

Sygn. akt: KIO 2940/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolantka: Oskar Oksiński

Po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo Budowlany "ABUD" M. S. z siedzibą w Myszkowie, ul. Pułaskiego 7 lok. 118 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polska Grupa Górnicza spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30

Uczestnik postępowania po stronie zamawiającego:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum: Gama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, ul. Chopina 94, J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Eko-Projekt J. O. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Kielecka 44/30, ECC Pax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, ul. Chopina 94

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo Budowlany "ABUD" M. S. z siedzibą w Myszkowie, ul. Pułaskiego 7 lok. 118 i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo Budowlany "ABUD" M. S. z siedzibą w Myszkowie, ul. Pułaskiego 7 lok. 118 tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo Budowlany "ABUD" M. S. z siedzibą w Myszkowie, ul. Pułaskiego 7 lok. 118 na rzecz zamawiającego Polska Grupa Górnicza spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2940/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na „Wykonanie etapu I rekultywacji technicznej zgodnie z „Projektem zagospodarowania terenu przekształconego działalnością górniczą położonego przy południowej granicy zakładu górniczego PGG Oddział KWK Mysłowice-Wesoła wraz z odbiorem i transportem kruszywa naturalnego z terenu kopalni zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 2024 roku Nr pozycji: 96677.

W dniu 8 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 14 sierpnia 2024r. M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo Budowlany "ABUD" M. S. z siedzibą w Myszkowie, ul. Pułaskiego 7 lok. 118 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 sierpnia 2024 r. udzielonego w formie pisemnej, a następnie opatrzonego podpisem cyfrowym (podpisem zaufanym) w dniu 26 sierpnia 2024 r. Do odwołania dołączono dowody jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy przez jego wadliwe zastosowanie i błędne uznanie, iż ofertę odwołującego należało odrzucić ze względu na rażąco niską cenę, w sytuacji kiedy: a. odwołujący złożył pisemne i szczegółowe wyjaśnienia, które poparł nie tylko dokumentami, a wręcz własnym doświadczeniem, co winno skutkować

uznaniem wyjaśnienia jako złożone w sposób prawidłowy — a w konsekwencji odstąpienie od nieuzasadnionych twierdzeń w przedmiocie rażąco niskiej ceny;

b. Odwołujący wyjaśnił, że posiada nie tylko zasób ludzki, jak również zasób sprzętowy, aby przedmiotowe zadanie wykonać w oparciu wyłącznie o własnych pracowników i własny sprzęt; c. Odwołujący w sposób wyraźny wskazał, iż jego oferta odbiega zaledwie o 13% od wartości zamówienia przyjętego przez zamawiającego, zatem nieuzasadnionym jest pozostawienie twierdzenia, że cena jest rażąco zbyt niska;

2. naruszenie art. 224 ust. 1 oraz 2 ustawy przez ich wadliwe zastosowanie i błędne uznanie, że w przedmiotowej sprawie oferta odwołującego mogła być zakwalifikowana jako zawierająca cenę rażąco niską skoro sam zamawiający pismem z dnia 27 marca 2024 r. udzielił informacji w oparciu o art. 222 ust. 4 ustawy, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę: 4.138.526,02 zł brutto. W związku z czym oferta odwołującego w żadnym zakresie nie stanowiła naruszenia limitu 30%;

3. naruszenie art. 224 ust. 1 oraz 2 ustawy przez ich wadliwe zastosowanie i błędne uznanie, że w przedmiotowej sprawie oferta odwołującego mogła być zakwalifikowana jako zawierająca cenę rażąco niską w sytuacji kiedy oferty wskazanego do zamówienia posiada znaczny rozstrzał, w związku z czym nie sposób wyprowadzić średniej celem obliczenia 30% limitu — co również byłoby zdecydowanie działaniem błędnym i nieuzasadnionym.

Wniósł o nakazanie:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum firm: GAMA Sp. z o.o., Eco Pax Sp. z o.o., Eko Projekt J. O.,
3. wyboru oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego — co zgodnie z brzmieniem informacji o wynikach aukcji elektronicznej powoduje, że oferta odwołującego uznana winna być za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy gdyż jego oferta została odrzucona przez zamawiającego z powodu rzekomego istnienia rażąco niskiej ceny. Jednakże prawidłowa analiza przedmiotowej sprawy powoduje, że brak jest możliwości zakwalifikowania oferty jako obciążonej rażąco niską ceną — co skutkuje tym, że oferta odwołującego się została by wybrana, gdyż kryterium wyboru sprowadzało się do kryterium ceny, a oferta odwołującego się jest najkorzystniejsza pod tym względem.

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

- Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 23 maja 2024 r.
 - Pismo z dnia 28 maja 2024 r. zawierające złożenie wyjaśnień wraz z załącznikami;
 - Dokumenty obejmujące wynik aukcji oraz potwierdzające wartość kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na poczet zamówienia; na okoliczność ich treści oraz celem wykazania faktów: (1) zakresu wezwania jakie zostało wystosowane do odwołującego przez zamawiającego,
- (2) poziomu ogólności przedmiotowego wezwania,
 - (3) złożenia wyjaśnień w terminie przez odwołującego,
 - (4) poziomu szczegółowości wyjaśnień — w tym odpowiedzi na istotne kwestie,
 - (5) braku spełnienia przesłanek do uznania oferty odwołującego jako obciążonej rażąco niską ceną — a w tym zakresie istotne wyjaśnienia przez odwołującego,
 - (6) marginalne różnice pomiędzy ofertą odwołującego a ofertą drugiego wybranego oferenta, (7) oczywistej zasadności dla przedmiotowego odwołania.

Ponadto o zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według faktury załączonej do tego pisma.

W ramach prowadzonego postępowania za pismem z dnia 23 maja 2024 r. zamawiający

wezwał odwołującego do złożenia pisemnych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy w przedmiocie zarzutu rażąco niskiej ceny. Oczywiście jest, że przedmiotowe wezwanie zostało przez odwołującego wykonane — o czym wprost świadczy pismo odwołującego z dnia 28 maja 2024 r. wraz z załącznikami. Jednakże zdaniem zamawiającego przedmiotowe wyjaśnienia okazały się niewystarczającymi, gdyż w dniu 8 sierpnia 2024 r. zamawiający na stronie internetowej przedmiotowego zamówienia opublikował informację, że odwołujący został odrzucony. W uzasadnieniu przedmiotowej decyzji wskazano, że: złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie udowodnił, że jedna z cen jednostkowych tj. cena za wbudowanie kruszywa w wysokości 1,51 zł/Mg obejmuje wykonanie odbioru, transportu i wbudowania 1 tony kruszywa. Jednakże przedmiotowe stwierdzenie w świetle zgromadzonych w sprawie dokumentów nie może się ostać. Odwołujący w sposób prawidłowy złożył wyjaśnienia, przedłożył dokumenty dowodzące racji odwołującego. Tymczasem

tak podjęta decyzja przez zamawiającego jest wadliwa i właśnie to działanie zamawiającego spowodowało konieczność złożenia tego odwołania. Odwołujący przytoczył art. 224 ust. 1 – 7 ustawy.

Zamawiający na mocy pisma z dnia 23 maja 2024 r. działając w oparciu o art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy, żądał udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w tym cen jednostkowych. Jednocześnie w treści wezwania wskazano, że: Wyjaśnienia winny dotyczyć co najmniej poniższych zakresów: 1) 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 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W tym miejscu odwołujący przywołał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2024 r. w sprawie do sygn. akt: KIO 307/24.

Powyżej wskazał całą treść wezwania do złożenia wyjaśnień. Jednocześnie dla przypomnienia zaznaczyć wypada wskazaną podstawę odrzucenia oferty odwołującego -podstawa prawna: art. 224 ust. 6 ustawy: złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie udowodnił, że jedna z cen jednostkowych tj. cena za wbudowanie w wysokości 1,51 zł/Mg obejmuje wykonanie odbioru, transportu i wbudowania 1 tony kruszywa. Reasumując powyższe, zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w sposób nader ogólny, dając pewne wytyczne oferentowi, jednocześnie odwołujący złożył wyjaśnienie, natomiast zamawiający z

całkowicie innego powodu niż ten wskazany do pisma z dnia 23 maja 2024 r. odrzuca ofertę odwołującego wykazując rzekome istnienie rażąco niskiej ceny. Odwołujący przytoczył wyrok KIO 178/24 z dnia 12 lutego 2024.

Powyższe determinuje konieczność przejścia po kroku przez złożone pisemnie wyjaśnienia uzasadniające przyjęcie takiej a nie innej ceny oferowanej; Z powyższego jasno wynika, że:

- Przede wszystkim odwołujący posiada odpowiednio wykwalifikowany zespół — pracowników, a nadto odpowiedniej klasy sprzęt i co również nader istotne bogate doświadczenie w tego typu pracach;
- odwołujący wyjaśnił, że wskazana przez zamawiającego cena na poziomie 1,50 złotych netto za tonę jest wartością nieprawdziwą, wyliczoną w sposób wadliwy przez zamawiającego, natomiast odwołujący w sposób bardzo szczegółowy wyjaśnił wszystkie składowe ceny i wszelkie nieścisłości, o które wzywał zamawiający.

Odwołujący wskazał na orzeczenie KIO 115/18 z dnia 2 lutego 2018 r. i wyjaśnienia odwołującego: W związku z powyższym nie sposób odwołującemu zarzucić rażąco niskiej ceny, zwłaszcza, że wyjaśnienia odwołującego były przygotowane skrupulatnie, na bardzo wysokim poziomie szczegółowości, określając nie tylko doświadczenie odwołującego, a nadto jest zasoby ludzkie i park maszyn. W związku z czym przedmiotowe odwołanie winno zostać uznane jako prawidłowe i słuszne.

W dniu 16 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum: Gama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, ul. Chopina 94, J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Eko-Projekt J. O. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Kielecka 44/30, ECC Pax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, ul. Chopina 94 wnosząc o oddalenie odwołania. Strona 3 z 4

Interes przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego jest jego ocenie bezsporny. Przystępujący złożył prawidłową i niekwalifikującą się do odrzucenia ofertę, przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W wyniku słusznej i prawidłowej decyzji zamawiającego, oferta przystępującego została oceniona jako najkorzystniejsza.

Z kolei odwołanie zawiera wnioski o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym zmierza do uniemożliwienia przystępującemu pozyskania zamówienia publicznego, na podstawie bezzasadnych, a miejscami nawet

wprowadzających w błąd wywodów odwołującego zawartych w odwołaniu. Z tego powodu uwzględnienie odwołania spowodowałoby pozbawienie przystępującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Przystępujący w związku z tym wskazuje, że posiada nie tylko ogólny interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, ale posiada interes w znaczeniu węższym – typowym dla samego odwołania, oto bowiem spełnia on przesłanki materialnoprawne z art. 505 ust. 1 ustawy, ponieważ ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku uwzględnienia odwołania. W przypadku oddalenia odwołania, przystępujący nadal będzie miał możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania, przystępującemu zostanie uniemożliwione uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z zamawiającym. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez na podstawie ciągu pełnomocnictw udzielonych przez partnerów liderowi. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W dniu 4 września 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 2 i 3 dot. naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż są to zarzuty spóźnione,
2. oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 1 dot. oceny złożonych wyjaśnień ceny rażąco niskiej,
3. obciążenie odwołującego kosztami postępowania i nakazanie odwołującemu zwrot poniesionych kosztów postępowania na rzecz zamawiającego, zgodnie z normami prawem przepisanyymi.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do swz) docelowe ukształtowanie terenu będzie polegać na:

- wykonaniu zboczy o maksymalnym nachyleniu 1:3; 1:4;
- wykonaniu dróg technologicznych, spełniających wymogi dróg przeciwpożarowych maksymalnym spadku 12° wraz z odwodnieniem;
- wykonaniu szczelnych zbiorników (parowników);

Do kształtowania oraz niwelacji terenu przewidziane jest użycie kruszywa naturalnego powstałego na bazie odpadów wydobywczych z kopalni Mysłowice-Wesoła. Kruszywo będzie produkowane na bieżąco w Zakładzie Przeróbki Mechanicznej Węgla w sąsiedztwie terenu rekultywacji.

Zamawiający otrzymał oferty w postępowaniu oraz przeprowadził aukcję elektroniczną. Po aukcji elektronicznej ze względu na to, że zachodziła przesłanka określona w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy zamawiający wezwał m.in. odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny rażąco

niskiej. Cena oferty odwołującego odbiegała o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Odwołujący wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami złożył w dniu 28 maja 2024 r. Po ocenie wyjaśnień zamawiający uznał, że nie są one wystarczające i na ich podstawie nie jest w stanie ustalić, że cena jednostkowa wynosząca 1,50 PLN za Mg za odbiór, transport samochodowy i formowanie nasypów z kruszywa jest wystarczająca dla pokrycia kosztów tej części zamówienia.

W dniu 7 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 ustawy odwołujący wskazuje, że przepis został wadliwie zastosowany, a odwołujący błędnie wezwany do przedstawienia wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Niezależnie od tego, że odwołujący błędnie ocenił, że zamawiający nie mógł wyliczyć średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, to zarzut jest spóźniony. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej 23 maja 2024 r. Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy termin na wniesienie odwołania na czynność niewłaściwego wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej wynosił 10 dni, a więc upłynął 3 czerwca 2024 r. Zgodnie więc z dyspozycją art. 528 pkt 3 ustawy odwołanie w tym zakresie powinno być odrzucone.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego oceny wyjaśnień ceny rażąco niskiej zamawiający odwołał się do sposobu wyliczenia i rozliczania ceny. Zgodnie z postanowieniami § 16 projektowanych postanowień umowy (Załącznik 5 do swz) wartość umowy opiewa na maksymalną kwotę zobowiązania. Natomiast kluczowe dla stron umowy są dwie składowe ceny:

- Cena za wykonanie odbioru, transportu i formowanie nasypów z kruszywa, która wyliczona jest w oparciu o cenę jednostkową oraz liczbę ton kruszywa podaną przez zamawiającego (435 018 Mg) – czyli w ofercie pozycja Formowanie nasypów
- Cena za wykonanie pozostałych robót budowlanych wyszczególnionych w harmonogramie rzeczowo finansowym – czyli w ofercie pozycja Roboty budowlane Zgodnie z ust. 8 § 16 Umowy:

8. Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktycznie zrealizowane roboty, które rozliczane będą na w następujący sposób:

- a) odbiór, transport kruszywa i formowanie nasypów — miesięcznie, na podstawie odebranej i zagospodarowanej ilości kruszywa. Protokoły comiesięczne, zawierać będą ilość kruszywa przewiezionego i zagospodarowanego w danym miesiącu.
- b) pozostałe roboty rekultywacyjne – na podstawie załączonego do Umowy Harmonogramu rzeczowo-finansowego (harmonogramu robót rekultywacyjnych). Protokoły zostaną sporządzone każdorazowo po wykonanych poszczególnych robotach

rekultywacyjnych – elementach składowych Harmonogramu, który stanowi Załącznik nr 2.1. do Umowy,

Podział procentowy wartości prac ujmowanych w harmonogramie został przez zamawiającego narzucony w tabeli zamieszczonej w Załączniku 1 do swz (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) na stronie 29 i 30.

Każdy wykonawca podawał cenę w podziale na te dwie wyżej opisane części. Odwołujący złożył pierwotną ofertę na

kwotę łączną 11 071 332, 27 zł brutto w podziale na pozycję 1 Formowanie nasypów w cenie 2 461 332, 27 zł brutto (2 001 083, 15 netto) oraz pozycję 2 Roboty budowlane w cenie 8 610 000 zł brutto (7 000 000 netto).

Oferta złożona została więc w oparciu o cenę jednostkową za 1 Mg kruszywa w pozycji pierwszej wynoszącą 4,60 zł netto, co wynika z obliczenia:

$2\,001\,083,15 \text{ zł (kwota całkowita netto)} / 435\,018 \text{ Mg (wartość narzucona przez zamawiającego)} = 4,60 \text{ zł netto.}$

Cena ta została zmieniona w wyniku aukcji elektronicznej i złożenia postąpień przez odwołującego.

Zgodnie z postanowieniami swz w trakcie aukcji elektronicznej wykonawcy składają kolejne postąpienia na całkowitą wartość oferty. Natomiast po aukcji zgodnie z postanowieniami Części XVII pkt 23 swz: zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto przyjętych do rozliczania umowy oraz wartości zamówienia w następujący sposób:

- 1) W pierwszej kolejności wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej (złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie), uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony w górę do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru:

W oferty – W aukcji

$$U = \frac{\text{W oferty} - \text{W aukcji}}{\text{W oferty}} \times 100 [\%]$$

W oferty

- 2) Następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny jednostkowe netto

przez obniżenie cen jednostkowych z oferty pierwotnej o wartość upustu wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone w dół do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru: $C \text{ aukcji} = C \text{ oferty} - (C \text{ oferty} \times U)$ gdzie:

U – wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej uzyskanego w wyniku aukcji elektronicznej
W oferty – wartość oferty pierwotnej

W aukcji – wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej

C aukcji – cena jednostkowa netto przyjęta do umowy

C oferty – cena jednostkowa netto oferty pierwotnej

- 3) wartość umowy netto zostanie wyliczona jako suma iloczynów cen jednostkowych netto wyliczonych w sposób określony w pkt 2) oraz szacunkowych ilości poszczególnych pozycji zamówienia określonych w Formularzu Ofertowym.

Cena Odwołującego po aukcji elektronicznej wyniosła 2 957 777,18 zł netto, co daje w pozycji pierwszej (Formowanie nasypów) 656 877,18 zł netto, a w pozycji Roboty budowlane 2 300 900 zł netto.

Cena jednostkowa w pozycji pierwszej wynosi więc 1,51 zł netto, co wynika z obliczenia: $656\,877,18 \text{ zł} / 435\,018 \text{ Mg} = 1,51 \text{ zł.}$

Cena 1,51 zł netto za 1Mg ma pokryć koszty odebrania i transportu kruszywa na miejsce rekultywacji z miejsca wskazanego przez Zamawiającego oraz formowanie nasypów z przetransportowanego kruszywa.

W wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zamawiający wyraźnie wskazał, że ta cena jednostkowa wydaje się rażąco niska. W odpowiedzi jednakże otrzymał oświadczenie, że Wykonawca przyjął inną cenę jednostkową tj. kwotę 4,60 zł (która była ujęta w pierwotnej ofercie opiewającej na cenę całkowitą ponad 11 mln zł).

W sytuacji, w której wykonawca zamiast wyjaśnić cenę jednostkową, zanegował jej wysokość, trudno zakładać, że rozsądnie działający zamawiający może uznać wyjaśnienia za wyczerpujące i dokumentujące pokrycie kosztów wykonania zamówienia.

Wykonawca prawdopodobnie założył, że będzie się rozliczał po cenie jednostkowej wynikającej z pierwotnej oferty – w takim jednak wypadku nie znalazłby zastosowania postanowienia swz o wyliczeniu ceny po aukcji. Należy nadmienić, że proporcja w pierwotnej cenie pomiędzy pozycją pierwszą (formowanie nasypów) a pozycją drugą (roboty budowlane) wynosiła w zaokrągleniu 22% część pierwsza, 78% część druga. Gdyby wbrew postanowieniom swz utrzymać stawkę jednostkową w części pierwszej na poziomie pierwotnej oferty (4,60 zł), to przy cenie całkowitej po aukcji wynoszącej 2 957 777,18 zł netto, proporcja ta wyniosłaby 67% część pierwsza do 23% część druga. Postanowienia swz w żaden sposób nie pozwalają na takie zonglowanie cenami.

Składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawca wykazał, że nie przyjął do wiadomości sposobu wyliczenia ceny po aukcji – stąd też nie sposób uznać, że udowodnił, że cena nie jest rażąco niska, skoro zignorował jej obniżenie po

aukcji (w której dobrowolnie i samodzielnie wziął udział).

Niezależnie od powyższego zamawiający zauważył, że wyjaśnienia są wbrew twierdzeniu odwołującego niekompletne i niewystarczające. W wyjaśnieniach oprócz wskazania, że odwołujący zatrudnia własnych pracowników w oparciu o umowę o pracę, ma własne maszyny oraz ma doświadczenie w wykonywaniu podobnych prac, Odwołujący nie wykazał jak te zasoby lub cechy przekładają się na wysokość ceny. Przykładowo na stronie 4 wyjaśnień odwołujący podał, że przyjął zysk na poziomie 7% oraz wskazuje ceny za

roboczegodzinę pracy maszyn. Nie podaje przy tym ile czasu te maszyny będą pracowały, przy której części zadania, jaki koszt jest ujęty w tej stawce (z operatorem, bez operatora, z paliwem, bez paliwa itd.). Zamawiający po zapoznaniu się z tymi informacjami nie jest w stanie w żaden sposób przełożyć ich na cenę oferty. Nie wiadomo też jaki wpływ na cenę ma zatrudnianie osób w oparciu o umowę o pracę, czy osoby te będą skierowane do wykonania zamówienia – w jakim czasie i wymiarze, w jaki sposób posiadanie własnych maszyn wpływa na cenę, jak te maszyny będą wykorzystane itd.

W tej sytuacji zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty, gdyż odwołujący nie obalił domniemania ceny rażąco niskiej.

Przystępujący w dniu 3 września 2024 r. złożył pisemne stanowisko wnosząc o:

- 1) oddalenie odwołania w całości.

Zarzuty Odwołującego koncentrują się wokół czynności wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, treści tych wyjaśnień oraz ich oceny przez zamawiającego. Odnosząc się po kolei do każdego ze sformułowanych zarzutów:

Ad.1.) Odwołujący twierdzi, że już sam fakt złożenia wyjaśnień powinien skutkować uznaniem, że cena została prawidłowo wyjaśniona i nie jest rażąco niska. Podczas gdy w rzeczywistości wyjaśnienia złożone przez odwołującego były lakoniczne i ogólnikowe. Nie sposób wywnioskować z nich, że cena jednostkowa za wbudowanie kruszywa obejmująca wykonanie odbioru, transportu i wbudowania 1 tony kruszywa nie wynosi 1,51 zł/Mg.

Odwołujący twierdzi, że poziom ogólności jego wyjaśnień wynika z wysokiego poziomu ogólności wezwania zamawiającego. Nie jest to prawdą, ponieważ zamawiający wprost wskazał jaka cena jednostkowa budzi jego wątpliwości oraz jaki co najmniej zakres powinien cechować wyjaśnienia, tj. zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby faktycznie ocenić wezwanie zamawiającego jako ogólne (z czym przystępujący się nie zgadza), to ogólne wezwanie nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które będą potwierdzać realność ceny jego oferty. Wykonawca nie ma w takim wypadku podstaw do tego, by domyślać się, jakie konkretne czynniki wzbudziły wątpliwości zamawiającego i dlatego jego wyjaśnienia mogą się do tych akurat czynników nie odnosić, skoro zamawiający ich nie sprecyzował. Niemniej jednak, w przypadku takiego ogólnego wezwania wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w takim zakresie, jaki sam uznaje za istotny dla wyliczenia ceny oferty i w tym zakresie wyjaśnienia te powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Dodatkowo, nawet jeśli zamawiający w wezwaniu nie sprecyzuje kwestii wymagających wyjaśnień i wykonawca sam będzie musiał zdecydować, które okoliczności wpływają na sposób wyliczenia ceny jego oferty w takim stopniu, że powinny zostać wyjaśnione, to w zakresie tych właśnie

okoliczności jego wyjaśnienia powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Jeżeli po uzyskaniu takich wyjaśnień zamawiający uzna, że jakaś kwestia w dalszym ciągu wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, powinien wezwać wykonawcę do sprecyzowania lub uzupełnienia tej właśnie kwestii. Jeżeli natomiast wyjaśnienia są ogólne, niespójne, nie dające obrazu, skąd wzięła się taka a nie inna cena oferty i nie są poparte dowodami, zamawiający nie ma podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i dawania w ten sposób temu wykonawcy "drugiej szansy" (por. wyrok KIO z dnia 31 października 2023 r. sygn. akt KIO 3005/23).

Zamawiający, jako podmiot działający profesjonalnie na rynku, zna realia cenowe, stąd wie ile średnio powinna wynosić cena jednostkowa za wykonanie odbioru, transportu i wbudowanie 1 tonu kruszywa. Odwołujący przedłożył różne dokumenty, jednak nie wynika z nich wprost ile wynosi ta cena jednostkowa i jak została skalkulowana.

Co więcej, zamawiający wskazał wyraźnie w treści SWZ, tj. w opisie przedmiotu zamówienia-Pkt VI ppkt 1) lit. a) jaki zakres rzeczowy powinien zostać uwzględniony w wycenie, jak również, że w pozycji 1.3.2.- formowanie nasypów z łupka uwzględniony powinien zostać odbiór i transport kruszywa. Warunki realizacji zamówienia oraz elementów, które powinny zostać wzięte pod uwagę, były zatem jasne, a zakres wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wprost z nimi skorelowany. Pozycja kosztorysowa, o której wyjaśnienie został wezwany odwołujący, jest kluczowa w wykonaniu zadania i stanowi znaczną część ceny ofertowej. Stąd niezwykle istotne, z perspektywy zamawiającego oraz możliwości realizacji zamówienia, żeby ta pozycja była prawidłowo wyceniona.

Przystępujący zwrócił uwagę na fakt, że również został wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Dowód: wezwanie z dnia 23 maja 2024 r.- w załączeniu.

Przystępujący wykazał w pierwszej kolejności jakie okoliczności wpływają na możliwość obniżenia ceny, w tym zasoby ludzkie i sprzętowe. Jednak w przeciwieństwie do odwołującego, przystępujący wraz z odpowiedzią na wyjaśnienia

przedłożył dowody dotyczące wyliczenia ceny, w tym cen jednostkowych według kalkulacji własnej dokonanej zgodnie z przedmiarem zamawiającego opublikowanym w pkt VI. pkt 1) lit.a) SWZ- Opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) (ze zm. z dnia 14.03.2024 r.)

W tym miejscu, przystępujący podtrzymał wszelkie argumenty przytoczone w treści odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29 maja 2024 r., zastrzegając treść wyjaśnień oraz załącznika nr 3 do wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wniósł o podtrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie.

Dowód: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 29 maja 2024 r. wraz z załącznikiem nr 3-TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

Odwołujący w treści wyjaśnień wskazał jakie okoliczności wpływają na obniżenie ceny, tj. zatrudnianie własnych pracowników, posiadanie własnego taboru maszynowego, działanie na lokalnym rynku, korzystne warunki zakupu oleju napędowego, ale nie wykazał w jaki sposób te okoliczności znajdują przełożenie na cenę jednostkową. Wyjaśnienia nie są zatem konkretne i nie wykazują jak te okoliczności wpływają na realizację tego konkretnego zamówienia.

Odwołujący naruszył zatem jeden z generalnych postulatów, który zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 4 maja 2023 r. pod sygn. akt KIO 1117/23 powinien być egzekwowany- wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności. Tak również KIO w wyroku z dnia 20 października 2023 r., sygn. akt KIO 2956/23.

Kolejno, wykonawca określił wskaźniki kalkulacyjne jakie przyjął do kosztorysowania, w tym pozycja: stawka roboczogodziny w formacie zł/h, jednak- w odróżnieniu do innych pozycji w tym wykazie- nie wskazał jaka stawka roboczogodziny została wzięta pod uwagę. Nie jest zatem wiadomym czy stawka ta jest zgodna z przepisami o kosztach pracy oraz przepisach z zakresu prawa pracy i zabezpieczeń społecznych, a przecież tego właśnie zakresu dotyczyło wezwanie zamawiającego. Nie sposób zatem uznać, że wyjaśnienia złożonego przez odwołującego spełniły wymogi zamawiającego i można je było uznać za prawidłowe. W tej sytuacji zamawiający również postąpił zgodnie z przepisami prawa, jak też zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie KIO- wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 778/23).

Mając na uwadze powyższe okoliczności, zamawiający nie miał nawet obowiązku, aby wzywać Odwołującego ponownie do złożenia wyjaśnień w celu doprecyzowania złożonego stanowiska. Wyjaśnienia odwołującego były tak nieadekwatne i w tak dużym stopniu nie odpowiadały na konkretnie sprecyzowane wezwanie zamawiającego, że brak było podstaw do kierowania kolejnego wezwania. Powołał wyrok z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt KIO 3005/23, wyrok z dnia 3 kwietnia 2023 r. (KIO 780/23).

Błędne jest również twierdzenie odwołującego, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z innego powodu, niż ten wskazany w treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 23 maja 2024 r. Zamawiający określił jaka cena jednostkowa budzi jego wątpliwości, o jej wyjaśnienie wezwał odwołującego, Odwołujący nie wykazał, aby ta cena jednostkowa nie była rażąco niska i z tego powodu jego oferta została odrzucona. Zamawiający powołał się zatem na te same okoliczności faktyczne.

Zamawiający postąpił zatem zgodnie ze słuszną linią orzecniczą KIO - wyrok KIO z dnia 6 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 135/24, wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2023 r., sygn. akt KIO 2145/23.

Podsumowując, działania Zamawiającego były prawidłowe. Zamawiający działał w granicach i na podstawie art. 224 ustawy Pzp. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska. Rolą Zamawiającego nie jest domyślanie się co dany wykonawcy miał na myśli przedkładając różne dowody, a Zamawiający musi otrzymać precyzyjną, konkretną informację oraz dowód na jej poparcie. Obowiązku tego nie spełnił odwołujący, jego wyjaśnienia były ogólnikowe, zawierały braki i niejasności, dlatego słusznie jego oferta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił, że jego oferta jest niższa jedynie o 13,7% względem kwoty, którą zamawiający planuje przeznaczyć na realizację zamówienia, a różnica ta wynika z praktyki negocjacji cen. Odwołujący jednak w żaden sposób nie wykazał jak w realny sposób te możliwości negocjacyjne wpływają na realizację tego zamówienia. Odwołujący wskazał jedynie, że posiada zniżkę na zakup oleju napędowego, ale nie wykazał jakie ten fakt ma przełożenie na realizację przedmiotowego zamówienia.

Dodatkowo, Odwołujący podnosi, że limit 30% przyjęty do oceny rażąco niskiej ceny został błędnie ustalony, z uwagi na duży rozstrzał cenowy pomiędzy złożonymi ofertami.

Po pierwsze, zamawiający nie może zlekceważyć cen ofertowych pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający jest związany zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności określonych w art. 16 ustawy zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Po drugie, zamawiający nie popełnił błędu, ponieważ zgodnie z treścią art. 224 ust. 2 pkt 1: W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają

wyjaśnienia. Fakt, że określone oferty przekraczają budżet zamawiającego, nie świadczy tym, że podlegają one odrzuceniu, dlatego powinny być brane pod uwagę przy wyliczeniu średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Tak określony limit stanowi wskazówkę interpretacyjną dla zamawiającego, który musi przyjąć jakiś punkt odniesienia do dokonania prawidłowych obliczeń.

Po trzecie, zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 ustawy jeżeli zaoferowana 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. Wezwanie do złożenia wyjaśnień jest zatem obowiązkiem zamawiającego, który realizuje jeśli powziął jakiegokolwiek wątpliwości względem przedłożonej oferty, niezależnie od tego jaki limit przekroczyła bądź nie oferta danego wykonawcy. Zamawiający w treści wezwania powołał się na tą podstawę prawną, jak również ust. 2 pkt 1 art. 224 ustawy. Zamawiający uznał zatem, że rozbieżności w ofercie nie wynikają z okoliczności oczywistych i wymagały wyjaśnienia.

Powołał wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2520/20.

W konsekwencji, nawet jeśli odwołujący uważa, że wyliczenia dokonane przez zamawiającego, kwalifikujące jego ofertę jako o 30% niższą od średniej arytmetycznej wszystkich ofert, są błędne, to niezależnie od tego odwołujący winien udowodnić jaka jest faktyczna cena jednostkowa oraz przedłożyć konkretne dowody uzasadniające tą cenę. Niezależnie od tego, zamawiający mógł skorzystać z prawa do wezwania do złożenia wyjaśnień, nawet jeśli różnica w ocenach nie wynosiła 30%.

Potwierdza to m.in. stanowisko KIO: wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 822/23.

KIO podkreśla również, że weryfikacja wyjaśnień wykonawcy nie może ograniczać się do bezrefleksyjnego przyjęcia przez zamawiającego założeń wykonawcy za prawidłowe. Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie ceny realizacji zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy, biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia w SWZ (por. wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 743/23).

Przystępujący zwrócił uwagę na element wyjaśnień oraz odwołania Odwołującego, dotyczący warunków ustalenia ceny na poziomie 4,60 zł netto.

Odwołujący twierdzi, że „warunki zamówienia opisane w SWZ, a co za tym cena oferty ustalana na poziomie- 3.640.000,00 zł (słownie: trzy miliony sześćset czterdzieści tysięcy złotych) brutto nie zawierają rozbitcia na poszczególne zadania i zostały przedstawione i skalkulowane całościowo, co powoduje, że przedmiotowa oferta jest opłacalna dla wykonawcy i pozwala mu osiągnąć zysk” (pisownia oryginalna- przyp. przystępującego). Dodatkowo: „oferta przygotowana przez wykonawcę pozwala na utrzymanie stawki za to część zadanie na poziomie 4,60 zł netto (słownie: cztery złote i sześćdziesiąt groszy) za tonę

przy równoczesnej modyfikacji oferty w zakresie pozostałych reszcie zadań tj. robót budowlanych”.

Odwołujący nie bierze jednak pod uwagę faktu, że dokumenty zamówienia zawierają przedmiar robót, w którym wykazane zostało jakie pozycje kosztorysowe powinny zostać uwzględnione w formularzu ofertowym. Tym samym, działanie odwołującego jawi się jako próba manipulacji cenami jednostkowymi. Skoro odwołujący twierdzi, że dokonał modyfikacji oferty w zakresie pozostałych części zadania, aby utrzymać stawkę 4,60 zł netto, to oznacza, że dokonał przeniesienia kosztów w ramach różnych pozycji kosztorysowych. Takie działanie skutkuje tym, że wykonanie jednej z pozycji kosztorysowych będzie nierealne za cenę przyjętą przez wykonawcę, a z kolei druga pozycja kosztorysowa (na rzecz której dokonano przeniesienia) zostanie przeszacowana, co również dyskryminuje ją jako nierynkową. Opisane czynności odwołującego stanowią czyn nieuczciwej konkurencji.

To stanowisko poparte jest nie tylko przepisami prawa, ale wspierającymi jego interpretację i stosowanie orzecznictwem. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO 3113/20.

Odwołujący w treści odwołania wskazał również, że różnica pomiędzy pozostałymi ofertami, które nie przekraczały budżetu zamawiającego wynosiła niespełna 50.000,00 zł. Wobec sformułowanego oświadczenia odwołującego o modyfikacji ceny ofertowej w zakresie pozostałych zadań, w celu utrzymania stawki 4,60 zł netto, przystępujący przytoczył stan faktyczny, na podstawie którego KIO wydała w/w wyrok pod sygn. akt KIO 3113/20. Nawet tak niewielkie różnice, w kontekście globalnej ceny zamówienia, mają znaczenie przy ocenie czy doszło do manipulacji ceny i manipulacje nawet na tak, wydawać by się mogło, niskim poziomie są niedopuszczalne na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący ma świadomość, że w przytaczanym stanie faktycznym z wyroku KIO wykonawca dokonał manipulacji stawkami VAT, czego nie dokonywał odwołujący, jednak przytacza opis tego stanu faktycznego, aby uwypuklić jak kolosalne znaczenie w kontekście całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą mieć „drobne” różnice cenowe, wynikające z manipulacji cenowej pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi.

KIO wielokrotnie odnosiła się do tej kwestii, jednocześnie podkreślając, jak duże znaczenie przypisuje się cenom jednostkowym wykazywanym w ofercie i w tym miejscu przystępujący cytował orzeczenia:

- wyrok KIO z 24 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1844/14,
- wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2520/18,
- wyrok KIO z 07 grudnia 2017 r., sygn. akt: KIO 2473/17,
- wyrok KIO z 29 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 596/16,
- wyrok KIO z 19 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 431/15).

Podsumowując przystępujący wskazał:

1. Wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było konkretne,

odnosiło się do istotnego składnika cenowego, wskazywało szczegółowo jaką pozycją kosztorysową budzi wątpliwości oraz jaki powinien być zakres wyjaśnień;

2. Wyjaśnienia odwołującego były ogólnikowe, przytaczały okoliczności właściwe

odwołującemu wpływające na teoretyczną możliwość obniżenia ceny, jednak nie wykazywały konkretnego przełożenia na możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia;

3. Wyjaśnienia odwołującego były niekompletne, nie odpowiadały pełnemu zakresowi

wskazanemu przez Zamawiającego w treści wezwania (patrz: brak stawki roboczogodziny);

4. Wyjaśnienia odwołującego nie zawierały dowodu w postaci kosztorysu

przygotowanego na podstawie przedmiaru robót udostępnionego przez zamawiającego w dokumentacji zamówienia;

5. Zamawiający, działając w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, ustalił punkt

odniesienia do obliczenia, które oferty mogą budzić wątpliwości w kontekście oceny rażąco niskiej ceny;

6. Odwołujący oświadczył w treści wyjaśnień oraz odwołania, że dokonał modyfikacji

oferty w zakresie pozostałych części zadania, w celu utrzymania stawki 4,60 zł netto, co budzi wątpliwości pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ w brzmieniu po modyfikacji, wyjaśnień treści SWZ z 6 marca 2024 r., oferty odwołującego, wezwania z dnia 23 maja 2024 r. skierowanego do odwołującego, wyjaśnień udzielonych w dniu 28 maja 2024 r. wraz z załącznikami oraz informacji o wyniku postępowania, protokołu postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Część XV. Opis sposobu obliczenia ceny

1. Wykonawca podaje cenę oferty zgodnie z wymaganiami wynikającymi z Formularza

Ofertowego.

2. Cena całkowita oferty musi wynikać z sumy wartości wszystkich pozycji Formularza

ofertowego, powiększonej o podatek VAT.

3. Ceny należy podać w złotych polskich z dokładnością co do grosza.

4. Cena obejmuje wszelkie należności Wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu

zamówienia, z uwzględnieniem opłat i podatków.

Część XVI. Kryteria oceny ofert

Zamawiający oceni oferty z zastosowaniem następujących kryteriów oceny ofert: najniższa cena (C) - waga 100 %

W kryterium cena oceniana będzie całkowita cena oferty. Oferta z najniższą ceną otrzyma maksymalną liczbę punktów. Pozostałe oferty zostaną ocenione zgodnie ze

wzorem:

$$P_{ofx} = K_{min} / K_x \times \dots \text{pkt}$$

gdzie:

Pofx - liczba punktów w kryterium „Cena” dla oferty o numerze „x”

Kmin – najniższa cena realizacji brutto oferty spośród wszystkich rozpatrywanych ofert

Kx – cena realizacji brutto oferty o numerze „x”

Wyliczenie punktów zostanie dokonane z dokładnością do 8 miejsc po przecinku, zgodnie z matematycznymi zasadami zaokrąglania.

Część XVII. Aukcja elektroniczna

Zamawiający zamierza dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem jednoetapowej aukcji elektronicznej.

Po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu.

Posiadanie przez Wykonawcę ważnego bezpiecznego podpisu elektronicznego jest warunkiem koniecznym udziału w aukcji.

Przedmiotem aukcji elektronicznej będzie:

- 1) kryterium ceny

Minimalna wysokość postąpienia w kryterium cena: 20 000,00 zł brutto.

23. Sposób wyliczenia cen jednostkowych i wartości zamówienia

W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, po zakończeniu aukcji, Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto przyjętych do rozliczania umowy oraz wartości zamówienia w następujący sposób:

- 1) W pierwszej kolejności wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od

wartości oferty pierwotnej (złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie), uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony w górę do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru:

W oferty – W aukcji

$$U = \frac{W \text{ oferty} - W \text{ aukcji}}{W \text{ oferty}} \times 100 [\%]$$

W oferty

- 2) Następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny jednostkowe netto

poprzez obniżenie cen jednostkowych z oferty pierwotnej o wartość upustu wyliczoną przy

zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone w dół do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru:

$$C \text{ aukcji} = C \text{ oferty} - (C \text{ oferty} \times U)$$

gdzie:

U – wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej uzyskanego w wyniku aukcji elektronicznej

W oferty – wartość oferty pierwotnej

W aukcji – wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej

C aukcji – cena jednostkowa netto przyjęta do umowy

C oferty – cena jednostkowa netto oferty pierwotnej

- 3) wartość umowy netto zostanie wyliczona jako suma iloczynów cen jednostkowych

netto wyliczonych w sposób określony w pkt 2) oraz szacunkowych ilości poszczególnych pozycji zamówienia określonych w Formularzu Ofertowym.

Załącznik nr 1 Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ)

VI. Opis przedmiotu zamówienia

1) Zakres rzeczowy:

a) Wykonanie robót rekultywacyjnych dla etapu I, zgodnie z „Projekt zagospodarowania

terenu przekształconego działalnością górniczą, położonego przy południowej granicy zakładu głównego PGG Oddział KWK Mysłowice-Wesoła.

1 - 45112700-2 - Etap 1

1.1 - 45100000-8 - roboty przygotowawcze

1 d.1.1 - KNR-W 2-01 0114-01 - Roboty pomiarowe przy powierzchniowych robotach

ziemnych – niwelacja terenu - ha - 2,558

2 d.1.1 - KNR-W 2-01 0113-03 - Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych - trasa dróg w terenie równinnym - km - 0,970

3 d.1.1 - KNR 2-01 0121-01 analogia - Roboty pomiarowe przy powierzchniowych robotach ziemnych – niwelacja terenu pod zbiorniki - ha - 0,063

1.2 - 77211400-6 - roboty rozbiórkowe

4 d.1.2 - KNR 2-01 0101- 03 - Mechaniczne karczowanie drzew z cięciem drewna piłą mechaniczną (śr. 26-35 cm) - szt. - 3 912,629

5 d.1.2 - KNR 2-01 0105-03 - Mechaniczne karczowanie pni (śr. 26-35 cm) - szt. - 3 912,629

6 d.1.2 - KNR 2-01 0110- 01 0110-04 - Wywożenie dłużyc na odległość 10 km - m3 - 1 212,915

1.3 - 45112000-5 - roboty ziemne

7 d.1.3.1 - KNR 2-01 0218- 05 - Wykopy oraz przekopy wykonywane koparkami

podsiębiernymi 1.20 m3 na odkład w gruncie kat. III - do wbudowania w nasyp w kolejnym etapie - m3 - 280,000

1.3.2 - 45112000-5 - formowanie nasypów z łupka

8 d.1.3.2 - KNR 2-01 0235- 05 - Formowanie i zagęszczanie nasypów - m3 - 217 509,000 1.4 - 44611500-1 - zbiorniki wodne H1 i H2

9 d.1.4 - KNR AT-04 0101 -01 analogia - Warstwa wzmacniająca grunt pod warstwy

technologiczne z geomembrany HDPE - m2 - 870,000

10 d.1.4 - KNR AT-04 0101 -01 - Warstwa wzmacniająca grunt pod warstwy technologiczne z geowłókniny o szer. 5,0 m - m2 - 1740,000

11 d.1.4 - KNR 2-11 0404- 01 - Wykonanie podsypki z pospółki o grubości 5 cm - m2 -630,000

12 d.1.4 - KNR 2-11 0404- 02 - Wykonanie podsypki z pospółki - dodatek za każde dalsze 5 cm grubości Krotność = 3 - m2 - 630,000

13 d.1.4 - KNR 2-11 0401- 11 analogia - Wykonanie narzutu kamiennego z kamienia

ciężkiego lub średniego luzem - m3 - 189,000

1.5 - 45233123-7 - drogi technologiczne

1.5.1 - 45233123-7 - wykonanie drogi

14 d.1.5.1 - KNR 2-31 0101- 01 0101-02 - Mechaniczne wykonanie koryta na całej

szerokości jezdni i chodników w gruncie kat. I-IV głębokości 50 cm - m2 - 5 395,650

15 d.1.5.1 - KNR 2-31 0116-03 0116-04 analogia - Podbudowy z łupka na jezdniach

rozścielane mechanicznie - grubość warstwy po zagęszczeniu 25 cm - m2 - 5 395,650

16 d.1.5.1 - KNR 2-31 0203- 03 0203-04 analogia - Nawierzchnia z łupka - górna warstwa jezdni - grubość po zagęszczeniu 25 cm - m2 - 5 395,650

1.5.2 - 45233123-7 - odwodnienie dróg technologicznych

17 d.1.5.2 - KNR 2-01 0515- 02 - Ułożenie ścieków drogowych korytkowych na podbudowie -m - 485,870

18 d.1.5.2 - KNR 2-11 0301- 06 analogia - Konstrukcje drewniane różne - wodopusty

drewniane - m3 - 0,103

1 .6 - 45231100-6 - kanalizacja deszczowa

19 d.1.6 - KNR-W 2-01 0802-01 - Wykopy z zasypianiem, wykonywane w gruncie kat. III, o ścianach zabezpieczonych obudową OW WRONKI - typ boksowy, przy głębokości do 2,50 m; szerokość wykopu 0,90-1,0 m - m3 - 15,080

20 d.1.6 - kalk. własna - Wykonanie przelewów do zbiornika wraz ze studniami. - kpl. - 1,000 *Pozycja 1.3.2. – Formowanie nasypów z łupka uwzględnia odbiór i transport kruszywa z

budynku załadowni na terenie Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla (w sąsiedztwie terenu rekultywacji) na teren robót rekultywacyjnych (transport do 1 km).

b) Odbiór i transport kruszywa z budynku załadowni na terenie Zakładu Przeróbki

Mechanicznej Węgla (w sąsiedztwie terenu rekultywacji) w I etapie w przybliżonej ilości zgodnie z projektem wyniesie około 217 509 m3, tj. ok. 435 018 Mg.

W ciągu doby zakłada się odbiór:

- średnio około 700 Mg/dobę,
- maksymalnie do 1500 Mg/dobę.

Przewidywany czas potrzebny do wyprodukowania kruszywa w ilości potrzebnej do ukształtowania terenu wyniesie około 30 miesięcy.

c) Odbiór samochodowy kruszywa z punktu załadowniczego na terenie ZPMW, a

następnie transport na teren prowadzenia rekultywacji w odległości ok. 0,5-1,0 km oraz jego wbudowanie.

d) W ramach prowadzonych prac Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia

bieżącego monitoringu polegającego na:

- badaniu stopnia zagęszczenia,
- badaniu stanu termicznego.

e) Metody kształtowania terenu, odtworzenie gleb, sposób regulacji stosunków wodnych

na gruntach rekultywowanych, sposób zabezpieczenia przeciwozycznego, technologia przeciwpożarowa, drogi technologiczne, i inne istotne założenia zostały opisane w Projekcie rekultywacyjnym, stanowiącym załącznik do niniejszych wymagań. Etap I składa się w późniejszym czasie również z rekultywacji biologicznej, która nie stanowi zakresu niniejszego zamówienia.

8) Rozliczenie usług będzie składać się z dwóch części:

a) transport kruszywa i formowanie nasypów — miesięcznie, na podstawie odebranej i zagospodarowanej ilości kruszywa. Comiesięczne protokoły odbioru, zawierać będą ilość kruszywa odebranego i zagospodarowanego w danym miesiącu.

b) pozostałe roboty rekultywacyjne – zgodnie ze sporządzonym przez Wykonawcę w terminie 14 dni od zawarcia Umowy, Harmonogramem rzeczowo-finansowym. Protokoły odbioru robót zostaną sporządzone każdorazowo po wykonanych poszczególnych robotach rekultywacyjnych – elementach składowych Harmonogramu.

*U WAGA W harmonogramie rzeczowo-finansowym należy ująć wszystkie części umowy również transport kruszywa i formowanie nasypów z łupka.

Załącznik nr 5 Istotne postanowienia umowne

§3. Cena i sposób rozliczeń

1. Wartość Umowy nie przekroczy : zł netto.

2. Wartość Umowy, o której mowa w ust. 1, została ustalona w oparciu o:

1) Cenę jednostkową netto, w oparciu o którą będą rozliczane wykonane usługi, która wynosi: zł/Mg netto za odbiór, transport samochodowy i formowanie nasypów z kruszywa w ilości do 435 018 Mg;

a) Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktycznie świadczone usługi zgodnie z poniższym zastrzeżeniem:

(a) Miesięczne rozliczenie wykonanej usługi będzie następowało z uwzględnieniem zasad korekty paliwowej BAF. Ceny jednostkowe netto będą korygowane zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SOPZ.

(b) Cena referencyjna (bazowa paliwa) Ekodiesel wynosi zł (hurtowa cena jednego litra oleju napędowego Ekodiesel obowiązująca w dniu otwarcia ofert).

(c) Wartość umowy, w związku z zastosowaniem korekty paliwowej BAF, nie będzie indeksowana.

oraz

2) Cenę netto za wykonanie pozostałych robót (oprócz wymienionych w ust.2 pkt 1 niniejszego paragrafu), wyszczególnionych w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

3. Do cen netto zostanie doliczony podatek od towarów i usług w wysokości obowiązującej w okresie realizacji zamówienia.

4. Wartość umowy będzie indeksowana zgodnie z § 16 umowy.

5. Cena netto oraz cena jednostkowa netto zawierają wszelkie koszty Wykonawcy związane z realizacją Umowy, w tym w szczególności podatki, opłaty, cło, itd. i nie będą podlegały zmianom, chyba że postanowienia Umowy wprost stanowią inaczej.

8. Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktycznie zrealizowane roboty, które rozliczane będą na w następujący sposób:

a) odbiór, transport kruszywa i formowanie nasypów — miesięcznie, na podstawie odebranej i zagospodarowanej ilości kruszywa. Protokoły comiesięczne, zawierać będą ilość kruszywa przewiezonego i zagospodarowanego w danym miesiącu.

b) pozostałe roboty rekultywacyjne – na podstawie załączonego do Umowy

Harmonogramu rzeczowo-finansowego (harmonogramu robót rekultywacyjnych). Protokoły zostaną sporządzone każdorazowo po wykonanych poszczególnych robotach rekultywacyjnych – elementach składowych Harmonogramu, który stanowi Załącznik nr 2.1. do Umowy,

9.1. Pod pojęciem wartości części umowy rozumie się wartość elementu ww. harmonogramu, wskazaną w kolumnie pod nazwą „Wartość PLN” umieszczoną ww. załączniku.

Wyjaśnienia SWZ z 6 marca 2024 r.

Pytanie 8:

„brak w przedmiarze pozycji dotyczącej dowozu kruszywa pozyskanego od Zamawiającego na odległość 0,5-1,0km (zgodnie z SOPZ dział VI punk 1 b) i c). Prosimy o uzupełnienie przedmiaru robót.”

Odpowiedź

W przedmiarze robót, pozycja „Formowanie nasypów z łupka” uwzględnia odbiór i transport kruszywa z budynku załadowni na terenie Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla (w sąsiedztwie terenu rekultywacji) na teren robót rekultywacyjnych (transport do 1 km).

Informacja z otwarcia ofert:

1 Konsorcjum firm: GAMA Sp. z o.o. – Lider ul. Fryderyka Chopina 94, 43-600 Jaworzno Ecc Pax Sp. z o.o. – Uczestnik ul. Fryderyka Chopina 94, 43-600 Jaworzno Eko Projekt J. O. – Uczestnik ul. Kielecka 44/30, 41-221 Sosnowiec cena oferty: 12 567 680,43, cena po aukcji – 3 679 000zł.

2 Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBU” G. W. Spółka Jawna

ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie cena oferty 10 026 139,59 – cena po aukcji 3 698 999,98zł

3 DROGOPOL sp. z o.o. ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice cena oferty 8 638 082,95, nie wykonywał postąpić

4 ABG G. O. ul. Miła 6, 41-500 Chorzów cena oferty - 8 214 993,81, cena po aukcji 4 680 000zł

5 Konsorcjum firm: WĘGLOKOKS Spółka Akcyjna – Lider ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice HUTPOL Sp. z o.o. – Uczestnik ul. Szczęść Boże 21, 41-800 Zabrze JAW TRANS Usługi Transportowo-Budowlane K. J. – Uczestnik Krasne Potockie 18, 33- 394 Kłęczyny cena oferty 19 679 978,35, cena po aukcji 14 617 000zł

6 Konsorcjum firm: F.H.U. DAMEKS D. T. – Lider ul. Kordeckiego 39, 41-403 Imielin AMP A. P. – Uczestnik ul. Azot 8a/2, 41-600 Jaworzno cena oferty 73 278 250,46, nie wykonywał postąpić

7 MT-ECO SP. Z O.O. ul. A.Kordeckiego 39, 41-407 Imielin cena oferty 12 601 839,11

8 Zakład Remontowo- Budowlany „ABUD” M. S. ul. Pułaskiego 7/118, 42-300 Myszków cena oferty 11 071 332,27, cena po aukcji 3 640 000

9 MMKa Sp. z o.o. ul. Żorska 14, 44-203 Rybnik cena oferty 12 304 329,87, cena po aukcji 6 980 000

10 Konsorcjum firm: ZBR „INŻ-BUD II” A. S. – Lider ul. Kopalniana 1, 32-590 Libiąż Przedsiębiorstwo „TIC” L. T., M. B. – Uczestnik ul. Nowa 9, 32-332 Bukowno P. S. ZBR „INŻ-BUD II” – Uczestnik ul. Kolejarzy 81, 43-602 Jaworzno cena oferty 9 232 052,90, cena po aukcji 4 958 000

11 J. C. Firma Handlowo Usługowa AMPLIZ ul. Storczykowa 7, 32-300 Olkusz cena oferty 8 069 608,42 nie wykonywał postąpić

12 Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne „TOLOS” P. W. i Wspólnicy Sp. K. ul. Kleszczowska 28, 44-240 Żory cena oferty 15 630 165,81, cena po aukcji 7 480 000

Izba ustaliła, że żadna z ofert nie podlegała odrzuceniu z powodu złożenia jej po terminie ani z powodu błędu w obliczeniu ceny, zatem biorąc pod uwagę zaoferowane ceny ofert i uwzględniając najniższe postąpienia dla poszczególnych ofert biorących udział w aukcji po aukcji suma cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 152 320 780,92, a średnia arytmetyczna 12 693 398, 41zł., czyli oferta odwołującego z ceną po aukcji 3 640 000zł. była niższa od średniej arytmetycznej o 71, 32%.

Wartość zamówienia powiększona o VAT wskazana w protokole postępowania wyniosła 4 868 854,14zł, co oznacza, że cena oferty odwołującego z ceną po aukcji 3 640 000zł. była niższa od wartości zamówienia powiększonej o VAT o 25, 24%

Oferta odwołującego:

1.1 Formowanie nasypów ilość 435 018,075 Mg cena jednostkowa 4,60 zł stawka VAT 23% cena całkowita netto 2 001 083,15 zł cena całkowita brutto 2 461 332,27 zł

1.2 Roboty budowlane ilość 1,000 szt. cena jednostkowa 7 000 000,00 zł stawka VAT 23% cena jednostkowa netto 7 000 000,00 zł cena całkowita brutto 8 610 000,00 zł

Razem wartość części nr 1 - 11 071 332,27 zł

1. Oświadczamy, że:

1. cena ofertowa obejmuje wszystkie koszty niezbędne do poniesienia w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia

6. zapoznaliśmy się z postanowieniami SWZ, wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego oraz z istotnymi postanowieniami umowy i nie wnosimy w stosunku do nich żadnych uwag, a w przypadku wyboru naszej oferty podpiszemy umowę na warunkach określonych w SWZ

Aukcja zakończyła się postąpieniem 17-05-2024 11:46:57 ABUD ZRB M. S. Myszków 3 640 000,00

W dniu 23 maja 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego w związku z tym, że cena jego oferty w postępowaniu ustalona w toku aukcji elektronicznej w dniu 17.05.2024 r. jest niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu i jednocześnie jedna z części składowych tj. stawka za odbiór i wbudowanie odpadów wynosząca po aukcji 1,51 zł netto/tonę wydaje się rażąco niska w stosunku do

przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, zamawiający, żądał udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w tym cen jednostkowych. Wyjaśnienia winny dotyczyć co najmniej poniższych zakresów:

1) 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 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, a zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie będą uzasadniać rażąco niskiej ceny.

W dniu 28 maja 2024 r. odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które oznaczył jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zamawiający na rozprawie oświadczył, że nie ma wiedzy o odtajnieniu tych wyjaśnień i wnosi o uznanie, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Tym samym Izba uznała, że nie ma podstaw do powoływania przytaczania pełnej treści złożonych wyjaśnień.

Natomiast na podstawie treści wyjaśnień Izba stwierdza, że wskazanie zamawiającego i przystępującego, że odwołujący nie zgadza się z przyjęciem przez zamawiającego stawki 1,51zł./Mg i podtrzymuje jako prawidłową również po aukcji stawkę 4,60 zł odpowiada rzeczywistemu stanowisku odwołującego zaprezentowanemu w wyjaśnieniach. Faktycznie również odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach oświadczenia dotyczące zatrudnienia pracowników, ich zatrudnianej ilości, wysokości wynagrodzeń i poparł te okoliczności dowodami, jednak nie przedstawił kalkulacji pracochłonności, w tym ilu pracowników zamierza skierować do realizacji zamówienia, do jakich prac i z jakim czasowym zakresem zaangażowania, odwołujący wskazał na korzystne dla siebie okoliczności świadczenia usługi, jednak nie przedstawił w jaki sposób przekładają się one na możliwość złożenia korzystniejszej cenowo oferty, w jakim stopniu, dzięki tym okolicznościom jest w stanie ograniczyć koszty realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał na rodzaj sprzętu planowanego do realizacji zamówienia i jednostkowy koszt pracy tego sprzętu, jednak nie podał zakładanej pracochłonności wskazanego sprzętu. Odwołujący podał koszt paliwa na litrze oraz procentowy wskaźnik planowanego zysku, jednak nie wskazał, czy ten zysk dotyczy obu elementów kalkulacyjnych zamówienia. Dowody dołączone do wyjaśnień

potwierdzają zatrudnianie pracowników za określone stawki, brak zobowiązań publicznych z tytułu zabezpieczenia społecznego, możliwość nabywania określonych towarów z rabatem, wykaz posiadanego sprzętu, zdolność do należytego wykonywania zamówień.

W dniu 7 sierpnia 2024 r. zamawiający podał informację o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu odwołującego z następującym uzasadnieniem:

- podstawa prawna: art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- uzasadnienie faktyczne: złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie udowodnił, że jedna z cen jednostkowych tj. cena za wbudowanie kruszywa w wysokości 1,51 zł/Mg obejmuje wykonanie odbioru, transportu i wbudowania 1 tony kruszywa.

Izba pominęła dowody z wezwania i wyjaśnień przystępującego, w tym załącznika nr 3 uznając, że sposób przedstawienia wyjaśnień i sposób ich szczegółowości nie był narzucony przez zamawiającego, w szczególności zamawiający nie żądał złożenia jako dowodu prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej w postaci wypełnienia przedmiaru zawartego w SOPZ – załącznik nr 1, zamawiający nie narzucił również metodologii wyjaśnień wskazując jedynie jaki element ceny budzi jego wątpliwości i jaki powinien być minimalny zakres wyjaśnień. Tym samym złożone dowody nie służą udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w charakterze uczestnika postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: Gama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, ul. Chopina 94, J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Eko-Projekt J. O. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Kielecka 44/30, ECC Pax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, ul. Chopina 94.

Izba nie dopatrzyła się podstaw mogących skutkować odrzuceniem odwołania w oparciu o art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy przez jego wadliwe zastosowanie i błędne uznanie, iż ofertę odwołującego należało odrzucić ze względu na rażąco niską cenę, w sytuacji kiedy złożył uzasadnione i poparte dokumentami

wyjaśnienia realności zaoferowanej ceny, wykazał się dysponowaniem potencjałem ludzkim i sprzętowym, a jego oferta nie odbiega znacznie od wartości zamówienia.

Zarzut nie potwierdził się. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że w tym postępowaniu zamawiający przewidział

wynagrodzenie ryczałtowe. W ocenie Izby zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe wyłącznie w zakresie robót budowlanych, co wynika z opracowanego przez zamawiającego formularza ofertowego, gdzie zamawiający w poz. 2 oczekiwał podania ceny na 1 sztukę robót, a więc za całość prac. Przeciwnie zamawiający postąpił z poz. 1 gdzie wprost wskazał konieczności przedstawienia ceny jednostkowej za Mg i przemnożenia jej przez podaną ilość. Co więcej różny sposób rozliczenia robót wynika z Załącznika nr 1 SOPZ – dla poz. Formowanie nasypów zamawiający w części VI.1. lit. b, c, d wskazał jakie ilości i jakie elementy należy uwzględnić przy kalkulowaniu ceny za formowanie nasypów, wskazał, że w tę cenę wchodzi odbiór transport i zagospodarowanie kruszyw, określił odległość transportu, a w ust. 8 lit. a opisał sposób ich rozliczenia. Skorelowane jest to z projektowanymi postanowieniami umownymi par. 3 ust. 2 pkt 1 lit. a, b, c, a także z załącznikiem do SOPZ dotyczącym mechanizmu rozliczania kosztów paliwa. Z kolei cena wskazana w par. 3 ust. 1 projektowanych postanowień umownych, to nie cena ryczałtowa, ale maksymalny zakres zobowiązania zamawiającego przy założeniu, że faktycznie dojdzie do wykonania zamówienia w części Formowanie nasypów w ilości obejmującej odbiór, transport i zagospodarowanie 435 018 Mg kruszyw. Tym samym, cena opisana w par. 3 ust. 2 pkt 1 PPU ma charakter kosztorysowy i polega na rozliczeniu, zgodnie z faktycznie wykonaną wielkością odbioru, transportu i zagospodarowania kruszyw. Natomiast wykonanie robót budowlanych miało następować na podstawie harmonogramu finansowo-rzeczowego sporządzanego 14 dni po podpisaniu umowy. Tym samym cena jednostkowa formowania nasypów, jako podstawa rozliczenia wynagrodzenia pomiędzy zamawiającym i wykonawcą miała istotne znaczenie, a więc była istotną częścią składową ceny. Zamawiający także podkreślił konieczność realnego wyliczenia tej ceny wskazując w par. 3 ust. 5 PPU obowiązek skalkulowania wszystkich kosztów nie tylko w cenie całkowitej oferty, ale także w cenie jednostkowej, a odwołujący potwierdził w ofercie, że zapoznał się z SWZ oraz istotnymi postanowieniami umownymi i je akceptuje. Tym samym odwołujący był obowiązany skalkulować stawkę jednostkową na poziomie umożliwiającym wykonanie zamówienia za podaną stawkę także po aukcji. Odwołujący wprost w wyjaśnieniach potwierdził, że stawka, jaką zamawiający wyliczył po aukcji na podstawie części XVII pkt. 23 SWZ nie jest stawką, za jaką zamierzał wykonać zamówienia, natomiast w ocenie Izby z postanowień SWZ wprost wynika, że choć wykonawcy mieli obniżyć w aukcji ceny całkowitą oferty, to zamawiający przewidział mechanizm ustalenia cen za formowanie nasypów i robót budowlanych szczegółowo opisany w SWZ, który w ocenie Izby miał ustalić te ceny na potrzeby zarówno rozliczeń z zamawiającego ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie kruszyw jak i za

roboty budowlane, dla których następnie (po podpisaniu umowy) należało sporządzić harmonogram finansowo – rzeczowy. Tym samym zamawiający opisał w jaki sposób ustali istotne elementy formularza cenowego wykonawców, na podstawie zaoferowanych przez nich cen w aukcji. Odwołujący nie kierował zapytań do treści SWZ w tym zakresie, nie składał odwołań i złożył ofertę w postępowaniu, co oznacza, że dokonując postępień miał świadomość, jak zamawiający następnie obliczy jego stawkę jednostkową formowania nasypów i w jaki sposób będzie następnie rozliczał się z wykonawcą. Natomiast wprost ze złożonych wyjaśnień wynika, że odwołujący nie uważał stawki 1,51 zł/Mg za stawkę zaoferowaną w tym postępowaniu za formowanie nasypów, a za taką stawkę uważał stawkę pierwotną oferty 4,60zł/Mg. Zamawiający wprost i jednoznacznie w wezwaniu wskazał, że to właśnie stawka za formowanie nasypów wyliczona przez zamawiającego po aukcji zgodnie z pkt. 23 części XVII SWZ budzi wątpliwości zamawiającego, co w ocenie Izby oznacza, że odwołujący powinien był wykazać realność tej stawki, czego nie zrobił, przeciwnie wskazując, że dla niego realna jest stawka 4,60zł/Mg, po której przecież strony rozliczać się nie będą. Już tylko z tego faktu należało uznać, że odwołujący nie wyjaśnił zasadności zaoferowanej ceny jednostkowej za formowanie nasypów, a w konsekwencji zamawiający prawidłowo zastosował art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 224 ust. 6 ustawy.

Odwołujący wskazywał w wyjaśnieniach, że prawidłowo skalkulował cenę całkowitą oferty i na całości zamówienia osiągnie zysk, natomiast w żaden sposób nie wyjaśnił w jaki sposób pokryje zaniżenie w pozycji formowanie nasypów w wysokości 1 344 205,62 zł. (4,60 odjąć 1,51 wynosi 3,09, co po przemnożeniu przez maksymalną ilość 435 018 Mg kruszyw stanowi właśnie 1 344 205, 62). To zaniżenie dotyczyło by aż 36,92% ceny całkowitej oferty zaoferowanej po aukcji (3 640 000zł). Wyjaśnienia w ogóle do tej kwestii się nie odnoszą, a tak istotne zaniżenie może mieć wpływ na cenę całkowitą oferty, a w konsekwencji podważać jej realny charakter. Odwołujący poza wskazaniem sposobu zatrudnienia, wysokości płac, ilości pracowników, rodzaju i ilości posiadanego sprzętu oraz jego jednostkowych pracochłonności i zakładanego zysku w żaden sposób nie wykazał, że z tych wszystkich okoliczności wynika, że jest w stanie uzyskać taką nadwyżkę na robotach budowlanych, że skompensuje sobie różnicę w stawce pierwotnej 4,60 (uznawanej za niego za prawidłową), a stawce wynikającej z aukcji 1,51. Z tego również względu Izba uznała, że zamawiający mimo złożenia wyjaśnień i poparcia ich dowodami przez wykonawców prawidłowo uznał, że złożone wyjaśnienia i dowody nie uzasadniają zaoferowanej ceny. W konsekwencji Izba oceniła, że zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego nie naruszył zarzucanych mu przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 oraz 2 ustawy przez ich wadliwe zastosowanie i błędne uznanie, że w przedmiotowej sprawie oferta odwołującego mogła być

zakwalifikowana jako zawierająca cenę rażąco niską skoro sam zamawiający pismem z dnia 27 marca 2024 r. udzielił informacji w oparciu o art. 222 ust. 4 ustawy, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę: 4.138.526,02 zł brutto. W związku z czym oferta odwołującego w żadnym zakresie nie stanowiła naruszenia limitu 30% oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 oraz 2 ustawy przez ich wadliwe zastosowanie i błędne uznanie, że w przedmiotowej sprawie oferta odwołującego mogła być zakwalifikowana jako zawierająca cenę rażąco niską w sytuacji kiedy oferty wskazanego do zamówienia posiada znaczny rozstrzał, w związku z czym nie sposób wyprowadzić średniej celem obliczenia 30% limitu — co również byłoby zdecydowanie działaniem błędnym i nieuzasadnionym.

Zarzuty nie podlegały rozpoznaniu. Odwołujący część zarzutów, to jest zarzut 2 i 3, w ocenie Izby podniósł w sposób spóźniony z uchybieniem terminu z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy, a część odnoszącą się do badania wyjaśnień oferty odwołującego zarzut nr 1 podniósł w terminie, bowiem skarżył odrzucenie swojej oferty skarżył także wybór oferty najkorzystniejszej. Niewątpliwie zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w dniu 23 maja 2024 r. Od

tego momentu zaczął biec termin na wniesienie odwołania na czynność wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Jeśli odwołujący stał na stanowisku, że zamawiający niezgodnie z ustawą skierował do odwołującego wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy, to powinien na tę czynność wnieść odwołanie w terminie 10 dni od chwili przekazania mu wezwania, a więc najpóźniej do dnia 3 czerwca 2024r. W tej sprawie takie odwołanie nie zostało wniesione, przeciwnie odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia. Izba nie może rozpoznać zarzutów, które zostały podniesione po upływie terminu na ich wniesienie. Prowadziłoby to, do niezgodnego z prawem przywrócenia wykonawcy terminu na ich zgłoszenie. Tak jak odwołujący nie może po upływie terminu na składanie ofert skutecznie podnosić zarzutu nieproporcjonalności warunku udziału w postępowaniu, czy braków w opisie przedmiotu zamówienia, tak też i w tym przypadku podniesienie zarzutów, co do dopuszczalności wezwania do wyjaśnień mimo braku różnicy pomiędzy wartością zamówienia a zaoferowaną przez odwołującego ceną powyżej 30 % i nie odbieganiem ceny oferty odwołującego o 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Tym samym zarzuty w tym zakresie nie mogły być poddane pod merytoryczne rozstrzygnięcie. Z tego powodu nie były one przedmiotem rozpoznania na rozprawie. Natomiast ustawa nie przewiduje możliwości częściowego odrzucenia odwołania w zakresie poszczególnych zarzutów. W art. 528 ustawy nie przewidziano sposobu postępowania z zarzutami podlegającymi częściowemu odrzuceniu – brak jest w tym zakresie zobowiązania Izby do wydania postanowienia, a także rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) nie przewiduje sposobu rozliczenia kosztów w takim przypadku, w szczególności ich stosunkowego rozdzielenia w przypadku gdyby doszło do częściowego odrzucenia i częściowego uwzględnienia odwołania. Te okoliczności wskazują, że nie było wolą ustawodawcy nie było wydawanie rozstrzygnięć w zakresie zarzutów, których rozpoznanie nie było możliwe z uwagi na zaistnienie podstaw z art. 528 ustawy. Tym samym konieczne i uzasadnione jest pozostawienie ich bez rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu i koszty wydatków pełnomocnika zamawiającego. Przy czym Izba zaliczyła wydatki pełnomocników w maksymalnej wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł.

Wobec faktu, że jedyny zarzut możliwy do rozpoznania przez Izbę nie potwierdził się to kosztami należało obciążyć w całości odwołującego i zaliczyć na poczet postępowania odwoławczego koszty uiszczonego wpisu oraz nakazać odwołującemu zwrot wydatków pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600zł.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....