

WYROK
z dnia 5 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Kuszel-Kowalczyk**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Bytomski Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Beprinż Strefa Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Beprinż Strefa Bis Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Bytomski Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Beprinż Strefa Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Beprinż Strefa Bis Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrze** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem zastępstwa prawnego przed Izbą oraz kwotę 120 zł 00 gr (słownie: sto dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącą koszty dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie i rozprawę
 - 2.2. zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Bytomski Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Beprinż Strefa Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Beprinż Strefa Bis Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrze** na rzecz zamawiającego **Jastrzębskiej**

Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu – Zdroju kwotę 3720 zł 00 gr
(słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu – Zdroju – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*Roboty górnicze związane z drążeniem Przecznicy V na poziomie 850 m w JSW S.A. KWK Knurów - Szczygłowice Ruch Szczygłowice*”, nr referencyjny: 4/P/21, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 067-173809 w dniu 7 kwietnia 2021 r.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 30 sierpnia 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Bytomski Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Beprinż Strefa Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Beprinż Strefa Bis Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrze (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie na czynności zamawiającego dokonane w postępowaniu i ich zaniechanie tj. wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Procarbon Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Bytomiu (dalej zwaną PROCARBON), oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PROCARBON i zaakceptowanie wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny złożonych w Postępowaniu przez PROCARBON, pomimo że wykonawca ten, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a w szczególności złożone wyjaśnienia nie mogą być uznane za wystarczające w świetle art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, a zatem PROCARBON nie sprostął obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawną wybór oferty PROCARBON jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że zawiera ono rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a PROCARBON nie wykazał, że zaoferowana cena pozwala na realizację zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z 18 sierpnia 2021 roku,
- 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, w tym nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty PROCARBON,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący wskazał co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem pozostaje drażenie Przekładnicy V na poziomie 850m w JSW. S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice” Ruch „Szczygłowice”. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 38 731 061,87 zł brutto. W postępowaniu została przeprowadzona aukcja elektroniczna, w której wzięło udział dwunastu wykonawców. W wyniku aukcji elektronicznej oferta PROCARBON opiewała na kwotę 22 201 500,00 zł brutto, tj. była o 42,68% niższa od budżetu zamawiającego. Odwołujący podał, iż z uwagi na powyższe, zamawiający działając w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wezwał w dniu 16 czerwca 2021 roku PROCARBON do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej w Postępowaniu. W dniu 21 czerwca 2021 roku PROCARBON złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, że zaoferowana przez niego w Postępowaniu cena nie jest rażąco niska. W dniu 18 sierpnia 2021 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty PROCARBON jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Dalej odwołujący wskazał, że pozostałe elementy stanu faktycznego istotne dla niniejszej sprawy zostaną przedstawione w uzasadnieniu zarzutów niniejszego odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący zaznaczył, że zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, w przypadku, w którym cena całkowita oferty jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania o co najmniej 30%, zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zaznaczył, że przeprowadzenie takiej procedury jest konieczne w każdym

przypadku, o ile u zamawiającego powstaną wątpliwości w zakresie realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 224 ustawy Pzp:

- 1) zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp),
- 2) wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp),
- 3) zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszego postępowania odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie zaistniała wskazana w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp przesłanka do obligatoryjnego wezwania PROCARBON do wyjaśnienia ceny. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny ma zaś zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia bowiem domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska. Odwołujący stwierdził, iż powyższe potwierdza orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych ukształtowane na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień i zacytował tytułem przykładu wyciąg z wyroku KIO z 9 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 142/18 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12. Reasumując przywołane orzecznictwo odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia domniemania istnienia rażąco niskiej ceny oferty, które powstaje w momencie wystosowania wezwania przez Zamawiającego. W powiązaniu z powyższym kluczowy jest przepis art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, który jasno i wyraźnie stanowi bowiem, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Zgodnie zaś z art. 224 ust. 6 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. Odwołujący stwierdził, iż w zaistniałym sprawie faktycznym zamawiający w istocie zwrócił się do PROCARBON o udzielenie wyjaśnień, w tym poparcie ich dowodami, jednak PROCARBON nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W szczególności, odwołujący podkreślił, że PROCARBON nie przedłożył wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów na potwierdzenie rzetelności zawartych w nich twierdzeń. Dalej odwołujący wskazał, że wyjaśnienia PROCARBON mają charakter lakoniczny i w żaden sposób nie są ukierunkowane na przedstawienie sposobu kalkulacji przez tego wykonawcę, a przede wszystkim PROCARBON zaniechał poparcia złożonych przez siebie wyjaśnień jakimikolwiek dowodami. Rozkładając je na czynniki pierwsze, przyjmując systematykę zaproponowaną przez PROCARBON, odwołujący

podzielił je na następujące części:

- 1) po pierwsze, twierdzenia PROCARBON o wystąpieniu szczególnych okoliczności mających być dostępnych jedynie PROCARBON, a związanych z realizacją podobnych prac dla Zamawiającego („doświadczenie”, „sprzęt dający przewagę konkurencyjną”, „przeszkolony zespół ludzi”).

W ocenie Odwołującego okoliczność ta nie mogła stanowić dowodu tego, że cena zaoferowana przez PROCARBON nie jest rażąco niska. Przede wszystkim bowiem twierdzenia PROCARBON w tym zakresie pozostają ogólne, lakoniczne i gołosłowne.

Ponadto, odwołujący wskazał, że cechy te są właściwe także dla innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu, w tym dla odwołującego - on również jest w stanie zmobilizować odpowiednio doświadczone zasoby ludzkie oraz sprzęt w rejonie wykonania zamówienia.

- 2) po drugie, twierdzenia PROCARBON o korzystności zaoferowanej ceny w porównaniu z budżetem Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego okoliczność ta nie mogła stanowić dowodu tego, że cena zaoferowana przez PROCARBON nie jest rażąco niska. Wręcz przeciwnie, to właśnie znacząca różnica pomiędzy ceną ofertową PROCARBON, a kwota, która może przeznaczyć Zamawiający na realizację zamówienia (42,68%) stworzyła domniemanie istnienia ceny rażąco niskiej, którego PROCARBON w żaden sposób nie obalił.

- 3) po trzecie, kosztorys ofertowy zaktualizowany przez PROCARBON po aukcji elektronicznej.

W ocenie Odwołującego okoliczność ta nie mogła stanowić dowodu tego, że cena zaoferowana przez PROCARBON nie jest rażąco niska. Z przedłożonego kosztorysu ofertowego mogło wynikać jedynie to, jak PROCARBON wycenia dane prace, ale w żaden sposób nie wynika to, czy wskazana wycena jest rynkowa i czy pozwala na wykonanie zamówienia. PROCARBON nie podjął bowiem nawet próby poparcia swoich obliczeń jakimikolwiek dowodami, np. ofertami od podwykonawców czy dostawców, wyliczeniami kosztów pracy personelu, wykazem dostępnego sprzętu i kosztów jego użytkowania, itp., co niewątpliwie było niezbędne zwłaszcza wobec obniżenia pierwotnej ceny ofertowej o blisko 50%.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją opisaną w powołanym przepisie art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że w świetle treści ww. przepisów oraz przywołanego powyżej orzecznictwa nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień ceny. Złożenie profesjonalnych i popartych dowodami wyjaśnień jest zaś obowiązkiem wykonawcy jako podmiotu profesjonalnego. W przypadku gdy wykonawca nie wykaże, a więc nie udowodni, że zaoferowana cena pozwala na realizację zamówienia, to złożone wyjaśnienia należy

uznać za niewystarczające, a w konsekwencji ofertę należy odrzucić. Dalej odwołujący podkreślił, że powyższe nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wskazuje się, że wykonawca zobowiązany jest przedłożyć nie tylko własne twierdzenia i wyliczenia co do zaoferowanej ceny, ale także poprzeć je stosownymi dowodami (Wyrok KIO z 25 lutego 2021 roku, sygn. akt KIO 292/21, wyrok z 8 stycznia 2018 roku, sygn. akt KIO 2703/17). Odwołujący wskazał również, że obowiązek przedstawienia dowodów przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień ceny nie budzi żadnych wątpliwości także w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przywołując wyrok z 6 lipca 2021 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 1680/21. Podsumowując, odwołujący stwierdził, że PROCARBON nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego w Postępowaniu cena nie jest rażąco niska. Jednocześnie, odwołujący zauważył, że zamawiający nie jest uprawniony do skierowania do PROCARBON dodatkowego wezwania w tym zakresie (zob. wyrok KIO z 20 czerwca 2018 roku, sygn. akt KIO 1108/18). Wobec czego odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez PROCARBON w postępowaniu winna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Zamawiający, przed otwarciem rozprawy, złożył odpowiedź na odwołanie w której przedstawił własną argumentację oraz wniósł o:

1. oddalenie odwołania
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w uzasadnieniu odpowiedzi,
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według przedstawionej na rozprawie faktury VAT oraz rachunków.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia oraz złożonych ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego,

iż odwołujący nie ma „interesu we wniesieniu odwołania” ze względu na fakt, iż cena jego oferty również podlega badaniu w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny, a w związku z brakiem takiego badania nie można obecnie stwierdzić, iż wykonawca posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. W ocenie Izby wykonawca, który złożył ofertę z ceną, która może być przedmiotem badania w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ustawy Pzp, jest wykonawcą uprawnionym na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do korzystania ze środków ochrony prawnej. Na obecnym etapie postępowania wobec oferty odwołującego zamawiający nie podjął żadnych czynności, które mogłyby pozbawić go przymiotu wykonawcy w tym postępowaniu, a teza zamawiającego opiera się na niczym nie popartych przypuszczeniach, które nie mogą stanowić podstawy do pozbawienia wykonawcy legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Izba ustaliła, że:

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn.zm.) pn. „Roboty górnicze związane z drążeniem Przecznicy V na poziomie 850 m w JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice Ruch Szczygłowice”, znak sprawy: 4/P/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 067-173809 w dn. 7.04.2021 r.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 2 listopada 2020 r. ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 31 488 668,19 zł netto. Zamawiający w ramach przeprowadzonego zapytania ofertowego, przed ustaleniem wartości szacunkowej zamówienia, pozyskał odpowiedzi ofertowe firm:

Grupa Carbon Sp. z o.o. z siedzibą w Łęcznej – 38 880 375 zł netto/ 47 822 861,25 zł brutto;
Gliwicki Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach – 37 440 658, 93 zł netto/ 46 052 010,48 zł brutto;

TECHGÓR Sp. z o.o. z siedzibą w Suszcu – 39 238 000 zł netto / 48 262 740 zł brutto;

PBSz S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach – 35 863 138 zł netto / 44 111 695,74 zł brutto.

Wartość szacunkową ustalono na podstawie stawek roboczodniówek ustalonych w wykazie stanowisk zgodnie z Uchwałą nr 216IX/2019 Zarządu JSW S.A. z d. 26.03 2019 r. sprawie stawek roboczodniówek do oszacowania wartości szacunkowej zamówienia i ich stosowania przy postępowaniach przetargowych oraz w oparciu o zapytania ofertowe w zakresie dzierżawy maszyn i urządzeń, na kwotę 31 488 668,19 zł netto.

W celu aktualizacji wartości szacunkowej zamawiający pozyskał w dniu 8 stycznia 2021 r. potwierdzenie otrzymanych ofert cenowych firm:

Grupa Carbon Sp. z o.o. z siedzibą w Łęcznej

Gliwicki Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach

TECHGÓR Sp. z o.o. z siedzibą w Suszcu

Uchwałą Zarządu nr 19/X/2021 z dn. 9.01.2021 r. Zarząd wyraził zgodę na wszczęcie postępowania oraz ustalił, iż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 38 731 061,87 zł brutto.

Zgodnie z pkt 16 SWZ w celu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający, po wstępnym badaniu i ocenie ofert, przeprowadzi jednoetapową, zniżkową aukcję elektroniczną, jeżeli „złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. W tym punkcie SWZ zamawiający uregulował zasady przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Zamawiający wskazał również, że bezpośrednio po zakończeniu aukcji zamawiający na swej stronie internetowej o adresie www.jsw.pl poda nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego oferta w wyniku aukcji została oceniona jako najkorzystniejsza. Ponadto Zamawiający zadeklarował, że po zamknięciu aukcji elektronicznej dokona oceny ofert w oparciu o kryterium oceny ofert wskazane w punkcie 15. SWZ, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej. Zamawiający wymagał od wykonawców, aby po zakończeniu aukcji elektronicznej wykonawca, który złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza zobowiązany jest do dokonania aktualizacji (obniżenia) jednostkowych cen netto i cen netto wszystkich pozycji Kosztorysu. Wykonawca dokonuje obniżenia cen każdej pozycji Kosztorysu proporcjonalnie do obniżenia ceny netto za całe zamówienie, dokonanego w wyniku aukcji elektronicznej. Kosztorys w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel stanowi załącznik nr 3 do Formularza ofertowego i dostępny jest na stronie internetowej zamawiającego o adresie www.jsw.pl. Wykonawca przesyła pocztą elektroniczną na skrzynkę mailową o adresie przetargi@zwp.jsw.pl arkusz kalkulacyjny MS Excel, zawierający obniżone ceny.

W postępowaniu ofertowym w terminie składania ofert oferty złożyło 12 wykonawców.

Wszyscy wykonawcy zostali zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

W dn. 10 czerwca 2021 r. zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną.

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej ceny brutto ofert kształtowały się następująco:

Lp.	Cena brutto	Nazwa wykonawcy
1.	22 201 500,00 zł	PROCARBON Sp. z o.o. Sp. k., ul. Żołnierska 72, 41-936 Bytom

2.	22 238 400,00 zł	REMA-GAD Sp. z o.o., ul. Bolesława Chrobrego 26 lok. 1, 41-902 Bytom
3.	22 275 300,00 zł	Gliwickie PRG Spółka z o.o. Sp. k, ul. Chorzowska 44b, 44-100 Gliwice
4.	26 543 400,00 zł	Konsorcjum firm: Bytomski Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o. (pełnomocnik), ul. Młodego Górnika 2b, 41-808 Zabrze; BEPRIŃZ STREFA Sp. z o.o. (uczestnik), ul. Młodego Górnika 2b, 41-808 Zabrze; BEPRIŃZ STREFA BIS Sp. z o.o. Sp. k. (uczestnik), ul. Młodego Górnika 2d, 41-808 Zabrze
5.	28 991 100,00 zł	"EKSPLO-TECH" Sp. z o.o. (pełnomocnik), ul. Św. Jana 13, 43-267 Suszec; "EKSPLO-TECH" Spółka z o.o. Sp. k. (uczestnik), ul. Św. Jana 13, 43-267 Suszec; "TECHGÓR" Sp. z o.o. (uczestnik), ul. Św. Jana 13, 43-267 Suszec; WPBK TUNNELLING Spółka z o.o. Sp. k. (uczestnik), ul. Pużaka nr 13 lok. 45, 42-200 Częstochowa
6.	30 208 800,00 zł	Konsorcjum firm: Gliwicki Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o. (pełnomocnik), ul. Jasna 31B, 44-122 Gliwice; HALDEX S.A. (lider), Plac Grunwaldzki 8-10, 40-951 Katowice
7.	30 430 200,00 zł	Górnice Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o., ul. Reymonta 40, 44-200 Rybnik
8.	31 598 700,00 zł	Konsorcjum firm: Universal Energy Sp. z o.o. (pełnomocnik), ul. Oświęcimska 54, 41-400 Mysłowice; VACAT Sp. z o.o. (uczestnik), ul. Zebrzydowska 117, 44-217 Rybnik; Universal Energy Sp. z o.o. Spółka k. (uczestnik), ul. Oświęcimska 54, 41-400 Mysłowice
9.	33 173 100,00 zł	Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A., ul. Hutnicza 5-9, 42-600 Tarnowskie Góry
10.	36 740 100,00 zł	Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo EKO-BUD Sp. z o.o. (pełnomocnik), ul. Węglowa 5, 44-245 Żory; EKO-BUD M. Sp. k. (uczestnik), ul. Węglowa 5, 44-425 Żory
11.	38 092 116,00 zł	Perfekt Sp. z o.o., ul. Romualda Traugutta 295, 44-280 Rydułtowy
12.	49 883 105,10 zł	Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód S.A. (pełnomocnik), ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin; Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o. (uczestnik), ul. Wrońska 2, 20-237 Lublin; GRUPA CARBON Sp. z o.o. (uczestnik), ul. Stefanii Pawlak 30, 21-010 Łęczna; Przedsiębiorstwo Robót Górniczych CARBON Sp. z o.o. (uczestnik), ul. Stefanii Pawlak 30, 21-010 Łęczna

W postępowaniu oferty złożyły m.in. podmioty biorące udział w zapytaniu ofertowym poprzedzającym niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia – wartość ofert złożonych przez te podmioty (za wyjątkiem oferty podmiotu w skład którego wchodził wykonawca Grupa Carbon Sp. z o.o. z siedzibą w Łęcznej) była niższa niż ceny oferowane w zapytaniu ofertowym.

W wyniku przeprowadzonej aukcji ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca PROCARBON – cena brutto jego oferty wynosi 22 201 500 zł.

W dniu 16 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę PROCARBON do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Wykonawca PROCARBON w dn. 21 czerwca 2021 r. złożył wnioskowane wyjaśnienia.

W dniu 19 sierpnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy PROCARBON.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty podniesione w odwołaniu podlegały oddaleniu.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp tj. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;
2. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp tj. 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;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
5. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba mając na uwadze powyższe ustalenia i zakres zarzutów podnoszonych przez odwołującego uznała, że zamawiający dokonujący czynności badania i oceny ofert nie naruszył przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PROCARBON oraz art. 239 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów

wytworzenia przedmiotu zamówienia. Za rażąco niską cenę należy uznać także cenę nieadekwatną do rzeczywistego zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, znacząco odbiegającą od cen przyjętych przez innych wykonawców. Co istotne, o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia.

W niniejszym postępowaniu zamawiający, w związku z faktem, iż cena brutto zaoficerowana przez wykonawcę PROCARBON była niższa o 42,68% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień a wykonawca te wyjaśnienia złożył, powołując się na szczególnie sprzyjające mu warunki realizacji zamówienia związane z aktualną realizacją podobnych zamówień na rzecz zamawiającego oraz dysponowanie odpowiednim personelem.

Zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, o ile z okoliczności sprawy wynika, iż zawiera ona rażąco niską cenę, czynność ta nie może być czynnością automatyczną i powinna być poprzedzona stosowną analizą oferowanej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie, w ocenie Izby nie wystąpiły okoliczności uzasadniające stwierdzenie, iż cena zaoficerowana przez wykonawcę PROCARBON jest ceną rażąco niską. Powyższy wniosek wynika z następujących faktów. Wykonawcy złożyli 12 ofert w postępowaniu. W warunkach dużej konkurencji, w wyniku przeprowadzonej aukcji, pierwotne ceny ofert uległy znacznemu obniżeniu – np. cena PROCARBON z ceny brutto 43 558 605 zł na cenę brutto 22 201 500 zł (obniżka o ponad 21 mln zł), analogicznie cena odwołującego, która z pierwotnej ceny brutto 48 892 684,50 zł, obniżona została do ceny brutto 26 543 400,00 zł (obniżka o ponad 22 mln). Proporcje cenowe zostały przez Wykonawców utrzymane, a nawet odwołujący obniżył wartość swojej oferty o kwotę wyższą niż PROCARBON. Dostrzeżenia wymaga, iż trzy ze złożonych ofert oscylowały na poziomie nieznacznie przewyższającym 22 200 000 zł brutto i były cenowo bardzo do siebie zbliżone, a kolejne 5 ofert oscyluje na poziomie od ok. 26 mln do ok. 31 mln zł. Jednocześnie wskazać należy, iż cena oferty wykonawcy PROCARBON nie kwalifikowałaby się do obligatoryjnego badania w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji gdyby zamawiający brał pod uwagę średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert (nawet uwzględniając, iż jedna z nich była wyższa od pozostałych o ponad 10 mln zł). Ponadto, zauważyć należy, iż również wykonawcy, którzy brali udział w zapytaniu ofertowym mającym na celu rozeznanie rynku w celu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, ostatecznie (za wyjątkiem konsorcjum, w którego skład wchodził wykonawca GRUPA CARBON Sp. z o.o.) złożyli oferty znacząco niższe od tych złożonych na etapie rozpoznania cenowego. Powyższe w ocenie Izby wskazuje na poziom rzeczywistej ceny rynkowej zamówienia, która jest znacznie niższa od ustalonej wartości szacunkowej. Izba podziela stanowisko

Zamawiającego, iż na poziom cen oferowanych w niniejszym postępowaniu może mieć wpływ, dynamicznie zmieniająca się sytuacja na rynku robót podobnych do przedmiotu zamówienia tj. ograniczenie działalności przez Polską Grupę Górniczą S.A. oraz likwidacja wydobywania przez czeskiego zamawiającego - koncern OKD, prowadzącego działalność w pobliżu granicy z Polską. Sytuacja ta jak obrazuje poziom cen oferowanych w niniejszym postępowaniu, wpływa na rezygnację przez wykonawców z dotychczasowego poziomu marż. Jak podnosił Zamawiający i na dowód czego przedstawił protokoły z przeprowadzonych w latach ubiegłych postępowań na analogiczne roboty, dotychczas zainteresowanie wykonawców prowadzonymi postępowaniami było znikome (na cztery przeprowadzone postępowania w trzech złożono po jednej ofercie, a w jednym wpłynęły dwie oferty), tak więc zmiany na rynku wpływają również na liczbę składanych ofert i zwiększenie konkurencji.

Izba zauważa również, iż chociaż dowodzenie w postępowaniu odwoławczym, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub na zamawiającym gdy wykonawca składający ofertę takim uczestnikiem nie jest, to odwołujący twierdzący, że oferta przeciwnika obarczona jest błędem w postaci rażąco niskiej ceny nie jest zwolniony z przedstawienia i udowodnienia twierdzeń zawartych w odwołaniu, a odnoszących się do nieprawidłowości ceny innej oferty. Odwołujący nie wykazał, że cena oferty jest rażąco niska, tak niska, że skutkuje to brakiem możliwości wykonania zamówienia. Podkreślić należy, iż w zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty, należy rozróżnić potrzebę uwiarygodnienia podnoszonego zarzutu od ciężaru dowodowego wykazania, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Nie jest wystarczające wskazanie ogólnikowe w odwołaniu tylko zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, ale niezbędne jest wykazanie poprzez opis stanu faktycznego i dokonane wyliczenia, że podniesiony zarzut jest uprawdopodobniony. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 listopada 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 423/18, który pozostaje aktualny w obecnym stanie prawnym, „na ofercie spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwrócony w ramach oceny zaoferowanej ceny ciężar dowodu nie zwalnia strony kwestionującej realność ceny konkurenta i jego wyjaśnienia ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów. Skarżący zaproponował ogólne twierdzenia, natomiast powinien przedstawić materiał dowodowy, z którego będzie wynikać, że oferta zawierała rażąco niską cenę, a zamawiający błędnie ją ocenił. Nie można zapominać, że istotą (...) jest brak realności i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za podaną kwotę, a nie wykazywanie, iż skoro oferta skarżącego zawiera się w podanej kwocie, to każda niższa oferta stanowi ofertę z ceną rażąco niską.”

W niniejszej sprawie Odwołujący nie podjął próby wykazania zasadności postawionego zarzutu. Odwołujący zaniechał w złożonym odwołaniu jakiegokolwiek polemiki odnośnie realności ceny zaoferowanej przez PROCARBON, w sytuacji gdy mógł odnieść się np. do wycen poszczególnych pozycji ujętych w złożonym po aukcji elektronicznej kosztorysie. Odwołujący, oparł zarzuty wyłącznie na aspektach formalnych tj. brakach w wyjaśnieniach wykonawcy PROCARBON. W ocenie Izby brak merytorycznej polemiki jest symptomatyczny w sytuacji, gdy odwołujący jako profesjonalista, sam ubiegający się o dane zamówienie, dysponujący szczegółową wiedzą w danej dziedzinie, znajomością postanowień SWZ, jak i informacjami o cenie zaoferowanej przez jego konkurenta, nie jest w stanie zaprezentować argumentacji wskazującej jak należało skalkulować cenę oferty, z uwzględnieniem jakich elementów kształtujących cenę i w jakiej wysokości, aby było za nią możliwe zrealizowanie zamówienia i w jakich elementach oferta PROCARBON została zaniżona w takim stopniu, iż zaoferowana cena uniemożliwia prawidłową realizację zamówienia.

Dostrzeżenia również wymagało, że odwołujący pomimo wskazania w odwołaniu, iż on również jest w stanie zmobilizować odpowiednio doświadczone zasoby ludzkie oraz sprzęt w rejonie wykonania zamówienia – nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów. Odwołujący nie wykazał również, iż okoliczności podnoszone przez zamawiającego tj. zmieniająca się sytuacja na rynku nie ma znaczenia dla poziomu cen oferowanych za przedmiot zamówienia.

Wobec powyższego oraz wobec zmiany sytuacji na rynku, którą Zamawiający, niewątpliwie oceniając wyjaśnienia i ofertę PROCARBON, powinien wziąć pod uwagę jako obiektywny czynnik mający wpływ na wycenę ofert, brak było podstaw do uznania iż cena oferty PROCARBON jest ceną rażąco niską, w szczególności, w sytuacji gdy wykonawca ten dysponuje warunkami szczególnie korzystnymi tj. realizuje na tej kopalni na tym poziomie podobne zamówienie dla zamawiającego.

Parafrazując przytoczone orzeczenie Sądu, nie można zapominać, że istotą jest brak realności zaoferowanej ceny i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za podaną kwotę, a nie wykazywanie, braków formalnych złożonych przez PROCARBON wyjaśnień. Wobec powyższego odrzucenie oferty PROCARBON, w świetle ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oraz aktualnej sytuacji rynkowej, w ocenie Izby byłoby nadmiernym formalizmem.

W konkretnych okolicznościach sprawy Izba, wobec wyników postępowania dowodowego, stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenia art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego nie potwierdził się również zarzut wynikowy dot. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....