Sygn. akt: KIO 675/16

WYROK
z dnia 20 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę: **KG Construction sp. z o.o. w Zabrzu**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Mikołowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych i Budowlanych „GÓRBUD" sp. z o.o. w Mikołowie (43-190), ul. Podleska 72 oraz „Geo-Wiert" sp. z o.o. w** Żorach **(44-240), ul. Węglowa 11, jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **KG Construction sp. z o.o. w Zabrzu** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od zamawiającego: **Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu** na rzecz wykonawcy: **KG Construction sp. z o.o. w Zabrzu** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 675/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Docelowe *zabezpieczenie sztolni na odcinku od wylotu wyrobiska do rozwidlenia zachodniego oraz wykonanie elementów systemu ujmowania i uzdatniania wód kopalnianych"* zostało wszczęte przez Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 4 maja 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało

opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 026-041358) w dniu 6 lutego 2016 r.
W dniu 29 kwietnia 2016 r. odwołanie wniósł wykonawca: KG Construction sp. z o.o. w Zabrzu, zwany dalej Odwołującym.
Odwołanie zostało wniesione wobec oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie się ubiegających się o zamówienie: Mikołowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych i Budowlanych „GÓRBUD" sp. z o.o. w Mikołowie oraz „Geo-Wiert" sp. z o.o. w Żorach, zwanych dalej również konsorcjum Górbud dokonanej przez Zamawiającego oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Górbud. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. „naruszenie *art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w związku z art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum mimo iż prawidłowo przeprowadzenia ocena wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*
2. *naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*
3. *naruszenie art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcom niewybranym zgodnie z przepisami ustawy."*

Odwołujący stał na stanowisku, że konsorcjum Górbud złożyło wyjaśnienia, które nie zawierały rzetelnych kalkulacji obrazujących przy pomocy danych liczbowych faktyczne koszty wykonania zamówienia z zachowaniem możliwości uzyskania godziwej

---

marży. Za taką rzetelną kalkulację nie uznał Odwołujący „wymienienia *kosztów płac pracowników, kosztów zakupów materiałów oraz kosztów sprzętu i usług".* Podnosił przy tym, że poziomu kosztów pośrednich, kosztów zakupu oraz zysku nie podano w ogóle. Jego zdaniem: „całość *danych jawi się więc jako przyjęte zupełnie arbitralnie i podane w treści wyjaśnień tylko w celu podjęcia próby uwiarygodnienia ceny ofertowej".* W jego ocenie niewiarygodne było zestawienie kosztów płacy zaprezentowane w wyjaśnieniach: „Już *samo założenie, że każdy pracownik zaangażowany w wykonywanie zamówienia miałby otrzymywać taką samą pensję jest nieprawdopodobne, a zestawienie wyjaśnień Konsorcjum z treścią SIWZ w tym zakresie całkowicie dezawuuje te pierwsze. Wszak Zamawiający w treści 5.1.3. SIWZ (s. 5) zastrzegł wyraźnie, iż pośród osób, którymi winien posługiwać się Wykonawca w celu wykonania niniejszego zamówienia winno się znajdować 12 (dwanaście) osób posiadających różnego rodzaju uprawnienia do pełnienia funkcji dozoru górniczego, a także uprawniony kierownik robót budowlanych. Zapis SIWZ jednoznacznie zakazuje przy tym łączenia funkcji w przypadku posiadania więcej niż jednego z ww. uprawnień przez jedną osobę. Wynagrodzenia osób pełniących funkcje dozoru górniczego w praktyce obrotu gospodarczego znacząco przekraczają kwotę 2.500 zł brutto miesięcznie. Jak obrazuje to tabela załączona do niniejszego odwołania, miarodajne dane sprzed czterech lat wskazują, że w zakładach górniczych Kompanii Węglowej S.A. inżynierzy technicy zatrudnieni na dole (a do takich zalicza się większość osób dozoru) otrzymują* średnie *wynagrodzenie miesięczne brutto w wysokości około 9000 zł brutto, a więc niemal czterokrotnie wyższe."* Zauważał przy tym, że bez znaczenia było twierdzenie „jakoby *kwota indywidualnego wynagrodzenia miesięcznego pracownika była wyższa, niż minimalne wynagrodzenie za pracę-w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są specjalistyczne górnicze roboty budowlane, wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego wymaga bowiem poniesienia kosztów pracy na poziomie znacząco wyższym, niż wynagrodzenie minimalne."* Zdaniem Odwołującego konsorcjum Górbud nie odniosło się do szeregu pozycji kosztowych, wyszczególnionych w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), do których, ze względu na ich istotny charakter, powinno się było odnieść. W ocenie Odwołującego: „jako *nieprawdopodobne należy także ocenić twierdzenie Konsorcjum, jakoby zastosowanie ręcznej odstawy urobku miało przysłużyć się oszczędnościom w toku wykonywania zamówienia. To właśnie przenośniki taśmowe, a więc urządzenia mechaniczne służące do odstawy urobku, z których stosowania zrezygnować chce konsorcjum, pozwalają na osiągnięcie oszczędności, skracając czas odstawy i zmniejszając ogólny nakład pracy potrzebnej do jej wykonania."* Wszystkie te argumenty miały być, zdaniem Odwołującego, szczególnie istotne z uwagi na treść wezwania, które Zamawiający skierował do konsorcjum Górbud i wyrażone tam oczekiwania co do kształtu składanych Zamawiającemu wyjaśnień.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Górbud oraz dokonanie ponownej oceny ofert.
W dniu 2 maja 2016 r., za pośrednictwem faksu, zostało doręczone Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonane w imieniu wykonawców wspólnie się ubiegających się o zamówienie: Mikołowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych i Budowlanych „GÓRBUD" sp. z o.o. w Mikołowie oraz „Geo-Wiert" sp. z o.o. w Żorach. Zgłoszenie to zostało podpisane (zgodnie z pieczęciami imiennymi, którymi zostały opatrzone złożone przez nich podpisy) przez dwóch członków zarządu Robót i wykonawcy Mikołowskie Przedsiębiorstwo Górniczych Budowlanych
„GÓRBUD" sp. z o.o. w Mikołowie. Nie zostały wraz z tym zgłoszeniem złożone żadne dokumenty, potwierdzające umocowanie osób, które złożyły pod nim swe podpisy, do działania w imieniu konsorcjum Górbud.
W tym samym dniu, za pośrednictwem poczty elektronicznej, Prezesowi Izby zostało doręczone pełnomocnictwo udzielone w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę: „Geo-Wiert" sp. z o.o. w Żorach wykonawcy Mikołowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych i Budowlanych „GÓRBUD" sp. z o.o. w Mikołowie.
W formie pisemnej to samo zgłoszenie zostało doręczone Prezesowi Izby w dniu 4 maja 2016 r. – zgodnie z pieczęcią na kopercie, zostało ono nadane w dniu 2 maja 2016 r. w placówce pocztowej. Wraz z tym zgłoszeniem zostały złożone dwa odpisy z KRS wystawione odpowiednio dla Mikołowskiego Przedsiębiorstwa Robót Górniczych i Budowlanych „GÓRBUD" sp. z o.o. w Mikołowie oraz dla „Geo-Wiert" sp. z o.o. w Żorach.
W dniu 9 maja 2016 r. Prezesowi Izby zostało doręczone w formie pisemnej pełnomocnictwo udzielone w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę: „Geo-Wiert" sp. z o.o. w Żorach wykonawcy Mikołowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych i Budowlanych „GÓRBUD" sp. z o.o. w Mikołowie.
Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Jak wskazano w samym zgłoszeniu, treść odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 29 kwietnia 2015 r. Informacja ta znajduje swe potwierdzenie w piśmie Zamawiającego z dnia 4 maja 2015 r. Tym samym termin 3 dni na dokonanie zgłoszenia, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął z dniem 2 maja 2016 r. W terminie tym zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z powołanym przepisem winno być doręczone Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem za pomocą certyfikatu. elektronicznym weryfikowanym ważnego kwalifikowanego
W rozpoznawanym przypadku, zgłoszenie, w odpowiedniej wymaganej prawem formie, zostało doręczone Prezesowi Izby po upływie ustawowego terminu. Zaznaczyć przy tym należy, że w odniesieniu do zgłoszenia przystąpienia w ustawie Pzp brak regulacji, jaką wprowadzono w odniesieniu do skargi do sądu (zgodnie z art. 198b ust. 2 ustawy Pzp złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem do sądu), tym samym nie jest możliwym przyjęcie, że dzień złożenia zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, jest dniem doręczenia tegoż zgłoszenia Prezesowi Izby.
W kontekście dokumentów mających potwierdzać umocowanie do podpisania doręczanego Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia, dostrzeżenia wymagało również to, że koniecznym było wykazanie, iż zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez osobę, która została należycie umocowana do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia. Jak zasadnie zauważyła Izba w sprawie KIO 237/15:
„ustawodawca *nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia.* [przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji wezwania do uzupełniania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odpowiednie przepisy ustawy Pzp (art. 187 ust. 3-7 ustawy Pzp), na zasadzie wyjątku, dopuszczają jedynie – w określonych w nich okolicznościach – uzupełnienie odwołania.] *Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :*

nie posiadania przymiotu wykonawcy (w tym również wykazania umocowania − do działania w jego imieniu przy pierwszej czynności w postępowaniu tj. przy zgłoszeniu przystąpienia)
braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz −
interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, − a także

nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu, − nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu." Podobnie o braku możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Izba wypowiedziała się m.in. w sprawach: KIO 216/15, KIO 2665/14, KIO 2308/14, KIO 878/14, KIO 692/14, KIO 2734/13, czy też KIO 121/13.
Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zgłoszonego w imieniu konsorcjum Górbud przystąpienia nie można było uznać za skuteczne, a tym samym wykonawca ten nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.
Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.
W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.
Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego poświadczone za zgodność z oryginałem dokumenty przekazane przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby, a także te, które Strony złożyły w toku rozprawy przed Izbą lub wraz z odwołaniem, z tym jednak zastrzeżeniem, że przedstawiony przez Zamawiającego zbiór orzecznictwa Izby mógł zostać uznany jedynie za argument mający przemawiać za prezentowanym przez niego stanowiskiem, nie zaś za dowody w sprawie mające potwierdzać zaistnienie określonych okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej przez Izbę sprawy.
Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przedmiotem zamówienia objęte zostało wykonanie docelowego zabezpieczenia wyrobisk w Głównej Kluczowej Sztolni Dziedzicznej.
Zgodnie z pkt 12.7 SIWZ roboty miały być rozliczane ryczałtowo. W pkt 12.2 SIWZ wskazano, że cena ryczałtowa obejmuje wszelkie koszty i czynności wykonawcy związane z realizacją przedmiotu umowy i nie będzie podlegać waloryzacji.

Wartość zamówienia dla części zamówienia objętego tym postępowaniem (zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego zamówienie to było częścią większej inwestycji), zgodnie z pkt 2.3 pisemnego protokołu, została ustalona przez Zamawiającego, na kwotę 16 159 425,95 zł, w czym uwzględniono również wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 5 386 475,32 zł. Tym samym wartość prac opisanych przedmiotem zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 10 772 950,63 zł netto (tj. 13 250 729,28 zł brutto) – kwota ta znalazła potwierdzenie w dokumencie „Określenie *wartości szacunkowej zamówienia"* z dnia 4 lutego 2016 r.,

a także stanowisku Zamawiającego wyrażonym w toku rozprawy przez Izbą.
Termin składania ofert, zgodnie z pkt 7.2 pisemnego protokołu postępowania, upłynął w dniu 29 marca 2016 r. Zamawiający ogłosił, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 13 250 729,28 zł. Zamawiającemu złożono cztery oferty. Najtańszą była oferta konsorcjum Górbud – zaoferowało ono realizację przedmiotu zamówienia za cenę 7 499 998,80 zł. Kolejne oferty złożyli odpowiednio: Odwołujący (9 712 394,88 zł), Veneco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (10 565 700,00 zł) oraz Alpex Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego sp. z o.o. (11 254 500,00 zł).
Odwołując się do przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający, pismem z dnia 7 kwietnia 2016 r., wezwał konsorcjum Górbud do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny. Wskazał on przy tym, że zaoferowana przez konsorcjum Górbud cena jest niższa od wartości szacunkowej o ponad 30%. Zamawiający wezwał konsorcjum Górbud do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, a w szczególności „wykazanie *ekonomicznego uzasadnienia zaoferowanej ceny w tym:*
− *oszczędność metody wykonania zamówienia,*
wybrane rozwiązania techniczne, −
wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, −
oryginalności projektu wykonawcy, −
kosztów pracy (których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa −
od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...),
wybrane rozwiązania organizacyjne, −
koszty osobowe, −
koszty techniczne, −
wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów”. −

Zamawiający pouczył też konsorcjum Górbud o spoczywającym na nim zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także o regulacji zawartej w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał też, że „Wyjaśnienia *powinny być wielopłaszczyznowe i odnosić się nie tylko do ceny za przedmiot zamówienia, ale także do cen rynkowych oraz obiektywnych czynników wpływających na wysokość oferty, tym samym powinny dotyczyć elementów mających wpływ na wysokość ceny. Składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty powinni Państwo wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, jak również stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazywanym czynnikom. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo i należycie skalkulowana w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji.*
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.”

W piśmie z dnia 11 kwietnia 2016 r. konsorcjum Górbud zawarło następujące oświadczenie: „podstawowymi *składnikami netto określającymi wysokość ceny naszej oferty są: a) koszty płacy pracowników: 45 pracowników x 2 500,00 zł x 9 miesięcy = 1 012 500,00 zł, b) koszty zakupu materiałów = 2 403 000,00 zł, c) koszty sprzętu i usług = 1 072 214,00 zł”.*
Dodatkowo stwierdziło ono, że „po *uwzględnieniu kosztów pośrednich, kosztów zakupu i zysku przedsiębiorstwa skalkulowana cena realizacji i kontraktu wynosi 6 097 560,00 zł, tj. 7 499 998,80 zł brutto”.* Konsorcjum oświadczyło, że zachowało najwyższą staranność przy kalkulacji ceny, przyjęło ceny materiałów wyższe od cen średniorynkowych, zaś kwoty indywidualnego wynagrodzenia miesięcznego pracownika jest wyższa niż minimalne wynagrodzenie, a pracownicy są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Wykonawca wyjaśnił, że nie korzysta ze środków z pomocy publicznej. Ostatnim z prezentowanych przez konsorcjum Górbud argumentów było następujące stwierdzenie: „Przy *kalkulacji ceny przyjęto rozwiązania organizacyjne mające na celu maksymalną oszczędność wykonania zamówienia, polegającą na wykorzystaniu ręcznej odstawy urobku. Skutkuje to brakiem konieczności zabudowy przenośników do transportu urobku, co znacząco wpływa na obniżenie kosztów. Firma planuje użyć własnych przenośników taśmowych tylko*

do bezpośredniego załadunku urobku do kontenerów przeznaczonych do utylizacji urobku. Zastosowanie takiego rozwiązania technicznego skutkuje uniknięciem kosztów związanych z zabezpieczeniem oraz ewentualnym uszkodzeniem konstrukcji żelbetowej *niecki basenowej znajdującej się na powierzchni terenu."*

Zamawiający, w toku badania złożonych mu ofert, ocenił tak przedstawione mu wyjaśnienia za wystarczające i uznał ofertę złożoną przez konsorcjum za najkorzystniejszą, o czym poinformował wykonawców pismem z dnia 19 kwietnia 2016 r.
Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.
Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.
Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.
Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: (1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); (2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym to wykonawca, będąc do tego wezwanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, w tym poprzez złożenie odpowiednich dowodów, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Izba podziela przy tym stanowisko wyrażone w sprawie KIO 1410/15,

zgodnie z którym: „przywołany *przepis ustawy P.z.p. (art. 90 ust. 1) w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., pozwala na przyjęcie tezy,* że *dowody składane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego mogą mieć różnoraki charakter. Art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. w nowym brzmieniu stanowi bowiem,* że *zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę,* że *jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w* świetle *wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi* środkami *dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu,* że *jego cena nie jest rażąco niska, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty.*

Każdy więc dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego. W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako "zewnętrzne" mogą okazać się niezbędne. Powyższe, w ocenie Izby, będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy). W takiej sytuacji, jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z pochodzące udzielanymi wyjaśnieniami właściwe "zewnętrzne" dowodowy od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup. W niektórych przypadkach natomiast, jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych, zakupów czy też dokonywania zleceń wykonywania określonych prac podwykonawcom, wyjaśnienia uzasadnione dowodowo mogą sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę właściwych własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wytworzeniem określonych przez wykonawcę określonych produktów."

Istotnym w rozpoznawanej sprawie jest to, że Zamawiający w treści wezwania wyraźnie poinformował konsorcjum Górbud, że to składając wyjaśnienia powinno wykazać, że zaoferowana przez nie cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał na jego podstawę prawną, tj. na przepis art. 90 ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że co do formalnych podstaw wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, jako profesjonalista, nie mógł i nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości. Takich też konsorcjum Górbud nie miało. Oczywistym zatem powinno dla niego być to, że celem Zamawiającego jest uzyskanie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny wskazujących na wszystkie okoliczności uzasadniające, w realiach tej sprawy, zaoferowanie ceny na poziomie wskazanym w ofercie. Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał, w ocenie Izby, przyjąć, że konsorcjum Górbud, będąc świadome konsekwencji wynikających z zastosowanej przez Zamawiającego procedury, przedstawiło wyjaśnienia, w których wiarygodnie wyjaśniłoby, w jaki sposób dokonało kalkulacji ryzyka i przy jakich czynnikach skalkulowało to ryzyko.
Jak to zauważyła Izba w sprawie KIO 547/15: „*Z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powyższe domniemanie* [domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie] *zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania,* że *cenę skalkulowano w sposób rynkowy. Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących,* że *cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego »względu* dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej« *[tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06]. Istotny dla tej oceny jest także zakres wezwania zamawiającego, w tym to czy określone kwestie, wywołujące wątpliwości zostały w nim szczególnie uwypuklone i pozostawione wykonawcy do wyjaśnienia. W tej mierze więc nie sposób odmówić racji tezom ogólnym zaprezentowanym w piśmie Zamawiającego*

złożonym na etapie postępowania odwoławczego, eksponującym ciężar wykazania przez wykonawcę, że cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Powyższe determinuje wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie tutaj nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W różnych sytuacjach, zależnie od przedmiotu zamówienia, czasu jego trwania, konieczne jest zaangażowanie różnych środków *produkcji, a tym samym inne nakłady [elementy cenotwórcze] będą uwzględniane w kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, niemniej jednak zawsze cena jest pochodną przynajmniej kilku kosztów, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt osób wykonujących zamówienie, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen."*

Odnosząc powyższe do przedstawionych przez konsorcjum Górbud wyjaśnień i oceniając je z tej perspektywy, uznać należało, że zasadnymi były twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którymi wyjaśnienia te nie spełniały wymogów stawianych tego rodzaju dokumentom. Twierdzenia ogólnego charakteru zawarte w piśmie konsorcjum Górbud z dnia 11 kwietnia 2016 r. nie znalazły oparcia w żadnych wiarygodnych danych, które wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach winien przywołać. Za nazbyt skąpe i nie wystarczające dla wykazania, że dokonana przez niego kalkulacja może zostać oceniona jako rzetelna, uznać należało proste wydzielenie z całkowitej ceny oferty trzech mniejszych kwot i przypisanie każdej z nich do jednego z trzech wybranych przez tego wykonawcę czynników cenotwórczych (kosztów płacy pracowników, kosztów zakupu materiałów i kosztów sprzętu i usług). Wielkości te nie zostały niczym udokumentowane. Jedynie w odniesieniu do kosztu płacy pracowników wskazane zostało, że kwota ta stanowić ma odpowiednią wielokrotność wynagrodzenia na poziomie 2 500 zł dla jednej osoby.

W tym kontekście, zauważenia wymagało jednakże to, że z zestawień przedstawionych tak przez Odwołującego, jak i przez Zamawiającego, koszty pracy w przypadku pracowników, których zaangażowanie jest konieczne w świetle wymagań opisanych w SIWZ do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia, przewyższają, w niektórych przypadkach – znacznie, wskazaną przez wykonawcę kwotę. W samych wyjaśnieniach nie uzasadniono w żaden sposób, co pozwoliło przyjąć konsorcjum Górbud poziom wynagrodzeń, w odniesieniu do wszystkich przewidywanych do zaangażowania

pracowników, na tym samym, jednakowym dla wszystkich, poziomie. Nie wskazano tam też, że kwota ta ma być wynikiem uśrednienia wynagrodzeń wszystkich pracowników. A nawet w takim przypadku, wskazana przez wykonawcę wartość byłaby niższa od najniższego z kosztów utrzymania pracownika wskazanych w toku rozprawy przez Zamawiającego (średni koszt pracodawcy w przypadku pracownika fizycznego określił on na poziomie 3 104,02, przy 5 893,22 zł w przypadku pracowników dozoru wyższego, którzy również przy realizacji przedmiotu zamówienia musieliby zostać zaangażowani). Przywoływane przez Odwołującego kwoty (pochodzące z kopalń i zakładów wchodzących w skład Kompanii Węglowej S.A.) były jeszcze wyższe.

Jak to twierdził sam Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą, szczególne warunki, w jakich realizowana ma być praca objęta przedmiotem zamówienia, wyłączają zastosowanie mechanicznej odstawy urobku. W świetle tego stanowiska, podniesiony przez konsorcjum Górbud argument o zastosowaniu ręcznej odstawy urobku uznać należało za nieprzemawiający w żaden sposób za ewentualnym obniżeniem ceny przez powołanego Wykonawcę. Skoro każdy z Wykonawców był *de* facto zmuszony realizować przedmiot zamówienia w ten właśnie sposób, nie można było w zastosowaniu tej właśnie metody realizacji doszukiwać się poczynionych przez konsorcjum Górbud oszczędności.

W świetle oświadczeń złożonych przez Zamawiającego, takiego właśnie sposobu wykonania zlecanej pracy, nie było uznać za szczególne techniczne można rozwiązanie czy organizacyjne, które stawiało w lepszej sytuacji konsorcjum Górbud.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, przedstawionych przez konsorcjum Górbud wyjaśnień

z dnia 11 kwietnia 2016 r. nie można było uznać, za odpowiednio umotywowane i przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.
W toku postępowania odwoławczego nie zostało wykazane, że zaproponowana przez konsorcjum Górbud cena nie jest ceną rażąco niską, a tym samym, że daje ona rękojmię rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie przedstawił Izbie dowodów, które uzasadniałyby przyjęcie odmiennej tezy, a to na nim, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a pkt 2) ustawy Pzp ciążył ten obowiązek.
Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

---

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3 600 zł. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz wpisu (20 000 zł).

Przewodniczący: ……