

Warszawa, 9 lutego 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **5 lutego 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **17 stycznia 2024 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B.S.. Usługi Transportowo-Budowlane, Bachowice, P.S. Firma Inżynieryjno-Budowlana „STAWAR”, Bachowice** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przygotowanie skarpy zachodniej i południowej Sektora II składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne do zamknięcia* (17/ZP/ZGO/2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Gospodarki Odpadami S.A z siedzibą w Bielsku-Białej** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: **Firma Handlowo-Usługowa ITC A.J., Baruchowo** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania i nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.)
2. W pozostałym zakresie, tj. zarzutów nr 2, 3, 4 oraz skorelowanego z nimi żądania odrzucenia oferty Przystępującego, oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołujących solidarnie w 3/4 a Zamawiającego w 1/4 i:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 8112 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto dwanaście złotych zero groszy) jako uzasadnione koszty Odwołujących i Zamawiającego,
 - 2) zasądza od Zamawiającego solidarnie na rzecz Odwołujących kwotę 16 zł 00 gr (słownie: szesnaście złotych zero groszy).

Na niniejsze 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**.

Uzasadnienie

Zakład Gospodarki Odpadami S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn.: *Przygotowanie skarpy zachodniej i południowej Sektora II składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne do zamknięcia* (17/ZP/ZGO/2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 grudnia 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00536516.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

7 grudnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firmę Handlowo-Usługową ITC A.J. z Baruchowa {dalej: „ITC” lub „Przystępujący”}.

17 stycznia 2024 r. B.S. Usługi Transportowo-Budowlane z Bachowic i P.S. Firma Inżynieryjno-Budowlana „STAWAR” z Bachowic {dalej: „Konsorcjum” lub „Odwołujący”}, którzy wspólnie złożyli ofertę, wnieśli odwołanie od powyższej czynności oraz zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty ITC i wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 224 ust. 1-3, 5 – przez zaniechanie odrzucenia oferty ITC w sytuacji, gdy: a) ITC złożyło nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, a przede wszystkim nie wykazało ani kosztów pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny, w tym, że kalkulując cenę przyjęło koszty wynagrodzenia minimalnego za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ani zgodności oferty z przepisami w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu realizacji zamówienia, a także nie przedstawiło dowodów potwierdzających deklarowane rabaty cenowe oraz nie

wykazało, że posiada całość sprzętu wymaganego do wykonania przedmiotu zamówienia; b) oferta ITC zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż ITC nie udziwnięło ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, że tak nie jest, a tym samym nie obaliło domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska.

2.Art. 226 ust. 1 pkt 18 w zw. z art. 131 ust. 1 oraz art. 16 – przez zaniechanie odrzucenia oferty ITC w sytuacji, gdy do 18 grudnia 2023 r. ITC nie wzięło udziału w obligatoryjnej wizji lokalnej.

3.Art. 116 ust. 1 i 2 w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy {dalej: „rozporządzenie”} oraz art. 226 ust. 1 pkt 2b – przez zaniechanie odrzucenia oferty ITC pomimo niewykazania spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż: a) powołując się w wykazie na realizację zadań w ramach większych projektów, nie określiło, jaka część i jaka wartość danego projektu odnosi się bezpośrednio do prac, o które chodzi w warunku udziału w tym postępowaniu; b) nie przedstawiło wystawionych przez uprawniony podmiot referencji, które potwierdzałyby, że w ramach „Rekultywacji składowiska odpadów w miejscowości Wólka” wykonało prace polegające na budowie aktywnego systemu odgazowania składowiska odpadów o wartości 320 tys. zł netto; c) nie wykonało w ramach realizacji zadania „Zamknięcie i rekultywacja składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Pyskowicach przy ul. Wrzosowej – Rekultywacja IV kwatery” prac polegających na realizacji uszczelnienia składowiska odpadów z folii PEHD przy wykonaniu rurociągu tłocznego odcieków składowiska; d) ITC nie wykazało, aby posiadało doświadczenie w budowie aktywnego systemu odgazowania składowiska odpadów o wartości 300 tys. zł netto.

4.Art. 116 ust. 1 i 2 w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia oraz art. 226 ust. 1 pkt 2b – przez zaniechanie odrzucenia oferty ITC pomimo nieprzedstawienia wykazu posiadanych narzędzi zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Ponownego badania i oceny ofert prowadzącego do odrzucenia oferty ITC i wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Z uzasadnienia odwołania wynika następujące sprecyzowanie podtrzymanych zarzutów odwołania co do okoliczności faktycznych i prawnych.

{zarzut pierwszy – pkt 1. lit. a-b w *petitum* oraz pkt I. lit. a-b w uzasadnieniu odwołania}
{okoliczności faktyczne}

Zamawiający określił w SWZ okres realizacji zamówienia jako maksymalnie 90 dni od dnia podpisania umowy.

Ponieważ termin składania ofert upływał 20 grudnia 2023 r., przy określaniu ceny oferty należało wziąć uwagę wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującą od 1 stycznia 2023 r., które jest o 642 zł wyższe niż w 2023 r. i wynosi 4242 zł (jest to wynagrodzenie brutto).

Całkowity koszt pracodawcy w przypadku zatrudniania pracownika z takim wynagrodzeniem wynosi w 2024 r. 5110,76 zł, gdyż należy doliczyć finansowane przez pracodawcę składki ZUS i wpłaty do PPK.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie wykonywania uszczelnień składowiska odpadów z membran HDPE oraz niezbędny sprzęt do jego wykonania, do którego należy zaliczyć spawarkę do folii.

Pismem z 20 grudnia 2023 r. ITC został wezwany do złożenia wyjaśnień, gdyż Zamawiającemu cena tej oferty wydała się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia – jako o ponad 78% niższa od średniej arytmetycznej cen obu złożonych ofert, a także o ponad 49% niższa od ubruttowionej wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego.

Zamawiający zwrócił się o wskazanie: 1) 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 2) zgodności z przepisami w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, 3) wybranych rozwiązań technicznych związanych z realizacją robót budowlanych. Ponadto Zamawiający wymagał przesłania dowodów na poparcie wyliczeń.

Ad pkt 1) ITC złożyło wyjaśnienia, w których ograniczyło się do wskazania, że jego pracownicy uzyskują wynagrodzenie nie mniejsze niż minimalne określone we właściwych przepisach, dzięki temu, że oprócz stawki za roboczogodzinę obejmuje ono inne składniki, takie jak np. stała premia, dodatki funkcyjne, dodatki motywacyjne, wynagrodzenie akordowe itp.

Ad pkt 2) ITC w wyjaśnieniach nie odniósł się w ogóle.

Ad pkt 3) ITC powołało się na to, że dzięki wieloletniemu funkcjonowaniu na rynku robót budowlanych zdołało wypracować znaczące rabaty cenowe, w tym odnośnie zużywanych przez środki transportowe oraz maszyny i sprzęt

budowlany paliw, w które zaopatruje się po cenach hurtowych producenta, a ponadto dysponuje sporym zapasem paliwa zakupionym po obecnie obowiązujących stawkach.

ITC wskazało również, że dysponuje w wystarczającym zakresie własnym nowoczesnym sprzętem specjalistycznym (w tym spychaczami, koparkami, ładowaczami, samochodami ciężarowymi) o niskich kosztach eksploatacji oraz własnym zapleczem warsztatowo-naprawczym, a także zatrudnia wykwalifikowanych pracowników.

ITC oświadczyło, że uwzględniło niewielki zysk na zadowalającym poziomie, nie podając jego kwoty.

Jako dowody ITC załączyło fakturę zakupu paliwa, wykaz środków trwałych, zanonimizowane umowy o pracę oraz zaświadczenia ZUS.

ITC nie wskazało w wyjaśnieniach, jakie koszty pracy uwzględniło przy ustalaniu ceny oferty, w tym nie przedstawiło w tym zakresie żadnych wyliczeń.

O ile z treści wyjaśnień w ogóle nie nawet wynika, w jakiej wysokości wykonawca ITC przyjął wynagrodzenie pracowników, o tyle załączone dokumenty dotyczą wynagrodzenia brutto wynoszącego 3600 zł.

Choć w większości załączonych umów o pracę jako miejsce pracy wskazano siedzibę pracodawcy, nie została wyjaśniona, jakie koszty poniesie ITC w związku z oddelegowaniem tych pracowników do wykonania prac na terenie Bielsko-Białej.

ITC ma siedzibę w województwie kujawsko-pomorskim, tj. w odległości 364 km miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nie wykazało, aby na terenie województwa śląskiego posiadało bazę sprzętową, w której mógłby zaparkować sprzęt konieczny do wykonania umowy.

Odnosnie deklarowanych rabatów na materiały budowlane nie przedstawiono żadnych dowodów (np. kopii umów czy oświadczeń dostawców lub producentów).

W ramach wyjaśnień nie przedstawiono szacowanego zużycia paliwa na potrzeby realizacji tego zamówienia, a nawet nie wynika z nich i załączonej faktury z listopada 2023 r., jaka ilość paliwa nadal pozostaje w dyspozycji wykonawcy (nie została jeszcze zużyta).

Wykaz środków trwałych nie obejmuje spawarki do folii.

Zamawiający ocenił, że przedłożone wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny całkowitej oferty są wystarczające, w szczególności dla potwierdzenia, że zatrudnia pracowników, których wynagrodzenie jest nie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej oraz, że wykonawca postępuje zgodnie z przepisami prawa pracy i odprowadza składki na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Solidarnościowy oraz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (na podstawie zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek z 17 listopada 2023 r.) i jest w stanie wykonać przedmiot umowy za cenę oferty w sposób zgodny z dokumentami zamówienia, a także przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

{okoliczności prawne}

Celem udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wobec tego, aby wyjaśnienia spełniły swoją rolę, powinny być wyczerpujące, konkretne, rzeczowe i zawierać stosowne dowody, w zakresie okoliczności, na które wykonawca się powołuje. Mając na uwadze, że co do zasady takie wezwanie kierowane jest do wykonawcy jednokrotnie, wyjaśnienia powinny być udzielone w taki sposób, aby przekonać zamawiającego co do prawidłowości zaoferowanej ceny. Ponowne skierowanie wezwania jest możliwe tylko w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości co do pierwotnie udzielonych wyjaśnień, są one dla niego w jakimś zakresie niejasne, niejednoznaczne albo wzbudzają wątpliwości, których zamawiający nie miał na wcześniejszym etapie postępowania. Niemniej jednak, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiający musi otrzymać materiał, z którego uzyska konkretną wiedzę na temat ceny oferty i jej elementów wkładowych. Nie wystarczy przy tym wskazać lakonicznie, że wykonawca posiada duże upusty [z uzasadnienia wyroku- Izby z 15 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1707/21].

Jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 115/22:(...) *Wykonawca powinien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, jakie mają wpływ na cenę oferty. Taką okolicznością jest niewątpliwie wysokość najniższego wynagrodzenia obowiązującego w czasie realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący, co prawda, stwierdził, że uwzględnił wzrost wynagrodzeń w pozycji „pozostałe koszty”, niemniej jednak w żaden sposób tego nie wykazał. Nie przedstawił bowiem żadnej kalkulacji potwierdzającej kwotę wskazaną tej pozycji.*

Z kolei w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 marca 2023 r. sygn. akt KIO 500/23: *Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że w przypadku, gdy określone okoliczności, jak np. wymiar składek czy wymiar czasu pracy osób niepełnosprawnych wynikają z przepisów prawa, to wykonawca nie ma obowiązku przedkładania na okoliczność ponoszenia kosztów w takiej właśnie wysokości żadnych dowodów. To, że pewne kategorie kosztów określone są z góry (np. rozporządzenie dotyczące płacy minimalnej), nie oznacza, że dany oferent skalkulował te koszty w takiej właśnie wysokości. Temu właśnie służą przepisy o odrzucaniu ofert z powodu rażąco niskiej ceny, by takich sytuacji unikać.*

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że: *Na wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia nie tylko szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, lecz także, w miarę możliwości, odpowiednich dowodów na ich poparcie, co w*

oczywisty sposób wiąże się z faktem, że to właśnie na ich podstawie zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. W niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne, w szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców). Zatem gdy wykonawca dokonuje zakupów po bardzo niskich cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody potwierdzające wyżej wymienione okoliczności, tj. uzasadniające dokonanie takiego zakupu. To obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień, jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowe jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. (...) Przepisy Prawa zamówień publicznych nie określają katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie. W praktyce za wiarygodne dowody w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych uznaje się co do zasady: umowy z podwykonawcami, oferty uzyskane od współpracujących przedsiębiorców, oświadczenia od oferujących rabaty dla wykonawcy, kopie umów, np. leasingu, kupna sprzętu, dowody na okoliczność ponoszonych kosztów magazynowania, kosztów przesyłek towaru czy odbioru zużytych materiałów i ich utylizacji, a także zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk [A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany].

Z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty, jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc.) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi [z uzasadnienia wyroku Izby z 15 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1191/23].

W orzecznictwie Izby podkreśla się, że: Uzasadniając cenę zaoferowaną w postępowaniu, wykonawca ma obowiązek wykazać rzeczywiste koszty, jakie poniesie na realizację zamówienia oraz przychody, jakie planuje uzyskać z tytułu realizacji zamówienia w odniesieniu do całego okresu jego realizacji, a w konsekwencji – także zysk z realizacji zamówienia. Wykonawca winien wykazać, że przychody, jakie spodziewa się osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia co najmniej w całości pokryją koszty związane z jego realizacją [z uzasadnienia wyroku z 19 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1240/23].

Dla oceny, że wykonawca udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [tak Sądu Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroków wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13]. Postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty [tak Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 1. lit. a-b *petitum* odwołania, domagając się w związku z tym odrzucenia oferty Przystępującego.

{zarzut drugi – pkt 2. w *petitum* i pkt II. w uzasadnieniu odwołania}

{okoliczności faktyczne}

W pkt 34. SWZ Zamawiający przewidział dla wykonawców obligatoryjne przeprowadzenie wizji lokalnej w uzgodnionym z nim terminie, jednakże nie później niż do 18 grudnia 2023 r. Jednocześnie w przypadku braku odbycia wizji lokalnej oferta takiego wykonawcy miała zostać odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 18 pzp.

ITC uczestniczyło w wizji lokalnej 19 grudnia 2023 r.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z art. 131 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp w przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość albo, jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej – wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone.

Zgodnie według art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona bez odbycia wizji lokalnej, w przypadku gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia.

(...) Wszelkie zmiany w tym zakresie (w tym odnoszące się do terminu wspomnianej wizji) winny być dokonywane z poszanowaniem odpowiednio przepisów art. 137 albo 286 pzp. Ewentualne naruszenia przepisów pzp w tym zakresie co prawda nie stanowią samoistnej przesłanki do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mogą jednak rzutować na ocenę jego prawidłowości [W. Bereszek, Co powinien zrobić zamawiający, jeżeli wymagane było odbycie wizji lokalnej, natomiast wykonawca dokonał jej po terminie na zadawanie pytań?, lex QA 2210152].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 2. *petitum* odwołania, wywodząc ponadto, że przeprowadzenie wizji lokalnej po upływie terminu wskazanego w SWZ bez zmiany jej treści stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż pozostali wykonawcy zobowiązani byli do zastosowania się do określonego terminu. Jednocześnie Zamawiający jasno określił, że brak przeprowadzenia wizji lokalnej w wyznaczonym terminie skutkować będzie odrzuceniem oferty. W związku z tym Odwołujący domagali się odrzucenia oferty Przystępującego.

{zarzut trzeci – pkt 3. lit. a)-d) w *petitum* i pkt III. lit. a)-c) w uzasadnieniu odwołania}

{okoliczności faktyczne wspólne}

Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że zrealizował w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, *roboty budowlane w zakresie wykonywania tego typu prac na składowisku odpadów, obejmujące:*

- 1) *co najmniej trzy zadania polegające na wykonaniu robót budowlanych na składowisku odpadów obejmujących roboty ziemne lub przemieszczanie odpadów w obrębie składowiska przy użyciu sprzętu ciężkiego wraz z załadunkiem i transportem o łącznej wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł netto każde,*
- 2) *co najmniej jedno zadanie polegające na budowie aktywnego systemu odgazowywania składowisk odpadów o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 zł netto,*
- 3) *co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu uszczelnień składowisk odpadów z foli HDPE.*

SWZ nakazywała sporządzić wykaz zrealizowanych robót budowlanych wg wzoru z załącznika nr 4 do SWZ, tj. podania: nazwy podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, wartości i rodzaju robót budowlanych oraz daty i miejsca ich wykonania.

Celem wykazania spełnienia ww. warunków ITC przedstawił wykaz oraz referencje.

{zarzut a)}

Ponieważ ani z wykazu, ani z referencji, wystawionych odpowiednio przez Urząd Miejski w Pyskowicach, Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. i PGK sp. z o.o., nie wynika, jaka była wartość robót ziemnych i polegających na przemieszczaniu odpadów wykonanych w ramach poszczególnych przedsięwzięć, ITC nie potwierdził spełniania warunku, o którym mowa w pkt 1) powyżej.

{zarzut b)}

RDF sp. z o.o. w Ostrołęce {dalej: „RDF”} wystawiło referencje potwierdzające wykonanie przez ITC robót budowlanych pn. „Rekultywacja składowiska odpadów w miejscowości Wólka”, które miały obejmować budowę aktywnego systemu odgazowania składowiska odpadów o wartości 320 tys. zł netto, w ramach „Poddzierżawy nieruchomości zamkniętego składowiska odpadów w miejscowości Wólka”.

Tymczasem z ogłoszenia o wynikach przetargu nieograniczonego o takiej nazwie wynika, że wybrana została oferta złożona wspólnie przez RDF, MPK PURE HOME sp. z o.o. i ITC [jako dowód załączono do odwołania: 1) pismo : 29 października 2018 r., 2) umowę poddzierżawy].

W konsekwencji RDF nie mogła zlecić ITC powyższych robót budowlanych, gdyż oba te podmioty były zobowiązane do ich wykonania jako członkowie konsorcjum.

{zarzut d)}

Wątpliwość budzi również deklarowana na 320 tys. zł netto wartość robót związanych z wykonaniem aktywnego systemu odgazowania, gdyż zakres rzeczowy tych prac był znacząco mniejszy od zakresu wymaganego dla wykonania takiego systemu na składowisku w Pyskowicach, który zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy (harmonogramem rzeczowo-finansowym) opiewa na niecałe 62 tys. zł brutto [załączono jako dowód do odwołania].

Jednocześnie ten ostatni dokument podważa podaną w uzupełnionym wykazie przez ITC informację, jakoby w ramach umowy z Gminą Pyskowice wykonał budowę aktywnego systemu odgazowania składowisk odpadów o wartości powyżej 300 tys. zł.

{zarzut c)}

8 stycznia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy ITC o przedstawienie dowodów wykonania uszczelnień składowiska odpadów z foli HDPE, gdyż z referencji Urzędu Miasta Pyskowice nie wynika, aby takie prace zostały

wykonane.

Z analizy dokumentów przetargowych dla rekultywacji IV kwatery w Pyskowicach, stanowiących część 3. zamówienia dotyczącego rekultywacji składowiska odpadów w Pyskowicach przy ul. Wrzosowej 20A, wynika, że zawarta z ITC umowa nie przewidywała wykonania uszczelnień wysypiska z folii HDPE (PEHD). Natomiast ułożenie folii HDPE było objęte częścią 1. zamówienia dotyczącą zbiornika odcieków. Choć w referencjach mowa jest o wykonaniu uszczelnień z folii PEHD przy wykonywaniu rurociągu tłoczego, takich czynności również nie ma w dokumentacji projektowej dla kwatery IV [jako dowód załączono do odwołania: 1) umowę z 12 grudnia 2018 r., 2) protokoły odbioru wraz z fakturami, 3) SWZ, 4) załącznik nr 5 do SWZ].

Niezależnie od powyższego z technicznego punktu widzenia wykonanie uszczelnienia obiektu przestrzennego jakim jest składowisko odpadów wymaga znacznie większego doświadczenia w spawaniu folii, niż prace ograniczające się do uszczelnienia rurociągu tłoczego, który jest obiektem liniowym.

{okoliczności prawne}

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że:

1. *Referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Ponadto, Zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to iż są one wystawiane przez podmiot trzeci [z uzasadnienia wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1498/18].*
2. *W wykazie wykonawca powinien podać i wycenić prace referencyjne tylko w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Powołując się w wykazie na realizację zadań, które miały miejsce w ramach większych projektów, wykonawca powinien określić, jaka część i jaka wartość danego projektu odnosi się bezpośrednio do prac, których wykazaniem się w ramach warunku udziału w postępowaniu wymaga Zamawiający. Nie można zaakceptować postępowania wykonawcy polegającego na powoływaniu w wykazie usług zamówienia o szerokim spektrum przedmiotowym i wskazywaniu jego pełnej wartości w sytuacji, gdy wartość prac, do których w warunku udziału w postępowaniu odnosi się Zamawiający, stanowi jedynie jego część [z uzasadnienia wyroku z 17 marca 2022 r. sygn. akt KIO 551/22].*
3. *§ 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług i w związku z tym podmiotem uprawnionym do wystawienia dokumentów jest podmiot, który bezpośrednio te usługi zlecił i odebrał, tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy [z uzasadnienia wyroku z 30 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1526/10].*

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 3. lit. a)-d) *petitum* odwołania, domagając się w związku z tym odrzucenia oferty Przystępującego.

{zarzut czwarty – pkt 4. w *petitum* i pkt IV. W uzasadnieniu odwołania}

{okoliczności faktyczne}

Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał co najmniej następujące narzędzia: 1) samochód samowyładowczy o ładowności do 16 ton – 1 szt., 2) spycharka gąsienicowa o mocy min. 110 kW – 1 szt., 3) koparka jednonaczyniowa na podwoziu gąsienicowym, z łyżką o pojemności min. im 3 - 2 sztuki, 4) wozidła o ładowności min. 20 ton – 2 szt.

Jednocześnie zastrzeżono, że spycharka gąsienicowa i koparki jednonaczyniowe powinny być wyposażone w silniki spełniające wymagania emisyjne przynajmniej z zakresu EURO 4 oraz sprawnie działającą wentylację kabinową wyposażoną w filtr z dodatkiem węgla aktywnego.

Wykonawcy zobowiązani byli do sporządzenia wykazu zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do SWZ.

ITC w swoim wykazie nie podał oznaczenia modelu dla żadnego pojazdów, co *de facto* uniemożliwia ustalenie, czy spełniają one wymagania określone w SWZ.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 4. w *petitum* odwołania, domagając się w związku z tym odrzucenia oferty Przystępującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 2 lutego 2024 r. wniósł o jego oddalenie odwołania, podnosząc w szczególności następujące okoliczności i argumentację.

{ad zarzutu pierwszego}

Zdaniem Zamawiającego ITC sprostował wymaganiom wynikającym z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż wyjaśnił, że określenie ceny oferty zostało poprzedzone analizą opisu przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu wszystkich kosztów bezpośrednich i pośrednich, a także pozostałych nakładów rzeczowych i robocizny.

Ponadto ITC oświadczył, że jego pracownicy bezwzględnie uzyskują wynagrodzenie nie mniejsze niż minimalne

w rozumieniu odnośnych przepisów, na potwierdzenie czego przedstawił dwie umowy o pracę, jedną dla operatora koparki jednoznaczyniowej, drugą dla kierowcy samochodu ciężarowego – pracownika fizycznego, a także siedem aneksów do tych umów, które łącznie to potwierdzają.

Skoro od 1 stycznia 2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4.242 zł, natomiast całkowity koszt pracodawcy w takim wypadku wynosi 5.174 zł, nie powinno być wątpliwości, że cena oferty ITC obejmuje koszty zatrudnienia 3 lub 4 pracowników przez okres realizacji umowy, tj. przez 45 dni, które stanowią mniej niż 10% tej ceny (31.044 zł przy czterech pracownikach), a zatem mniej niż 10 % ceny ofertowej.

ITC oświadczył również, że nie zalega w opłacaniu składek do ZUS, na potwierdzenie czego przedstawił zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek.

Wykonawca przedstawił także fakturę z 9 listopada 2023 r. potwierdzającą zakup 19,9520 m³ paliwa za 126.457,11 zł, a zatem 5.152,90 za 1 m³, podczas gdy z informacji zawartych na stronie www.orlden.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive wynika, że cena hurtowa oleju napędowego Orlen Ekodiesel 9 listopada 2023 r. wynosiła 5.347,00 zł za 1 m³.

Zamawiający stwierdził na tej podstawie, że ITC przysługują rabaty, o których wspomniał w wyjaśnieniach.

{ad zarzutu drugiego}

Według Zamawiającego wskazany w pkt 34. SWZ termin końcowy przeprowadzenia wizji lokalnej miał charakter organizacyjny. Jednocześnie wyłącznie brak odbycia wizji lokalnej miał skutkować odrzuceniem oferty.

Zdaniem zamawiającego przekroczenie powyższego terminu w przypadku wizji lokalnej z udziałem ITC w żaden sposób nie wpłynęło na pogorszenie sytuacji innych wykonawców. Jednocześnie wszyscy wykonawcy byli traktowani tak samo, gdyż każdy zgłoszony wniosek został załatwiony pozytywnie.

Na marginesie Zamawiający dodał że przedstawiciel ITC zgłosił 18 grudnia 2023 r., że będzie w Bielsku-Białej późnym popołudniem w celu uczestnictwa w wizji lokalnej, jednakże z powodu zachodu słońca zdecydowano o jej przeprowadzeniu następnego dnia w godzinach porannych.

Zamawiający oświadczył ponadto, że ponieważ ma obowiązek prowadzić postępowanie tak, aby uzyskać jak największą liczbę ofert, każdy podmiot, który zwróciłby się do niego o przeprowadzenia wizji 19 grudnia 2023 r., miałby taką możliwość.

{ad zarzutu trzeciego}

Zamawiający podał, że ITC pismami z 4 i 11 stycznia 2023 r. złożył ostatecznie wykaz robót zawierający następujące informacje w kolejnych kolumnach tabeli [*Zamawiający / Wartość / Rodzaj robót budowlanych / Data i miejsce wykonania*] oraz referencje zawierające w szczególności następujące informacje:

1. Urząd Miejski w Pyskowicach / 4.920.000 zł brutto / Zamknięcie i rekultywacja składowiska odpadów w Pyskowicach przy ul. Wrzosowej – Rekultywacja IV kwatery / 21.10.2020, Pyskowice, ul. Wrzosowa (z załączonej referencji wynika, że w ramach tego zamówienia ITC wykonał uszczelnienie składowiska odpadów z folii PEHD przy wykonaniu rurociągu tłoczonego odcieków składowiska).
2. PGK sp. z o.o. w Zamościu / 1.992.600 zł brutto / Wykonanie II etapu rekultywacji starej kwatery składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne na terenie Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Dębowcu / 17.12.2020, Dębowiec.
3. PGK sp. z o.o. w Goleniowie / 735.540 zł brutto / Rekultywacja kwatery odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Podańsko, gmina Goleniów – Etap 2 / 08.04.2022, Wólka.
4. RDF sp. z o.o. Ostrołęka / 393.600 zł brutto / Rekultywacja składowiska odpadów w miejscowości Wólka w ramach „Poddzierzawy nieruchomości zamkniętego składowiska odpadów w miejscowości Wólka” / 31.03.2021, Wólka (z referencji wynika, iż ITC wybudował aktywny system składowiska odpadów o wartości 320.000 zł netto).
5. PGO w Suwałkach sp. z o.o. / 1.640.031,27 zł / Rekultywacja kwatery K1 składowiska odpadów w miejscowości Zielone Kamedulskie / 05.01.2024, Suwałki.

Na podstawie tak złożonych dokumentów Zamawiający ocenił, że ITC wykazał spełnienie każdego z trzech warunków.

{ad zarzutu z lit a)}

Po pierwsze, wykazał co najmniej trzy zadania polegające na wykonaniu robót budowlanych na składowisku odpadów obejmujących roboty ziemne lub przemieszczanie odpadów w obrębie składowiska przy użyciu sprzętu ciężkiego wraz z załadunkiem i transportem, o łącznej wartości nie mniejszej niż 500.000,00 zł netto każde, gdyż przedstawił 4 takie zadania z pkt 1., 2., 3. i 5. powyżej.

Przy czym Zamawiający podniósł, że ponieważ zgodnie ze „Słownikiem języka polskiego PWN” przez *rekultywację* należy rozumieć *przywracanie terenom zniszczonym działalnością człowieka ich pierwotnego charakteru*, wszystkie cztery te zadania stanowią wymagane roboty ziemne lub przemieszczanie odpadów w obrębie składowiska

przy użyciu sprzętu ciężkiego wraz z załadunkiem i transportem.

{ad zarzutu z lit b)}

Po drugie, wykazał co najmniej jedno zadanie polegające na budowie aktywnego systemu odgazowywania składowisk odpadów o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł netto, tj. zadanie z pkt 4. powyżej, co jednoznacznie potwierdzają referencje.

Według Zamawiającego z brzmienia § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia nie wynika bowiem, że jedynie referencje podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, mogą potwierdzić należyte ich wykonanie. Stąd Zamawiający uznał oświadczenie RDF sp. z o.o. w Ostrołęce za wystarczające potwierdzenie należytego wykonania zadania z pkt 4. powyżej.

{ad zarzutu z lit d)}

W przekonaniu Zamawiającego deklarowana dla powyższego zadania wartość robót dotyczących aktywnego systemu odgazowywania nie budzi wątpliwości, gdyż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów i jedynie odwołuje się do porównania z innymi pracami w innym miejscu.

{ad zarzutu z lit. c)}

Po trzecie, wykazał co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu uszczelnień składowisk odpadów z foli HDPE, tj. zadania z pkt 1. i 5. powyżej.

Zamawiający uznał za wiarygodne pismo Burmistrza Miasta Pyskowice z 10 stycznia 2024 r. pt. „Uzupełnienie do listu referencyjnego z dn. 25.11.2020 r.”, potwierdzające, że w ramach zadania z pkt 1. Powyżej ITC wykonał uszczelnienie składowiska odpadów z folii PEHD przy wykonaniu rurociągu tłocznego odcieków składowiska.

Z kolei na potwierdzenie wykonania prac z pkt 5. powyżej ITC przedstawił protokół odbioru końcowego z 5 stycznia 2024 r.

{ad zarzutu czwartego}

W ocenie Zamawiającego ITC wykazał spełnienie przywołanego w odwołaniu warunku z pkt 10.4. ppkt 2) SWZ, gdyż w wykazie załączonym do pisma z 4 stycznia 2024 r. wskazał, że jego własnością jest: 1) jedna spycharka gąsienicowa CATERPILLAR o mocy 124 kW, 2) dwie koparki jednonaczyniowe na podwoziu gąsienicowym Hitachi poj. łyżki 1,2 m³, 3) dwa samochody samowyladowcze Mercedes Arocs CWL 02160 i CWL 02170 o ładowności 17 ton, 4) dwa wozidła Volvo o ładowności 28 ton, przy czym wskazano także, że spycharka gąsienicowa i koparka jednonaczyniowa są wyposażone w silniki spełniające wymagania emisyjne z zakresu EURO 4 oraz posiadają sprawnie działającą wentylację kabinową wyposażoną w filtr z dodatkiem węgla aktywnego.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko i argumentację, a Przystępujący poparł Zamawiającego i podniósł dodatkowo argumenty sprowadzające się do następujących twierdzeń.

{ad zarzutu pierwszego}

Według Przystępującego, biorąc pod uwagę zakres wezwania oraz sposób opisu przedmiotu zamówienia, który miał dość ogólny charakter (bez załączenia przedmiaru robót, co było przedmiotem pytań ze strony wykonawców), udzielił adekwatnych wyjaśnień.

{ad zarzutu drugiego}

Przystępujący podkreślił, że to z inicjatywy Zamawiającego przeprowadzenie wizji lokalnej zostało przełożone na następny dzień.

{ad zarzutu trzeciego lit. a)}

Zdaniem Przystępującego sposób sformułowania pierwszego warunku wskazuje, że każde roboty budowlane o łącznej wartości 500 tys. zł netto, jeżeli dotyczyły między innymi robót ziemnych lub przemieszczania odpadów w obrębie składowiska, mogły zostać zgłoszone na poczet spełniania tego warunku.

Ponadto Przystępujący uznał za trafną wykładnię pojęcia „robót ziemnych” dokonaną przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z 23 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 3936/23.

{ad zarzutu trzeciego lit. b) oraz d)}

Przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z umowy konsorcjum zawartej pomiędzy ITC a RDF sp. z o.o. w związku z tamtym zamówieniem, wskazując na § 3 lit. e) jako istotny.

{ad zarzutu trzeciego lit. c)}

Zdaniem Przystępującego również w kontekście tego warunku wykładania prezentowana przez Odwołującego jest nieuprawniona, a specyfika zamówienia zgłoszonego przez przystępującego odpowiada wymaganiom opisanym przez Zamawiającego.

Stąd według Przystępującego również z dowodów wnioskowanych przez Odwołującego dotyczących zamówienia w Pyskowicach wynika, że zostało wykonane uszczelnienie wymagany rodzajem folii [patrz pierwszy

pełny akapit na str. 7. dokumentacji powykonawczej].

{ad zarzutu czwartego}

Przystępujący zwrócił uwagę na to, że każdą pozycję wykazu sprzętu można przyporządkować do konkretnych pozycji wykazu środków trwałych, który złożył jako załącznik do wyjaśnień dotyczących ceny oferty – dpowiednio są to pozycje: 1) 100., 2) 59. i 62., 3) 73.-74., 4) 63. i 84.

{ad zarzutu trzeciego i czwartego}

Przystępujący podniósł, że z uwagi na zakres wezwań co do warunku dotyczącego zdolności zawodowej, bądź brak takiego wezwania w zakresie warunku dotyczącego dysponowania sprzętem, gdyby nawet uznać, że Przystępujący dotychczas nie wykazał spełniania tych warunków, przedwczesne jest żądanie odrzucenia jego oferty na tej podstawie, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest uprzednie wezwanie do uzupełnienia w tym zakresie braków wykazu usług czy narzędzi.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia mu uzyskanie tego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

{rozpoznanie zarzutu nr 1}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zrelacjonowany powyżej za odwołaniem (uzupełniająco za odpowiedzią na odwołanie) przebieg badania przez Zamawiającego ceny oferty ITC był niesporny [patrz zbieżny opis stanu sprawy na str. 2-4. odpowiedzi na odwołanie], a przede wszystkim odpowiada rzeczywistości stanowi rzeczy, a więc wymaga jedynie następującego uzupełnienia i podsumowania, również w kontekście twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego podnoszonych w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający ustalił 4 grudnia 2023 r. na 802.627,23 zł wartość szacunkową tego zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego z maja 2023 r. dla całego przedsięwzięcia technicznego zamknięcia i rekultywacji II sektora składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne zlokalizowanego przy ul. Krakowskiej 315d w Bielsku-Białej, tj. wziął pod uwagę spośród jego dziewięciu pozycji dwie, które skorygował odpowiednio do zakresu rzeczowego etapu objętego niniejszym zamówieniem:

- poz. 3. Wykonanie i uzupełnienie warstwy okrywowej z gruntu mineralnego lub odpadów do tego przeznaczonych – 316.732,00 zł dla powierzchni 0,9 ha (2.072 836,16 x 0,9 ha / 5,89 ha), dodatkowo pomniejszona o kwotę 239.670,09 z pkt 1* (grunt mineralny nieprzepuszczalny)
- poz. 6. Wał ziemny z gruntu stabilizowanego – 769 358,52 zł, dodatkowo pomniejszona o kwotę 43793,20 zł z pkt 17/1* (grunt mineralny).

[„Obliczenie wartości zamówienia...” z 4 grudnia 2023 r.]

Przedmiot tego zamówienia obejmuje roboty budowlane polegające na:

- 1.Wykonaniu pomiarów.
- 2.Wykonaniu obwałowania u podnóża skarpy zachodniej i południowej zgodnie z projektem, tj. wpięrow odkopaniu i odwinieciu istniejącej geomembrany z geowłókniną, sprawdzeniu i wyrównaniu podłoża, a następnie wykonaniu obwałowania o wysokości ok. 2 m w części zachodniej i ok. 1,5 m w części południowej z gruntu odpowiednio zagęszczonego i pochodzącego z zasobów Zamawiającego. Po wykonaniu wału istniejącą membranę należy ułożyć na skarpie wewnętrznej i koronie wału w celu zapewnienia szczelności. W przypadku niewystarczającej szerokości istniejącej membrany należy ją tak połączyć z nowymi fragmentami, aby zapewnić szczelność połączenia. W przypadku uszkodzenia geomembrany niezbędne będzie jej naprawienie z potwierdzeniem szczelności. Wszystkie nowe połączenia folii jw. zostaną potwierdzone protokołami z badania szczelności.
- 3.Zdjęciu wierzchniej warstwy okrywowej z istniejącej skarpy.
- 4.Odpowiednim uformowaniu powierzchni skarpy zachodniej i południowej składowiska, w tym dzięki przemieszczeniu odpadów wraz z wypełnieniem dostępnej pojemności nowymi składowanymi odpadami, z odpowiednią ich stabilizacją i zagęszczeniem.
- 5.Miejscowym odsłonięciu дренаżu odcieków składowiskach znajdującego się u podnóża skarpy zachodniej celem poprawy jego sprawności dzięki wykonaniu dodatkowych nasypów (przynajmniej w czterech miejscach) z płukanego

kamienia drenarskiego itp., umożliwiającego przejście/infiltrację do istniejącego drenażu potencjalnego odcieku gromadzącego się u podłoża powstałego obwałowania.

6. Uformowaniu docelowym (wynikającym z projektu zamknięcia i rekultywacji) zachodniej i południowej skarpy sektora II do rzędnej 421 n.p.m.

7. Wykonaniu lub uzupełnieniu do wymaganej grubości warstwy okrywowej ziemnej.

8. Potwierdzeniu osiągnięcia wymaganego kształtu bryły składowiska zgodnie z założeniami projektu rekultywacji dzięki wykonaniu obmiaru geodezyjnego – współczynnik stateczności skarpy z obwałowaniem powinien wynieść $FS > 1,3$.

Szacowana objętość przemieszczeń gruntu – około 30 tys. m³.

Prace należy zrealizować według uaktualnionego projektu wykonawczego dla całego przedsięwzięcia z listopada 2023 r. [stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ].

Wykonawca robót ma zapewnić odpowiednią liczbę zatrudnionych na umowę o pracę pracowników, którzy mają posiadać stosowane uprawnienia, kwalifikacje i dopuszczenia oraz znajdować się w trakcie wykonywania robót w odpowiednim stanie psychofizycznym.

[patrz rozdział 5. SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”

oraz § 3 „Projektu Umowy” stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ]

Złożone przez ITC pismem z 27 grudnia 2023 r. nie czynią zadość wezwaniu Zamawiającego z 20 grudnia 2023 r., z którego wprost wynika oczekiwanie przedstawienia popartych dowodami wyliczeń ceny oferty, co wymagało przedstawienia przyjętych założeń co do sposobu realizacji zamówienia w kontekście opisu przedmiotu zamówienia i kategorii kosztów niezbędnych do należytego wykonania tego zamówienia, w tym wskazania wybranych dla realizacji robót budowlanych rozwiązań technicznych.

Niezależnie od powyższego dla ITC jako profesjonalnego wykonawcy – którego na zasadzie art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp obowiązuje podwyższony miernik staranności – nie powinno budzić wątpliwości, że w powyżej opisanych uwarunkowaniach wykazanie braku rażąco niskiego charakteru ceny oferty i jej istotnych elementów składowych wymaga przedstawienia kalkulacji na takim poziomie szczegółowości, który obiektywnie nadawałby się do weryfikacji. Oczywiście jest, że wymaga to wyjścia od podstaw, czyli odpowiedniego zobrazowania sposobu wyliczenia cen za poszczególne prace objęte zakresem tego zamówienia. Przy czym w okolicznościach tego postępowania przedstawienie stosownej kalkulacji nie powinno nastręczać trudności, skoro w grę wchodziło zaledwie 8 pozycji, które można było odpowiednio wycenić dzięki danym zawartym w projekcie wykonawczym.

Pomimo deklarowania na wstępie wyjaśnień, że:

- *wyliczenie ceny ofertowej poprzedzone zostało (...) dogłębną analizą opisu przedmiotu zamówienia, wraz z wszelkimi wymogami zamawiającego dotyczącymi realizacji zadania objętego zamówieniem;*
 - *kalkulacja cen ofertowych odbyła się z uwzględnieniem wszystkich kosztów bezpośrednich i pośrednich, a także pozostałych nakładów rzeczowych i robocizny, towarzyszących realizacji tego typu zadania*
 - *kalkulacja uwzględnia także niewielki zysk firmy, który został obliczony na całkowicie zadawalającym (...) poziomie*
- w żaden sposób nie znalazło to przełożenia na przedstawienie konkretnych i poddających się weryfikacji danych.

W sytuacji nieprzedstawienia przez ITC jakiegokolwiek kalkulacji ceny oferty, czyli kosztorysu w odniesieniu do czynności wyspecyfikowanych jako zakres przedmiotu zamówienia w SWZ, z wykorzystaniem danych wynikających z załączonego do SWZ projektu wykonawczego, z udzielonych wyjaśnień nic konkretnego nie wynika. Sprowadzają się one bowiem do ogólnych zapewnień lub powołania się generalnie opisane czynniki, które w przekonaniu ITC pozwoliły mu na konkurencyjną wycenę przedmiotu zamówienia, na czele z posiadaniem dużego doświadczenia, zatrudnianiem wykwalifikowanych pracowników, dysponowaniem własnym parkiem maszynowym, wypracowanymi rabatami (które tylko w odniesieniu do paliwa można uznać za potwierdzone) etc.

Nawet w kwestii zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego wyjaśnienia sprowadzają się do generalnych zapewnień, że wszystko, co wynika z tych przepisów zostało uwzględnione w cenie oferty. Na podstawie tak ogólnikowych wyjaśnień nie sposób stwierdzić praca ilu osób i w jakim wymiarze czasowym została skalkulowana w ramach kosztów wykonania tego zamówienia. W takiej sytuacji nic nie wnoszą załączone jako dowody dokumenty. Załączone mowy o pracę mogą tylko potwierdzać fakt zatrudniania danych osób za minimalnym wynagrodzeniem obowiązującym do końca 2023 r. Z kolei zaświadczenie z ZUS-u o niezaleganiu z opłacaniem składek służy wykazaniu braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

Reasumując, Zamawiający nie uzyskał w odpowiedzi na wystosowane wezwanie konkretnych i szczegółowych informacji, które pozwoliłyby na zweryfikowanie ceny oferty ITC, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie tej ceny, której wysokość wzbudziła przecież poważne wątpliwości Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Odwolujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, gdyż Zamawiający powinien ocenić złożone w trybie art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy pzp przez Przystępującego wyjaśnienia jako nieuzasadniające ceny złożonej przez niego oferty.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) 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; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) 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; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest

ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Kluczowe znaczenie dla tej sprawy ma jednak norma prawna wynikająca z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja wprost odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, w której nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. *De lege lata* nie może być również wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny tej oferty, odwołujący jest zobligowany li tylko do poważenia prawidłowości dokonanej przez zamawiającego oceny tych wyjaśnień. W konsekwencji Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie

jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że w tej sprawie przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 pzp wszczęło procedurę, w której Przystępujący obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno obowiązkiem odrzucenia jego oferty, bez stwarzania mu kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na sugerowaniu wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Reasumując, w rozpoznawanej sprawie skutecznie została podważona prawidłowość zaakceptowania przez Zamawiającego złożonych mu wyjaśnień jako nieuzasadniających ceny oferty, co obligowało Zamawiającego do jej odrzucenia. Pomimo powołania się w ramach odpowiedzi na odwołanie na adekwatne wypowiedzi orzecznictwa Zamawiający nie zastosował w praktyce wynikających z nich wskazówek.

{rozpoznanie zarzutu nr 2}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne było, że ITC uczestniczył w obligatoryjnej wizji lokalnej w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, tj. 19 grudnia 2023 r.

Zamawiający zastrzegł, że w przypadku braku odbycia wymaganej obligatoryjnie wizji lokalnej odrzuci ofertę zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy pzp [patrz pkt 34. SWZ].

Z uzasadnienia odwołania nie wynika, na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego art. 131 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp w sytuacji, gdy niesporne jest, że Zamawiający wymagał złożenia oferty po przeprowadzeniu wizji lokalnej, a przedmiotem zaskarżenia nie jest wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, w szczególności krótszego od ustawowych terminów minimalnych.

Okoliczności podniesione w uzasadnieniu odwołania nie wskazują na nierówne traktowanie przez Zamawiającego Konsorcjum w stosunku do ITC, gdyż niesporne jest, że obu wykonawcom umożliwiono przeprowadzenie wizji lokalnej.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Według art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona bez odbycia wizji lokalnej, w przypadku gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia.

Jak to powyżej ustalono, nie wypełniła się hipoteza normy wynikającej z powyższej regulacji. W konsekwencji Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Przystępującego.

{rozpoznanie zarzutu nr 3 – zarzuty z lit. a)-d)}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zrelacjonowane powyżej za odwołaniem lub odpowiedzią na odwołanie: brzmienie warunku z pkt 10.4. ppkt 1 SWZ, określającego wymaganą zdolność zawodową wykonawcy przez sprecyzowanie *de facto* trzech warunków, treść pierwotnego i uzupełnionego wykazu robót oraz niektórych referencji złożonych przez ITC w celu wykazania spełniania tego warunku, jeżeli poniżej nie zaznaczono inaczej, odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy i stanowią okoliczności niesporne.

Odnosnie pierwszego z tych warunków niesporne było, że wszystkie pięć pozycji uzupełnionego wykazu robót ITC dotyczy rekultywacji składowisk odpadów, czyli przywrócenia zajmowanym przez nie terenom ich pierwotnego

charakteru, co wymaga w szczególności robót ziemnych lub przemieszczania odpadów w obrębie składowiska przy użyciu ciężkiego sprzętu, a także, że z uwagi na wymaganie, aby każdorazowo wartość wykonanych robót wynosiła co najmniej 500 tys. zł, na poczet spełniania tego warunku nie mogła być wzięta pod uwagę poz. 4.

Zarówno literalne sformułowanie postanowienia z pkt 10.4. ppkt 1 tiret pierwsze, jak i przedmiot tego zamówienia, którego zdolność wykonania ma być dzięki temu warunkowi zweryfikowana, wskazują, że na taką co najmniej wartość mają opiewać roboty ziemne lub przemieszczanie gruntu z użyciem ciężkiego sprzętu, gdyż tylko te rodzaje robót mają w tym kontekście znaczenie.

O tym, że właśnie tak został zrozumiany ten warunek również przez ITC świadczy sposób wypełnienia przez niego wykazu robót, w którym dla pozycji dotyczących wykazania tego warunku, oprócz podania ogólnej wartości, w ramach opisu rodzaju wykonanych robót podał odrębnie, że *zakres obejmował m.in. wykonanie robót ziemnych oraz przemieszczanie odpadów w obrębie składowiska przy użyciu sprzętu ciężkiego wraz z załadunkiem i transportem o łącznej wartości powyżej 500 000,00 zł netto*.

Tym samym cały zarzut z lit. a) [wywiedziony na str. 15. odwołania] opiera się na opisanu treści wykazu robót ITC niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, poczynsz od twierdzenia, jakoby ITC ograniczył się do podawania wyłącznie wartości całego kontraktu, a nie podał wartości robót istotnych dla potwierdzenia spełniania warunku. W konsekwencji bezprzedmiotowy jest cały wywód prawny, kładący nacisk na znaczenie podania odpowiednich informacji w ramach wykazu, jako oświadczenia własnego wykonawcy składanego na potrzeby danego postępowania, w przeciwieństwie do wystawianych przez podmiot trzeci referencji.

W konsekwencji za spóźnione należało uznać wdanie się przez Odwołującego dopiero na rozprawie w spór co do tego, czy zgodnie z oświadczeniem zawartym w wykazie wartość odnośnych robót przekraczała wymagany próg, w tym co do rozumienia „robót ziemnych”, a złożone w tym zakresie na rozprawie dowody uznać za bez znaczenia rozpoznania zarzutu wywiedzionego w odwołaniu.

Tym niemniej ze słownikowego znaczenia „rekultywacji” nie wynika logicznie wniosek, jak chciałby Zamawiający, jakoby przywracanie pierwotnego charakteru terenom zniszczonym działalnością człowieka wymagało wyłącznie robót ziemnych lub przemieszczania odpadów. Przy czym Zamawiający uznał, wbrew powyżej przywołanemu sposobowi wypełnienia przez ITC wykazu robót, że również nowa poz. 5. zgłoszona została również na poczet spełniania pierwszego warunku.

Reasumując, dowody z dokumentacji postępowania nie potwierdzają niewykazania przez Przystępującego pierwszego z warunków wymagającego uprzedniego trzykrotnego należytego wykonania takich robót o tej wartości.

Niesporne było, że w celu wykazania drugiego z warunków, o którym mowa w pkt 10.4. ppkt 1 tiret drugie, wymagającego uprzedniego choćby jednokrotnego należytego wykonania aktywnego systemu odgazowywania składowisk odpadów o wartości co najmniej 300 tys. zł netto, ITC zgłosiło poz. 1. i 4. wykazu robót (z tym że, wbrew temu, co wskazano w odwołaniu, opis pierwszej z nich nie uległ zmianie).

Odnosnie poz. 1. Odwołujący wykazał, że zadeklarowane w wykazie przez ITC przekraczanie wymaganego progu wartościowego nie znajduje pokrycia w harmonogramie rzeczowo-finansowym, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy nr GK/RKL.272.050.2018 zawartej 12 grudnia 2018 r. pomiędzy Gminą Pyskowice a ITC, gdzie w poz.5. wykonanie studni i instalacji odgazowania zostało wycenione na 61.503,69 zł brutto [patrz pliki pdf: umowa_(1)[11], scan_20010101044032]. Z kolei ani Zamawiający, ani Przystępujący nie byli w stanie tego podważyć, w szczególności nie wykazali w tym zakresie jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej, zresztą z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający tylko poz. 4. poczytał za spełniającą ten warunek udziału w postępowaniu.

Jednakże Odwołujący wykazał również, że w poz. 4. wykazu ujęto *de facto* wycinek obowiązków spoczywających na RDF sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, MPK Pure Home sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce i ITC jako poddzierżawcy z tytułu umowy poddzierżawy zawartej 15 listopada 2018 r. z Przedsiębiorstwem Energetyki Ciepłej w Rucianem-Nidzie w celu przeprowadzenia rekultywacji wraz z jej finansowaniem (§ 2 ust. 1 tej umowy) {patrz pliki pdf: umowa_(1), Umowa poddzierżawy[96], Aneks do umowy poddzierżawy[72]}.

Co więcej, zawarcie przez tych trzech wykonawców 24 października 2018 r. umowy konsorcjum w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Poddzierżawa nieruchomości zamkniętego składowiska odpadów w miejscowości Wólka” oraz jego wykonania (§ 1), przewidującej ich solidarną odpowiedzialność względem zamawiającego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie powyższego zamówienia (§ 4 ust. 1), przy czym w ramach wewnętrznego podziału obowiązków ITC miało wykonać wszelkie prace na składowisku, w tym zapewnić odpowiedni personel i maszyny (§ 3 lit. e.), uprawnionym do wystawiania zamawiającemu faktur VAT była RDF sp. z o.o. jako lider konsorcjum, która miała następnie rozliczać się z partnerami konsorcjum (§ 5 ust. 1 i 2) – wynika wprost z tej umowy złożonej na rozprawie jako dowód przez Przystępującego.

Jednocześnie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że w treści wykazu poz. 4. została opisana jako roboty budowlane wykonane przez ITC na rzecz RDF sp. z o.o., ta ostanía spółka w takim charakterze występuje w załączonej

referencji z 14 maja 2021 r., a ITC nie powoływało się na wynikające z § 9 ust. 1 pkt 1 *in fine* rozporządzenia uprawnienie do złożenia innych niż pochodzące od podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, w sytuacji, gdy wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać takich dokumentów.

Reasumując, powyższe jest wystarczające dla stwierdzenia, że wbrew treści dokumentów przedstawionych Zamawiającemu Przystępujący nie powinien na ich podstawie zostać uznany za spełniającego drugi warunek, pomimo niewykazania przez Odwołującego, że w przypadku przedsięwzięcia z poz. 4. wykazu robót ITC również wskazywana wartość wykonanego systemu odgazowywania jest mniejsza niż wymagana.

Niesporne było, że w celu wykazania trzeciego z warunków, o którym mowa w pkt 10.4. ppkt 1. tiret trzecie, wymagającego uprzedniego choćby jednokrotnego należytego wykonania uszczelnień składowiska odpadów z folii HDPE [w innym zapisie PEHD], ITC zgłosiło poz. 1. i 5. wykazu robót. Przy czym ta ostanía pojawiła się na skutek wystosowanego 8 stycznia 2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia pierwotnie złożonych w tym zakresie dokumentów.

Zarówno literalne sformułowanie postanowienia z pkt 10.4. ppkt 1 tiret trzecie, jak i przedmiot tego zamówienia, którego zdolność wykonania ma być dzięki temu warunkowi zweryfikowana, nie prowadzą do najdalej idącego wniosku, jaki został wywiedziony w odwołaniu. Wręcz przeciwnie, skoro opis przedmiotu tego zamówienia przewiduje odpowiednio uzupełnienie lub naprawę geomembrany składowiska w miarę potrzeb wynikłych przy wykonywaniu obwałowania skarpy [patrz pkt 2. rozdziału 5. SWZ przywołany w ramach ustaleń dotyczących zarzutu nr 1] tym bardziej nie można dopatrywać się w opisie warunku nieproporcjonalnego wymagania, które wprost nie zostało tam zapisane. Brak określenia minimalnego progu wartościowego wykonanych robót, jak w przypadku poprzednich warunków, oraz niewymaganie dysponowania zgrzewarką folii w ramach warunku dotyczącego zdolności technicznej dodatkowo wskazują, że nie była wymagane doświadczenie w kompleksowym uszczelnianiu całego składowiska odpadów. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 wyjaśnił, że wykonanie uszczelnienia kwatery składowiska, czyli jego części, będzie wystarczające dla wykazania spełnienia określonego przez niego warunku. Wydaje się zatem, że również wykonanie uszczelnień nawet fragmentów kwater składowiska mogłoby być również wzięte pod uwagę.

Z kolei ITC w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oprócz stosownych wyjaśnień, popartych załączeniem źródłowych dokumentów, złożyło również datowane na 10 stycznia 2024 r. uzupełnienie referencji wydanych 25 listopada 2020 r. – w którym Gmina Pyskowice wprost potwierdziła, że w ramach przedsięwzięcia dotyczącego rekultywacji IV kwatery składowiska odpadów w Pyskowicach, a konkretnie przy wykonaniu rurociągu tłoczego odcieków, ITC wykonała również uszczelnienia z folii PEHD.

Odwołujący wykazał jednak, że według opisu przedmiotu tamtego zamówienia, rurociąg tłoczny miał być tak poprowadzony wzdłuż krawędzi kwater I-III, aby nie uszkodzić ich uszczelnienia, co według dokumentacji powykonawczej (opatrzonej na pierwszej stronie dopiskiem: „Zmian nie wprowadzono”) zostało dotrzymane [patrz przedostatni akapit w pkt 4.3. zarówno w załączniku nr 5 do SWZ (załączonym do odwołania), jak i w dokumentacji powykonawczej z pliku pdf ksero-bi08269620240118133531(dowód z rozprawy)]. Co więcej, Przystępujący na rozprawie wprawdzie powołał się na to, że w dokumentacji powykonawczej mowa jest o tym, że skarpy i dno zostały uszczelnione m.in. folią PEHD, zapominając jednak, że jest to fragment opisu stanu istniejącego przed wykonaniem przez niego robót [patrz pierwszy pełny akapit na str. 7. z pkt 2.0. Ogólna charakterystyka]. Ostatecznie Odwołujący przyznał na rozprawie, że konieczność wykonania uszczelnień wynika z uszkodzeń istniejącej warstwy przy wykonywaniu wspomnianego rurociągu tłoczego.

Taki stan rzeczy oznacza, że wykonanie tych uszczelnień nie nastąpiło w ramach wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami tamtego zamówienia, a jako swoista naprawa tego, co niezgodnie z tymi warunkami zostało uszkodzone, więc nie powinno być brane pod uwagę na poczet spełniania warunku wymagającego należytego wykonania robót budowlanych.

Jednakże zarzut zawarty w odwołaniu nie dotyczy poz. 5., o którą ITC dodatkowo uzupełniło wykaz robót w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wykazania spełniania przedmiotowego warunku, co zostało wzięte pod uwagę przez Zamawiającego, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie. Natomiast Odwołujący dopiero na rozprawie, czyli po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania zgłosił zastrzeżenia co do tej pozycji wykazu robót.

Kluczowe znaczenie ma jednak fakt, bezsporny acz przemilczany w odwołaniu, że w zakresie powyżej ustalonych braków w wykazaniu wymaganej zdolności zawodowej ITC nie było wzywane do ich uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, a jednocześnie odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia przez Zamawiającego tego przepisu, co trafnie podniósł Przystępujący na rozprawie. Innymi słowy o ile Zamawiający nieprawidłowo, bo przedwcześnie zweryfikował pozytywnie spełnianie przez ITC warunku w zakresie, o którym mowa w pkt 10.4. ppkt 1 tiret drugie SWZ, o tyle nie jest to wystarczające dla uznania, że oferta ITC powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, gdyż ITC mogłoby w pełni wykazać wymaganą do wykonania tego zamówienia zdolność zawodową.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt lit. b ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym z art. 128 ust. 1 ustawy pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z innych powodów lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Z kolei art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przy czym według art. 552 ust. 1 pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wreszcie art. 555 ustawy pzp stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Ten ostatni przepis [w poprzednim stanie prawnym był on zamieszczony w art. 192 ust 7 ustawy pzp z 2004 r.] oznacza, że niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

W orzecznictwie Izby takie stanowisko należy uznać za utrwalone. *Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7-10 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść [z uzasadnienia wyroku z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1142/23].*

Zwięźleją ujęto w uzasadnieniach poniżej wskazanych wyroków Izby. *Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut [wyrok z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazanie przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany [wyrok z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu [wyrok z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].*

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Również Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych w ramach uzasadnienia wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Jednocześnie Izba na mocy art. 552 ust. 1 ustawy pzp wydając wyrok, obowiązana jest wziąć pod uwagę za jego podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Obliguje to Izbę do ustalenia z urzędu, na jakim etapie jest prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym zostało wniesione odwołanie, aby wydać prawidłowe rozstrzygnięcie. Izba musi nie tylko sprawdzić, czy nie została zawarta umowa w sprawie zamówienia objętego sporem, ale również, czy nie zostały przeprowadzone lub zaniechane czynności, które choć nie zostały objęte zarzutami odwołania, nie pozwalają na uznanie zarzutu za zasadny i uczynienie zadość skorelowanemu z nim żądaniu.

Ponieważ w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku, którego nie udało mu się wykazać za pomocą pierwotnie złożonych dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 pzp, za bezzasadny, bo przedwczesny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż Zamawiający ma obowiązek dokonać czynności, o której mowa w art. 128 ust. 1 pzp i nie można z góry przesądzić, jaki będzie jej rezultat. Jednocześnie odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia tego ostatniego przepisu, choćby jako zarzutu ewentualnego, pomimo że Odwołujący mógł i powinien postawić taki zarzut, jeżeli chciał zwiększyć szanse na uwzględnienie odwołania. Tymczasem wniesione odwołanie nie tylko nie zawiera zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której był zobowiązany z mocy art. 128 ust. 1 pzp, ale wręcz ogranicza się do okoliczności, które miałyby wskazywać na definitywne niewykazanie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, co miałyby prowadzić do wykluczenia go z tego postępowania o udzielenie tego zamówienia i odrzucenia jego oferty.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp, gdyż co najwyżej mógł on naruszyć art. 128 ust. 1 pzp, co jednak znajduje się poza granicami kognicji Izby w tej sprawie wyznaczonymi zakresem zarzutów wniesionego odwołania.

{rozpoznanie zarzutu nr 4}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

O ile w wykazie posiadanych przez ITC narzędzi (którego wzór stanowił załącznik nr 5 do SWZ) dla trzech spośród czterech pozycji (tj. z wyjątkiem poz. 3.) nie podano oznaczenia modelu pojazdu, o tyle nie było sporne, że dla każdego rodzaju pojazdu wskazano jego markę i kluczowe dla oceny spełniania warunku z pkt 10.4. ppkt 2 SWZ parametry, jak to adekwatnie podniesiono w odpowiedzi na odwołanie, a co zostało przemilczane w odwołaniu.

Bezprzedmiotowe jest zatem twierdzenie, jakoby zaniechanie podania oznaczenia modelu *de facto* uniemożliwiało ustalenie, czy sprzęt ujęty w wykazie spełnia wymagania obowiązującego w niniejszym postępowaniu warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej do wykonania tego zamówienia.

Niezależnie od powyższego, również w tym przypadku Zamawiający nie wzywał ITC do uzupełnienia wykazu o oznaczenia modeli pojazdów.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt lit. b ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym z art. 128 ust. 1 ustawy pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z innych powodów lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Jak to powyżej ustalono, Przystępujący wykazał spełnianie obowiązującego w niniejszym postępowaniu warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej do wykonania tego zamówienia.

Niezależnie od powyższego, gdyby nawet przyjąć skrajnie formalistyczne podejście, jak chciałby Odwołujący, umknęło jego uwadze, że w takim przypadku Zamawiający musiałby wprawdzie wezwać Przystępującego do uzupełnienia wykazu o dane, których według Odwołującego brakuje, choć nie postawił w tym zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Aktualny byłby zatem wywód przedstawiony przy rozstrzygnięciu poprzedniego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że

- naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.
- zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp oraz zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy pzp nie potwierdziły się, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT), orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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 (Dz. U. poz. 2437), tj. obciążając nimi Odwołującego w 3/4 i Zamawiającego w 1/4, czyli według stosunku zarzutów niezasadnych do zasadnych.