest niższa od wskazanej w umowie zawartej z konsorcjum. Ponadto, nowe wątpliwości dotyczyły tylko jednej z dwóch prac wskazanych w wykazie, a każda z nich znacząco przekraczała wartość usługi spełniającej warunek zdolności technicznej i zawodowej.

Podsumowując, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał aby ocena wyjaśnień dokonana w oparciu o dowody złożone Zamawiającemu uzasadniała uznanie, iż w ofercie wybranej zaoferowana została rażąco niska cena, uniemożliwiająca realizację usługi zgodnie z wymaganiami zamówienia. W odniesieniu natomiast do doświadczenia podmiotu udostepniającego zasoby Odwołujący nie wykazał żadnej okoliczności, która zostałaby w sposób niezgodny ze stanem faktycznym przedstawiona w dokumentach ocenionych przez Zamawiającego. Wątpliwości dotyczącej usługi z 2020 r. związane z podmiotową stroną wykonawcy, w świetle jednoznacznej treści referencji odbiorcy usługi również nie uzasadniały zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2

oz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości

10.000,00 zł.

Przewodniczący: .....