**Sygn. akt: KIO 2799/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 30 sierpnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**
Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolant:Adam Skowroński
po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę P.D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Grani-Tec P.D.
w postępowaniu prowadzonym przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna
z siedzibą w Bytomiu
przy udziale po stronie odwołującego – wykonawcy Energokon-Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu
przy udziale po stronie zamawiającego – wykonawcy Wyburzenia Silesia Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach

**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 00 groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600,00 złotych (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy), obejmującą poniesiony przez Zamawiającego koszt wynagrodzenia pełnomocnika.
3.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 złotych (słownie:trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy), stanowiącą uzasadnione koszty Zamawiającego, obejmujące wynagrodzenie 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 2799/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, dalej: „*Zamawiający*" prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*" postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Likwidacja szybu Jas IV dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Jas-Mos Jastrzębie III", Ruch „Jas-Mos ", dalej: „*Postępowanie*".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu
21 maja 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00331772.
W dniu 5 sierpnia 2024 r. wykonawca P.D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Grani-Tec P.D., dalej: „*Odwołujący*" wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wyburzenia Silesia Sp. z o.o. oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty w/w wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w sytuacji w której oferta ta powinna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę.
Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wyburzenia Silesia Sp. z o.o., która powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że zawiera rażąco nisko cenę/koszt.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby:
1)unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wyburzenia Silesia Sp. z o.o.,
2)dokonał ponownej oceny ofert skutkującej odrzuceniem oferty Wyburzenia Silesia Sp. z o.o. z względu na to, ze oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jak wynika z informacji z otwarcia ofert
z dnia 12 czerwca 2024 r. wykonawca składający ofertę numer 5 Wyburzenia Silesia Sp. z o.o. zaoferował za wykonanie przedmiotu umowy cenę, która po aukcji wyniosła blisko 10 razy mniej i była niższa o więcej niż 30% od wartości średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w aukcji niepodlegających odrzuceniu.
Pismem z 26 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Wyburzenia Silesia Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca udzielił wyjaśnień

w dniu 2 lipca 2024 r. wskazując między innymi na następujące koszty stanowiące elementy składające się na cenę oferty tego wykonawcy:
1)Transport kruszywa powęglowego w pkt 7 szczegółowej kalkulacji kosztów wykonawca Wyburzenia Silesia Sp. z o.o. zaoferował rażąco zaniżone koszty transportu kruszywa powęglowego w wysokości 240 zł za kurs, przy założeniu, że jednym kursem przewozi się
26 t kruszywa, to cena przewiezienia jednej t według kalkulacji w/w wykonawcy wyniesie ok. 9,23 zł netto. Odwołujący wskazał, że ceny rynkowe kształtują się na wyższym poziomie
i wynoszą około 18 - 19 zł/tonę netto, co potwierdzają zgromadzone przez spółkę współpracującą z Odwołującym oferty podwykonawcze, które Odwołujący przedłożył
w załączeniu). Odwołujący zaznaczył, że przy ilości około 63.500 t jakie należy przetransportować i różnicę w cenie pomiędzy kosztem kalkulowanym przez wykonawcę Wyburzenia Silesia Sp. z o.o., a stawką rynkową (przyjmując średnio 18,50 zł netto) daje to niedoszacowanie w wysokości 9,27 zł netto na tonie, czyli zaniżenie ceny oferty na kwotę 588.645,00 zł netto.
2)Dostawaj i zakup mieszanek samozestalających, zaoferowane przez Wyburzenie Silesia Sp. z o.o. (pkt 8) ceny mieszanek samozestających odpowiednio 30,00 zł/ t netto dla materiału JAS A oraz 22,00 zł dla materiału Jaz B są nierealne do utrzymania przy realizacji zamówienia.
Odwołujący w załączeniu przedłożył ofertę PGE EkoService S.A. złożoną spółce współpracującej z Odwołującym, będącej producentem mieszanin suchych Solitex oraz mieszanek samozestalających Geoszyb, zgodnie z którą materiał Jas A kosztuje 56,00 zł /t netto, zaś materiał Jas B 37,10 zł/t netto. Ceny te znacząco odbiegają od cen zaproponowanych przez Wyburzenia Silesia Sp. z o.o., co przy ilościach jakie są potrzebne do zasypania szybu daje różnicę ok. 1.133.000,00 zł na tej pozycji kosztowej. Mieszanka samozestalająca składa się z mieszaniny cementowo-popiołowej oraz kruszywa z łupka powęglowego czarnego i wody. Ceny rynkowe cementu zaczynają się od ok. 530,00 zł/t netto, a popiołów lotnych fluidalnych od 95,00 zł/t netto. Przy recepturze wytworzenia mieszaniny stosowanej przez dostawcę, gwarantującej uzyskanie wymaganych parametrów mieszanki koszt samych materiałów do wytworzenia mieszaniny, czyli cementu i popiołów wynosi około 160 zł/t netto. Koszt materiału do wytworzenia mieszanek wynosi zgodnie recepturami:
- mieszanka samozestalająca JAS A ok. 52,00 zł/t wraz z kruszywem powęglowym,
- mieszanka samozestalająca JAS B ok. 30,00 zł/t wraz z kruszywem powęglowym.
Do w/w cen należy doliczyć koszty zakupu wody, paliwa do maszyny mieszającej, koszty obsługi, przywozu, montażu i demontażu maszyny, koszt ładowarki wraz z operatorem itp. Odwołujący podkreślił, że z powyższych cen widać, że ceny zaoferowane przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza są nierealne i w żadnym stopniu nie gwarantują, że zadanie będące przedmiotem zamówienia zostanie należycie wykonane. PGE Ekoserwis S.A. jest wiodącym producentem wszelkiego rodzaju mieszanin popiołowo-cementowych i produkty posiadają certyfikaty i dopuszczania, w tym do stosowania
w górnictwie, co jest niezwykle ważne przy likwidacji szybów. Metodą likwidacji szybu poprzez zasypywanie mieszanką samozestalającą firma Grani-Tec wraz PGE Ekoserwis zlikwidowała do tej chwili obecnej cztery szyby i w każdym przypadku nie było zastrzeżeń do jakości materiałów.
W ocenie odwołującego wykonawca Wyburzenia Silesia Sp. z o.o. nie sprostał zobowiązaniu do wykazania, że zaoferowana cena/koszt nie są rażąco niskie. Sporządzone przez w/w wykonawcę wyjaśnienia są ogólne, lakoniczne, posługujące się generalnymi zwrotami, bez przedstawienia stosownych dowodów uzasadniających tezy opisane w wyjaśnieniach.
Odwołujący podkreślił, że biorąc pod uwagę powyższe w jego ocenie Zamawiający już tylko
z powyższych względów powinien uznać, że oferta złożona przez Wyburzenie Silesia Sp.
z o.o. zawiera rażąco niską cenę i powinien odrzucić ofertę tego wykonawcy albowiem oferta zawiera rażąco niską cenę koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z dnia 22 sierpnia 2024 r. Zamawiający wniósł
o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.
Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania oraz jego wnioskami, gdyż w ocenie Zamawiającego były one całkowicie bezzasadne oraz nie zasługiwały na uwzględnienie.
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z orzecznictwa sądów powszechnych, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska jest to cena niewiarygodna, oderwana od całkowicie od realiów rynkowych.
W uzasadnieniu do zarzutu odwołania - oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę - Odwołujący podniósł jedynie

argument, że cena wskazana w pozycji pkt. 7 i 8 Szczegółowej kalkulacji kosztów przez wykonawcę Wyburzenia Silesia Sp. z o. o. powinna być wyższa. Odwołujący nie wykazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską,
za którą przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.
Zamawiający podkreślił, że w dokumentach postępowania przewidział wybór najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, w SWZ pkt. 20 wskazał, że podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług, a cena ofertowa oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest
w Formularzu Ofertowym. Do oferty należało dołączyć: pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę; dokument potwierdzający zasady reprezentacji wykonawcy, dokument stanowiący wadium, oryginał gwarancji lub poręczenia; oświadczenie dotyczące wadium; dokumenty wskazane w pkt. 9.1 oraz 10 SWZ; przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający
określił, że wynagrodzenie należne wykonawcy będzie obejmowało wszystkie koszty, jakie wykonawca poniesie z tytułu wykonywania Umowy (§ 3 ust. 1 WU) i jest ono wynagrodzeniem ryczałtowym. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierował się kryterium ceny.
Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp, Zamawiający podniósł, że zarzut jest bezzasadny, gdyż oferta Wykonawcy Wyburzenia Silesia Sp. z o. o. nie nosi znamion rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił, iż oferta wykonawcy jest ofertą z ceną rażąco niską, gdyż koszt transportu i materiału wskazany w pkt. 7 i 8 pisma wykonawcy z dnia 02.07.2024 r. jest nierynkowy i zaniżony.
Zamawiający podkreślił, że mając na względzie, iż cena wskazana w aukcji elektronicznej Wykonawcy Wyburzenia Silesia Sp. z o. o. była ceną niższa o 30% od wartości średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, Zamawiający w dniu 26.06.2024 r. wezwał wykonawcę w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca ustosunkował się w piśmie z dn. 02.07.2024 r. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny Wykonawcy nie ograniczały się tylko do zapewnień, a wskazywały konkretne dane i ustalone koszty, tak aby Zamawiający mógł sprawdzić czy przyjęty poziom poszczególnych składników cenowych transportu kruszywa (oferta Foxmet) i materiału zasypowego (oferta Geo-Industrial) jest właściwy. Dodatkowo do wyjaśnień zostały dołączone: kalkulacja ceny ofertowej; obliczania minimalnej stawki godzinowej; zaświadczenie ZUS; zaświadczenie US; oferty firm Kamix, Wc Serwis, Geo-Industrial, Bud-Metallco Bud-Bet, Foxmet oraz cennik usług kopalnianych. Wobec tego wskazane w zarzucie pozycje kalkulacji nr 7 i 8 zostały potwierdzone przez wykonawcę przedłożonymi ofertami.
Na podstawie wyjaśnień Wykonawcy z dnia 02.07.2024 r. Zamawiający stwierdził, iż wycena oferty przedstawionej przez Wyburzenia Silesia Sp. z o. o. została sporządzona w sposób rzetelny oraz dokładny na podstawie szczegółowej analizy aspektów technicznych, ekonomicznych i organizacyjnych dla realizacji przedmiotowego zadania. Wykonawca
w wyjaśnieniach przedstawił szczegółową kalkulację poszczególnych pozycji składowych całkowitej ceny oferty oraz dołączył dowody wykazujące poprawność tych obliczeń.
Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, Zamawiający wskazał, że zostały one poparte wyłącznie na własnych, subiektywnych wyliczeniach, które nie mogą być rozstrzygające dla oceny wyliczeń innego podmiotu, mając na względzie m.in. różnice dotyczące sposobu realizacji świadczenia (podobne stanowisko Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
19 marca 2024 r. KIO 609/24). Odwołujący nie przedstawił żadnego argumentu co do konieczności przyjęcia do wyliczenia kosztów transportu i materiału wskazanych przez niego cen w ofertach jego kontrahentów. Powszechnym stwierdzeniem na tle orzecznictwa jest, iż każdy wykonawca ma prawo do przyjęcia własnych założeń kalkulacyjnych co do przyjętych kosztów realizacji zamówienia. A contrario oczekiwanie, iż każdy wykonawca zastosuje tożsame stawki pośrednie prowadziłoby do wniosku, iż każda z ofert byłaby na analogicznym poziomie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2023 roku, sygn. akt KIO 1054/23). W niniejszej sprawie sposób kalkulacji ceny oferty wiąże się ze specyfiką przedmiotu zamówienia oraz m.in. z indywidualnymi uwarunkowaniami, w jakich funkcjonuje dany wykonawca oraz przyjętym przez niego sposobem realizacji zamówienia. Sposób realizacji nie został sztywno narzucony przez Zamawiającego. W pkt. 2 OPZ została przedstawiona skala parametrów materiałów, które mogą zostać wykorzystane przez wykonawców. Biorąc pod uwagę wymóg co do materiału zasypowego dla szybu „Jas IV", zaprojektowano kolumnę zasypową z kilku rodzajów materiałów. Materiały wykorzystane do zasypania szybu to: Dolomit o granulacji 31,5 – 63,0 mm i wytrzymałości średniej ≥100MPa, Zestalana mieszanka
o wytrzymałości nie mniejszej niż Rc28>3,0MPa z kruszywem kamienia przywęglowego (Jas-A), Zestalana mieszanka o wytrzymałości nie mniejszej niż Rc28>1,0MPa z kruszywem kamienia przywęglowego (Jas-B). W tym kontekście oferta wykonawcy była zgodna
z założeniami OPZ. Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego

z doświadczeń dotychczas likwidowanych szybów, za najlepsze uznaje się naturalne kruszywa mineralne, bazaltowe, porfirowe, melafirowe charakteryzujące się wysoką wytrzymałością doraźną na ściskanie Rc >100 MPa. W przypadku, gdy wody dopływające do szybu mają odczyn zasadowy (pH>7,0) za dobre uznaje się właśnie kruszywo dolomitowe zaproponowane także w ofercie przez Wykonawcę Wyburzenia Silesia Sp. z o. o. W okolicznościach analizowanej sprawy, dla uznania przedstawionej argumentacji w tym zakresie za przekonującą, konieczne byłoby wykazanie przez Odwołującego, że przyjęcie przez Odwołującego określonych założeń jest jedynie właściwe dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. To jednak nie nastąpiło. Odwołujący powoływał się na oferty, które zostały złożone i przygotowane dla jego indywidualnej sytuacji rynkowej. Zamawiający wskazuje, iż proponowane ceny wskazane w ofertach Odwołującego mają jedynie charakter poglądowy, natomiast prawidłowa kalkulacja ceny winna być dokonana z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia i w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia winna być odpowiednio kształtowana, w szczególności wpływ na tą kalkulację ma ukształtowanie i warunki na terenie wykonywanych robót (w szczególności, iż wykonawcy odbyli wizję lokalną) i indywidualna sytuacja danego Wykonawcy. Jak wskazano w wyroku KIO "na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w cenach nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o odmiennej historii rynkowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o działaniu konkurencyjnej gospodarki" (KIO 121/24, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej LEX nr 3702006 - wyrok z dnia 30 stycznia 2024 r.). Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący załączył przy wyliczeniach kosztu dowozu 18-19,00 zł/netto za tonę materiału, tylko oferty, które zostały jemu przedłożone w ramach wskazanej usługi. To samo dotyczy kosztu zakupu materiału. Zamawiający zgodził się, iż często przyjęte w załącznikach do wyjaśnień szczegółowe kalkulacje kosztów transportu uwzględniają pewne uśrednione wartości. Jest to jednak uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, które faktycznie sprowadza się do powtarzalności czynności i zaangażowania tych samych środków i nakładów, które są konieczne do wykonania usługi. Dlatego też w ocenie Zamawiającego, przyjęte przez Wykonawcę obliczenia są właściwe.

Zamawiający podkreślił, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym poziom cen wyznaczany jest między innymi poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym. Oznacza to tyle, że aby doszło do odrzucenia oferty należy w sposób jednoznaczny ustalić, że w okolicznościach danej sprawy, wykonawca zaoferował taki jej poziom, że nie będzie w stanie za tę cenę zamówienia zrealizować. W tym kontekście przedmiot zamówienia jest rozumiany jako całość oferty. Dopiero zatem ocena złożonych wyjaśnień może doprowadzić do wniosku, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Jak stanowi bowiem przepis art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W niniejszej sprawie zostało skierowane wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty. Wykonawca przedstawił rzetelne, wyczerpujące i popartych dowodami wyjaśnienia co do ww. sposobu kalkulacji ceny, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawcy to podmioty o różnym potencjale zawodowym, finansowym i technicznym, posiadające różne doświadczenie i relacje handlowe, które to okoliczności przekładają się na oferowane przez nich ceny ofert (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2023, sygn. akt KIO 3021/23). Wobec, w ocenie Zamawiającego, tego zarzuty zawarte w odwołaniu dotyczące pkt. 7 i 8 kalkulacji ceny są bezzasadne, ponieważ na potwierdzenie poprawności tych obliczeń Wykonawca przedłożył stosowne oferty firm. Odwołujący zarzut rażąco niskiej ceny sprowadził do ogólnikowych tez i argumentów, w tym przedłożonych przez siebie ofert. Twierdzenia te nie mają odniesienia do załączników, jak i treści wyjaśnień Wykonawcy wskazanych w piśmie z dnia 02.07.2024 r., w których Wykonawca udowodnił założenia cenowe. Jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności czy też argumentacji, dla której Izba powinna uznać, że dany zarzut jest uzasadniony - ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023 r., KIO 955/23). Tak więc ogólne stwierdzenie, iż oferta Wykonawcy jest rażąco niska nie daje możliwości Odwołującemu do ewentualnego rozszerzenia elementów zarzutu poza pkt. 7 i 8 kalkulacji.

Zamawiający, na marginesie wskazał, że w sytuacji, gdy w ramach umowy o zamówienie publiczne strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Konsekwencją ryczałtowego charakteru wynagrodzenia jest brak po stronie wykonawcy obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe, nawet w toku wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej

ceny. Struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe, nie mają tak dużego znaczenia, jak przy wynagrodzeniu kosztorysowym.
W szczególności, iż w niniejszej sprawie miała miejsce aukcja elektroniczna, która polega na postępujących po sobie ofertach ze względu na deklarowaną cenę całości zamówienia. Ponadto w niniejszym postępowaniu nie było wymogu rozdzielenia ceny i wskazania jej składników. Nie było również rozwiązań limitujących lub ograniczających ceny składowe oferty. W niniejszej sprawie istotne jest oświadczenie wykonawcy, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Warunków Zamówienia (zgodnie z oświadczeniem wskazanym w piśmie z dnia 02.07.2024 r.). Oznacza to, że w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia nie jest ważna struktura wewnętrzna ceny. tj. ceny jednostkowe, ponieważ wynagrodzenie jest jedno i z góry określone
wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy. Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego. Pokreślić należy, że wykonawca nie ma obowiązku, aby każdą jedną z cen jednostkowych ustalić na poziomie rentownym. Wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie. Wysokość ceny jednostkowej w danej pozycji nie dowodzi, że wykonawca nie wliczył koniecznych kosztów i nakładów, gdyż mógł je wliczyć
w innej zbliżonej pozycji opisu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2022 r., KIO 2282/22; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2023 r., KIO 3021/23).
Zamawiający podniósł, iż odwołanie w całości powinno podlegać oddaleniu, ponieważ Odwołujący nie zdołał skutecznie podważyć wyjaśnień i założeń prezentowanych
w kalkulacjach cen jednostkowych wskazanych w pkt. 7 i 8 kalkulacji cen zaoferowanych przez Wyburzenia Silesia Sp. z o. o. w wyjaśnieniach z dnia 02.07.2024 r. W przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 ustawy Prawo zamówień publicznych
w odniesieniu do badania ceny oferty po udzieleniu wyjaśnień i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana, ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2024 r. KIO 159/24). Zamawiający wskazał, że na szczególną uwagę zasługuje fakt, że dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające jedynie matematyczne określenie przez Odwołującego
w wyliczeniach, że cena wykonawcy odbiega od ceny jego oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2023 r. KIO 1098/23) oraz że wyjaśnienia składane na wezwanie dot. rażąco niskiej ceny powinny uwzględniać oczekiwania Zamawiającego w nim wskazane, a nie oczekiwania innych wykonawców, czy też Odwołującego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 maja 2023 r., KIO 1102/23).
Zamawiający jako doświadczona spółka działająca na rynku od wielu lat zna specyfikę działania na rynku i minimalizowania kosztów, i po przeanalizowaniu wyjaśnień wykonawcy Konsorcjum uznał, że stosuje on ceny odpowiadające lokalnym warunkom. Za rażąco niską cenę lub koszt uznaje się cenę lub koszt nierealistyczny, który wydaje się niewiarygodny
w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również innych ofert złożonych
w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2023 r., KIO 1028/23). Stąd też zastosowane przez wykonawcę wyceny indywidualne są nie tylko zgodne z zapisami SWZ, ale także zgodne
z obowiązującymi przepisami prawa i cechują się realnością i wiarygodnością.
Zamawiający dodatkowo wskazał, że w ustawie Pzp nie ma określonego katalogu dowodów, jakie obowiązany jest złożyć wykonawca wraz z wyjaśnieniami. Wykonawcy mogą uzgodnić warunki handlowe w różnej formie, w tym ustnie. Wykonawca do wyjaśnień załączył dowody na potwierdzenie tego, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska, a nie dowody potwierdzające sposób sporządzenia kalkulacji na dzień złożenia oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2023 r., KIO 1027/23).
Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są
zindywidualizowane dla każdego wykonawcy. Nie ma bowiem jednego uniwersalnego wzorca, czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień. Właśnie tego typu odrębności powodują odmienność cen. Również dostępność do różnych elementów wpływających na realizację zamówienia, właściwych każdemu przedsiębiorcy oddzielnie, stanowi o konkurencyjności na rynku (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
26 kwietnia 2023 r., KIO 1023/23).
**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła:**

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.
Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.
Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp,
po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy: Energokon-Plus Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu po stronie Odwołującego oraz Wyburzenia Silesia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach, dalej: *„Przystępujący Wyburzenia Silesia*", po stronie Zamawiającego.
Zgłoszenia spełniały warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.
Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu prowadzi postępowanie
o udzielenie zamówienia pn.: „Likwidacja szybu Jas IV dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Jas-Mos Jastrzębie III", Ruch „Jas-Mos ".
Izba ustaliła, że w związku z faktem, iż cena wskazana w aukcji elektronicznej przez Przystępującego Wyburzenia Silesia była ceną niższa o 30% od wartości średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, Zamawiający w dniu 26 czerwca 2024 r., na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny po aukcji. W piśmie z dnia 2 lipca 2024 r. Przystępujący Wyburzenia Silesia zawarł wyjaśnienia w zakresie wyliczonej przez niego ceny oraz dołączył do pisma: kalkulację ceny – koszty realizacji, wyliczenie minimalnej stawki godzinowej/wynagrodzenie na okres od lipca 2024 r., zaświadczenie z ZUS; zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, oferty firm: Kamix, WC Serwis, Zower, Geo-Industrial, Bud-Metallco, Bud-Bet Foxmet, cennik usług kopalnianych, ofertę na właz kanałowy, ofertę na papę oraz lepik.
Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej – pismo z dnia 30 lipca 2024 r. wynika, iż oferta Przystępującego Wyburzenia Silesia została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.
Od powyższej czynności Odwołujący wniósł w dniu 5 sierpnia 2024 r. odwołanie.
Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie
z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.
2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa
w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz załączone do odwołania, a także złożone na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez Przystępującego Wyburzenia Silesia.
Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną we wniesionych w nim pismach oraz przedstawioną w trakcie rozprawy Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.
Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
Mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba wskazuje, że wyjaśnienia w zakresie wyliczonej ceny lub kosztu, złożone przez wykonawcę należy oceniać w kontekście skierowanego do niego wezwania. Co do zasady, sposób przedstawienia wyjaśnień cenowych oraz założeń kalkulacyjnych pozostaje w gestii wykonawcy, natomiast stopień szczegółowości wyjaśnień determinowany jest przez wezwanie zamawiającego.
Przez rażąco niską cenę należy rozmieć cenę niewiarygodną, nierealistyczną, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych, cenę, która nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego. Za rażąco niską cenę nie można uznać ceny oferty
z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składającego się na tę cenę, jeśli nie jest możliwe wykazanie, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty.

Jeśli wysokość cen jednostkowych wpływa całą cenę oferty, to wówczas istnieje podstawa do odrzucenia oferty.
Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Jednak gdy inny wykonawca
w postępowaniu odwoławczym podważa te wyjaśnienia, to właśnie na nim, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rynkowa i nie jest możliwe wykonanie zamówienia za tę cenę.
W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez Przystępującego Wyburzenia Silesia cena oferty odbiega od cen rynkowych. Jako dowód braku realności ceny w zakresie takich elementów ceny oferty jak transport kruszywa powęglowego oraz dostawy i zakupy mieszanek samozestalających przedstawił oferty uzyskane od własnych kontrahentów
i własne założenia, które, w ocenie Izby, nie dowodzą, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego. Różnica w cenach zaoferowanych przez dwóch wykonawców nie stanowi jeszcze o fakcie, iż oferta z niższą ceną zawiera cenę rażąco niską. Oferty złożone przez Przystępującego Wyburzenia Silesia na rozprawie wskazują na fakt przeciwny.
Cena ofert wykonawców jest kształtowana w oparciu o czynniki właściwe dla każdego
z nich. Rację ma Zamawiający, który podkreślił, iż różne podmioty, o odmiennej historii rynkowej oraz różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym
i zawodowym oraz własnym know-how są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe.
Jeśli chodzi o wyjaśnienia złożone przez Przystępującego Wyburzenia Silesia, to z całą pewnością nie można ich uznać za ogólne, lakoniczne i posługujące się generalnymi zwrotami, bez przedstawienia stosownych dowodów.
Przystępujący Silesia Wyburzenia wskazał, jakie czynnik mają wpływ na przyjętą przez niego cenę, dołączył jako dowody oferty kilku firm oraz kalkulację ceny ofertowej.
Wobec powyższych okoliczności, odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.
Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący.
Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:……