

Sygn. akt: KIO 3012/21  
KIO 3019/21

**WYROK**  
**z dnia 9 listopada 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie:** **Jolanta Markowska**

**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant:** **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 11 października 2021 r. przez Odwołującego – **M. C.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe FOXMED M. C., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny (sygn. akt KIO 3012/21);
- B) w dniu 11 października 2021 r. przez Odwołującego – **M. C.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe FOXMED M. C., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny (sygn. akt KIO 3019/21);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna**, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale

Wykonawcy **Developer i Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Młodego Górnika 2d, 41-808 Zabrze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3012/21, KIO 3019/21 po stronie Zamawiającego

Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NOMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Modrzewiowa 1, 42-800 Poręba, **Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Metalowców 3, 41-600 Świętochłowice zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3012/21 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **L. W.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. L. W., ul. Owocowa 1, 44-240 Żory zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3012/21 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **Tree Capital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Łubna 50 C, 05-532 Baniocha zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3012/21 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Metalowców 3c, 41-600 Świętochłowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3019/21 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 A.**

**1.1 Oddala odwołanie w zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu, tj.**

- naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Tree Capital Sp. z o.o. (część IV) i oferty Complex (część V), jako zawierających rażąco niską cenę,
- naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru ofert wykonawców Tree Capital Sp. z o.o. oraz Complex jako najkorzystniejszych na część IV i V zamówienia.

**1.2** Zarzuty naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Tree Capital Sp. z o.o. i wykonawcy Developer i Recykling Sp. z o.o., **jako spóźnione nie podlegały rozpoznaniu, a odwołanie w tej części uznaje za spóźnione.** (sygn. akt KIO 3012/21).

**B.**

**1.1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów:**

- naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ulman D. M. jako zawierającej rażąco niską cenę,
- naruszenia art. art. 289 ust. 1 i art. 227 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie zakwalifikowania do udziału w negocjacjach oraz zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy Ulman D. M.

**i nakazuje Zamawiającemu** unieważnić czynność zakwalifikowania oferty wykonawcy Ulman D. M. do udziału w aukcji elektronicznej i nakazuje ofertę tego wykonawcy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

**1.2 Oddala odwołanie** w zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman D. M..

**1.3** Zarzuty naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Developer i Recykling Sp. z o.o. oraz wykonawcy Dominex Sp. z o.o., art. 111 pkt 5) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez

zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex, **jako spóźnione nie podlegały rozpoznaniu, a odwołanie w tej części uznaje za spóźnione.** (sygn. akt KIO 3019/21).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odpowiednio Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3012/21 w całości, a w sprawie sygn. akt KIO 3019/21 odpowiednio Odwołującego i Przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, którzy wnieśli sprzeciwy wobec uwzględnienia w całości przez Zamawiającego zarzutów odwołania i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołań (sygn. akt KIO 3012/21, KIO 3019/21), a także kwotę 3.425 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące czterysta dwadzieścia pięć złotych zero groszy) tytułem łącznej kwoty wynagrodzenia pełnomocników przystępujących po stronie Zamawiającego do odwołania sygn. akt KIO 3012/21, zgłaszających sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, tj.: Developer i Recykling Sp. z o.o. (1.200 zł 00 gr), Konsorcjum Nomet Sp. z o.o./Dominex Sp. z o.o. (1.200 zł 00 gr.), Tree Capital Sp. z o.o. (1.025 zł 00 gr).

2.2 Zasądza od Odwołującego na rzecz:

2.2.1 Przystępującego wykonawcy Tree Capital Sp. z o.o. kwotę 1.025 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dwadzieścia pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu 1/3 wysokości wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie sygn. akt KIO 3012/21;

2.2.2 Przystępującego wykonawcy Developer i Recykling Sp. z o.o. kwotę 1.200 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu 1/3 wysokości wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie sygn. akt KIO 3012/21;

2.2.3 Przystępującego wykonawcy Konsorcjum Nomet Sp. z o.o./Dominex Sp. z o.o. kwotę 1.200 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu 1/3 wysokości wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie sygn. akt KIO 3012/21.

2.3 Zasądza od Przystępujących do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3019/21 wnoszących sprzeciwy, tj. Developer i Recykling Sp. z o.o. oraz Dominex Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego łącznie kwotę 5.000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu 1/2 wysokości wniesionego wpisu od odwołania, tj.

2.3.1 od Przystępującego Developer i Recykling Sp. z o.o. kwotę 2.500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy);

2.3.2 od Przystępującego Dominex Sp. z o.o. kwotę 2.500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy).

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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.**

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### Uzasadnienie

W postępowaniach prowadzonych w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 Pzp z zastosowaniem aukcji elektronicznej przez Zamawiającego – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu na: 1) *Likwidację 23 obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Piekary I”, część IV, V* (nr postępowania: ZP-PI-0003/21), 2) *Rozbiórka obiektów dojściowych od szybu I do szybu III wraz ze stacją przesypową C w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze* (nr postępowania: ZP-M-0001/21), ogłoszonych w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 kwietnia 2021 r., nr 2021/BZP 00030656/01, 23 sierpnia 2021 r., nr 2021/BZP 00156519/01, wobec zaniechania wykluczenia z postępowań wykonawców, zaniechania odrzucenia ofert i dokonania wyboru ofert najkorzystniejszych, wniesione zostały 11 października 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawcy M. C. prowadząca działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMED M. C. (sygn. akt KIO 3012/21, KIO 3019/21) zwana dalej Odwołującym.

#### **Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 3012/21 zarzucił Zamawiającemu:**

naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie dotyczącym postępowania na część IV i V zamówienia i polegające na:

1. naruszeniu art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Tree Capital w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-BD-0006/20 (*Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary”*) wykonawca Tree Capital zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Tree Capital, jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie części IV, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

3. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Tree Capital jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części IV zamówienia, podczas gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny, zaś wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania;
4. art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Complex jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie części V, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
5. art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Developer i Recykling w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-BD-0006/20 (*Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary”*) wykonawca Developer i Recykling zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;
6. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Complex jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części V zamówienia, podczas gdy oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części IV i V, dokonania wykluczenia z postępowania wykonawców/odrzucenia ofert Tree Capital i Complex, a także wykluczenia z postępowania wykonawcy Developer i Recykling w zakresie części V i powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej na część IV i V zamówienia.

#### Uzasadnienie.

W zakresie podstawy zarzutów zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców Tree Capital oraz Developer i Recykling Odwołujący wskazał na wynik przetargu, jaki Zamawiający rozstrzygnął 28.09.2020 r. i 29.10.2020 r. na część I, II i IV (nr postępowania ZP-BD-0006/20). Na część III postępowanie to zostało rozstrzygnięte później, co było związane z wykonaniem orzeczenia KIO z 12.11.2020 r. sygn. akt KIO 2322/20,

nakazującego m.in. unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 29.06.2020 r.

Analiza porównawcza wyników aukcji elektronicznych (unieważnionej z 30.09.2020 r. i powtórzonej 25.11.2020 r.) wskazuje na brak jakichkolwiek racjonalnych argumentów uzasadniających niemal 4-krotne zwiększenie ceny przez Developer i Recykling, co miałyby mieć wytłumaczenie na gruncie czynów nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego wykonawcy weszli w porozumienie faktycznie wyłączając konkurencję między sobą, o czym świadczyć ma ich zachowanie na końcowym etapie aukcji. Brak jest racjonalnego uzasadnienia dla zachowania wykonawcy Dominex Sp. z o.o., który jako ostatni złożył postąpienie w aukcji plasując się na drugiej pozycji (z ceną wyższą o zaledwie 10 zł od wykonawcy Developer i Recykling). Gdyby faktycznie konkurował w toku aukcji przebiłby cenę najniższą ze złożonych. Na podstawie wyników pierwszej aukcji można wnioskować, że Dominex Sp. z o.o. był w stanie wykonać zamówienie za 807.000,00 zł brutto, tymczasem w powtórzonej aukcji złożył ofertę za cenę 2.180.010,00 zł brutto. Taka samo zachował się wykonawca Tree Capital, który w pierwszej aukcji był gotów wykonać zamówienie za cenę 468.220,58 zł brutto, zaś w powtórzonej aukcji nie potrafił zejść poniżej poziomu 2.184.720,58 zł brutto.

Według Odwołującego nie ma innego wytłumaczenia dla tej sytuacji, niż to że wykonawcy ci zawarli porozumienie i zaniechali konkurowania między sobą.

Z dotychczas prowadzonych postępowań przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. wykonawcy uczestniczący w tych postępowaniach mieli wiedzę, iż niepisaną regułą było, że Zamawiający ten akceptował sytuacje, gdzie cena wybranych ofert nie przekraczała budżetu o więcej niż 20% powyżej kwoty, jaką Zamawiający przeznaczał na sfinansowanie zamówienia. W postępowaniu Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie całego zamówienia kwotę 2.341.900,00 zł, co powiększone o 20% dawało sumę 2.810.280,00 zł brutto. Po odliczeniu kwot, jakie musiał przeznaczyć na część I, II i IV (604.849,99 zł brutto), na sfinansowanie zamówienia objętego częścią III pozostała kwota 2.205.430,01 zł brutto. W przypadku zwiększenia budżetu o 19% (zamiast 20%) do kwoty 2.786.861,00 zł. i odjęcia wydatków na część I, II i IV zamówienia, maksymalna cena oferty, jaką Zamawiający mógłby przyjąć wynosić mogła 2.182.011,01 zł brutto.

Tym samym cena oferty Developer i Recykling – 2.180.000,00 zł brutto skalkulowana została na poziomie maksymalnego budżetu Zamawiającego. Wykonawcy będący w zмовie celowo ustalili ceny swoich ofert na poziomie nie przekraczającym kwoty 2.182.011,01 zł brutto, aby mieć pewność, że zamówienie zostanie udzielone jednemu z nich.

Podobny schemat zachowania wykonawcy Developer i Recykling miał miejsce w postępowaniu nr ZP-CZOK-0001/21. Po zawarciu umowy wykonawca ten zdecydował się powierzyć wykonanie części robót Tree Capital albo innej spółce należącej do Grupy Tree, o czym świadczy obecność maszyn należących do Tree Capital na placu budowy.

Powyższe wskazywać ma na czyn nieuczciwej konkurencji, do jakiego dopuść mieli się wykonawcy Tree Capital Sp. z o.o. oraz Developer i Recykling Sp. z o.o. w postępowaniu ZP-BD-0006/20, polegający na zawarciu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie (zmowa przetargowa o charakterze horyzontalnym).

W zakresie zarzutu nr 2 i 4 - rażąco niskiej ceny w ofertach Tree Capital oraz Complex,

Odwołujący wskazał na okoliczność dwukrotnego składania wyjaśnień przez wykonawcę Tree Capital, to jest po otwarciu ofert (wyjaśnienia z 13.05.2021 r.) oraz po aukcji elektronicznej (wyjaśnienia z 28.07.2021 r.). O ile pierwsze wyjaśnienia pozwalają przyjąć, iż cena 516.588,51 zł brutto została udowodniona, to wyjaśnienia dotyczące ceny 390.000,00 zł są gołosłowne i pozbawione dowodów. Wykonawca nie odniósł się w nich do wszystkich pytań (pkt 3, 6, 8 z wezwania Zamawiającego z 26.07.2021 r.). Obniżenie po aukcji ceny do poziomu 18.000,00 zł netto (nasadzenia) oraz 10.000,00 zł (gwarancja na drzewa) było w ocenie Odwołującego gołosłowne, a oferta podwykonawcy Forstpol straciła ważność 12.06.2021 r. Wykonawca nie przedstawił dowodu pozwalającego uznać za wiarygodny obniżony koszt wykonania trawników parkowych, użycia szalunków. Ponadto wykonawca nie uwzględnił kosztów pracy spawaczy, zakupu gazów technicznych, dojazdu pracowników na budowę, likwidacji przyłączy, rozładunku, załadunku kontenerów, transportu złomu, użycia mediów, opłat dla MPEC (uwzględnił opłaty tylko dla Węglókoks). Odwołujący wskazał na rozbieżność w podanych terminach realizacji zamówienia (60 dni i 42,5 dnia).

Na część 4, zadanie nr 3 wykonawca po aukcji zaoferował cenę 85.800,00 zł brutto, a wyjaśnienia i kalkulacje kosztów pozwalają uznać, iż koszty wykonania zadania przewyższają kwotę zaoferowaną w wyniku aukcji. Odwołujący przedstawił te koszty w zestawieniu z wielkościami opisanymi w dokumentacji postępowania. Z uwagi na ogólnikowy charakter kalkulacji nie można ustalić w jakim terminie będą wykonywane poszczególne zadania, stąd nie można stwierdzić jakie będą ostateczne koszty pracy sprzętu, ludzi i nadzorów, itp.



W odniesieniu do kalkulacji kosztów wykonania zamówienia w zakresie części V przedstawione przez wykonawcę Complex Odwołujący wskazał na brak przedstawienia kosztów wykonania wygradzenia terenu / zabezpieczenia terenu dla każdego zadania osobno (przewidziano 5 osobnych zadań). Jedna zbiorcza pozycja na kwotę 1 500 zł nie zawiera odniesienia do zadania, którego miałyby dotyczyć. Według obliczeń Odwołującego, opartych na wyjaśnieniach wykonawcy, suma kosztów wykonania zadania nr 5 przewyższa cenę przedstawioną w kalkulacji z dnia 28.07.2021 r.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy: Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, konsorcjum w składzie: Nomet Sp. z o.o., Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, PHU „Complex” L. W. z Żor, Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Baniochach.

#### **Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 3019/21 zarzucił Zamawiającemu:**

naruszenia przepisów ustawy Pzp polegające na:

1. naruszeniu art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Developer i Recykling w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-BD-0006/20 (*Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary”*) wykonawca Developer i Recykling zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;
2. art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-BD-0006/20 (*Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary”*) wykonawca Dominex zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji; w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 (*Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary” Część I, Część II*) wykonawca Dominex zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;
3. art. 111 pkt 5) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex, który wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku

zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, do czego doszło przy przedstawianiu przez Dominex Sp. z o. o. informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu nr ZP-BD-0024/20, poprzez złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w postępowaniu oraz posłużenie się zasobami Trakt Sp. z o. o. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, którego przedmiotem była Likwidacja szybika wentylacyjnego „Ryża” oraz pochylni wentylacyjnej „Ryża” na odcinku od przecinki do szybika wentylacyjnego do powierzchni wraz z wyposażeniem oraz likwidacja obiektów budowlanych (nr postępowania: ZP-BD-0024/20), podczas gdy robota budowlana pod nazwą Zasyp rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan (umowa z dnia 26 kwietnia 2017 r. numer SRK/KWKC/26/17) nie dotyczyła likwidacji szybu wraz z wyposażeniem oraz nie spełniała minimalnej wartości określonej w SIWZ, co zostało potwierdzone w zawiadomieniu z dnia 25 lutego 2021 r. o wykluczeniu z postępowania numer ZP-M-0007/20 konsorcjum w składzie: Dominex Sp. z o.o. (lider), Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. (uczestnik) i Trakt Sp. z o.o. (uczestnik);

4. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman, który w ramach wyjaśnień dotyczących ceny oferty w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym mogło doprowadzić do błędnej oceny złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji do niesłusznego zakwalifikowania wykonawcy Ulman do negocjacji oraz zaproszenia go do udziału w aukcji elektronicznej;
5. art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ulman jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąc niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
6. art. 289 ust. 1 i art. 227 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie zakwalifikowania do udziału w negocjacjach oraz zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej AUK-P/2021/0626 wykonawców: Dominex, Developer i Recykling, Ulman, podczas gdy podlegają oni wykluczeniu z postępowania, a ich oferty odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności zakwalifikowania do negocjacji oraz zaproszenia do udziału w

aukcji elektronicznej i dokonania wykluczenia z postępowania wykonawców Dominex, Developer i Recykling, Ulman, odrzucenia oferty Ulman i powtórzenia czynności oceny i kwalifikacji do udziału w aukcji elektronicznej.

#### Uzasadnienie.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców Developer i Recykling oraz Dominex Odwołujący odniósł się do sytuacji, jaka miała wskazywać na zawarcie niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami w postępowaniu nr ZP-BD-0006/20, co miałyby wynikać z przebiegu powtórzonej aukcji elektronicznej na część III zamówienia i wysokości cen, jakie ostatecznie się ukształtowały (4krotnie wyższe niż przy pierwszej aukcji – unieważnionej). Jedynym uzasadnieniem może być w ocenie Odwołującego fakt zawarcia porozumienia wyłączającego konkurencję pomiędzy trzema wykonawcami (Tree Capital, Developer, Dominex) – uzasadnienie w zakresie tego zarzutu zostało tak samo przedstawione w odwołaniu o sygn. akt KIO 3012/21.

W odniesieniu do wykonawcy Dominex Odwołujący zidentyfikował jako naruszające zasady konkurencji zachowanie tego wykonawcy również w innym postępowaniu nr ZP-BD-0012, w którym dopuść miał się zмовы przetargowej z wykonawcą S. N. (Nomet S. N.). Wykonawcy ci polegali na zasobach tego samego podmiotu – FHU Kantoro S. K., w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Składając wyjaśnienia w zakresie elementów ceny wykonawca Dominex wskazał na zawarte porozumienia z wykonawcą S. N. w zakresie powierzenie do wykonania części prac za ustaloną cenę (usługa transportowa, utylizacja tłuczni). Wezwany do wyjaśnień drugi z wykonawców, taki wyjaśnień nie złożył, co doprowadziło do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp. Ostatecznie, pomimo odwołania Dominex, zamówienie zrealizował wykonawca PHU Complex L. W. za cenę zbliżoną do tej jaką zaoferował wykonawca S. N., a który chociaż wygrał aukcję nie złożył wyjaśnień na wezwanie zamawiającego w zakresie ceny. Jedynym uzasadnieniem tej sytuacji miałyby być zawarcie porozumienia, które miało na celu doprowadzenie do wyboru oferty Dominex droższej o ponad 200 000 zł od oferty S. N.. Obu wykonawców łączy bliskie więzi rodzinne, polegają na zasobach tego samego podmiotu, prowadzą tożsamą działalność gospodarczą, mają ten sam adres korespondencyjny, a w toku postępowania doszło do podjęcia czynności wpływających bezpośrednio na ranking ofert. Ponadto, do grudnia 2018 r. S. N. był prokurentem spółki Dominex Sp. z o.o., a pomimo jej wygaśnięcia nadal reprezentował podmiot (współkonsorcjanta) w przetargu nr ZP-BD-0009-19.

W zakresie zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Dominex Sp. z o.o. Odwołujący wskazał na posługiwanie się doświadczeniem podmiotu trzeciego – Trakt Sp. z

o.o., które faktycznie nie dotyczyło likwidacji szybu wraz z wyposażeniem oraz nie spełnia minimalnej wartości określonej w siwz, co zostało potwierdzone w zawiadomieniu z 25.02.2021 r. o wykluczeniu z postępowania nr ZP-M-0007/20 konsorcjum w składzie: Dominex Sp. z o.o. (lider), Recykling Logo Group Sp. z o.o. sp.k. (Uczestnik), Trakt Sp. z o.o. (Uczestnik). W zawiadomieniu o wykluczeniu zamawiający wskazał, iż na podstawie posiadanej dokumentacji nie mógł stwierdzić, czy wykonawca Trakt Sp. z o.o. jako uczestnik konsorcjum faktycznie realizował zakres zadania dotyczący likwidacji szybu Jan, a tym samym nie mógł stwierdzić, czy wykazana robota spełnia warunek udziału w zakresie likwidacji szybu wraz z wyposażeniem. Przedstawiona w ramach wyjaśnień faktura za zasyp rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją wieży szybu Jan zgodnie z porozumieniem wykonawczym z 28.04.2017 r. na kwotę 553.500,00 zł brutto była poniżej wartości minimalnej określonej w warunku (tj. 800 000,00 zł brutto).

W postępowaniu ZP-BD-0024/20 warunek udziału w postępowaniu dotyczył doświadczenia w realizacji robót budowlanych polegających na wykonaniu kompleksowej likwidacji szybu wraz z wyposażeniem obejmującej zasyp szybu, budowę tam izolacyjnych lub oporowych, wykonaniu robót rozbiórkowych obiektów budowlanych lub przemysłowych o konstrukcji stalowej, żelbetowej lub mieszanej o łącznej wartości min. 1 000 000,00 zł brutto. Ponowna próba powołania się na zasoby Trakt Sp. z o.o. zakończyła się zawiadomieniem z 20.08.2021 r. o wykluczeniu z postępowania i zakwestionowaniem możliwości uznania doświadczenia Trakt Sp. z o.o. w zakresie kompleksowej likwidacji szybu (zamawiający ustalił, że spółka nie brała czynnego udziału w tym zakresie i była odpowiedzialna jedynie za dostawę materiału zasypowego).

Powołanie się na fikcyjne zasoby Trakt Sp. z o.o. w postępowaniu nr ZP-BD-0024/20 nastąpiło w warunkach, które przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp kwalifikują jako wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzenie zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Złożone w postępowaniu oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu ZP-BD-0024/20 było nieprawdziwe. Wykonawca miał świadomość tego, iż Trakt Sp. z o.o. nie dysponuje doświadczeniem, o czym wiedze powziął wcześniej na etapie postępowania ZP-M-0007/20 u tego samego zamawiającego (co najmniej od 25.02.2021 r.).

Zamawiający w obecnym postępowaniu przewidział przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy, w przypadku wprowadzenia zamawiającego w błąd, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 następuje na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zdarzeniem tym było złożenie nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału

w postępowaniu nr ZP-BD-0024/20 wraz z wykazem robót, referencjami i zobowiązaniem podmiotu trzeciego.

Odwołujący wskazał, iż niemal w tych samych okolicznościach zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania ZP-BD-0024/20 oraz ze wszystkich pozostałych postępowań. Zaniechanie wykluczenia Dominex w tej sytuacji wskazuje na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do oferty Ulman Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie wadliwej oceny wyjaśnień w zakresie ceny z uwagi na brak udzielenia odpowiedzi na wszystkie pytania, brak dowodów na okoliczność kosztów utylizacji odpadów (papa, szkło), posłużenie się nieprawdziwą ofertą najmu dźwigu 400t, zaniżenie kosztów usługi przekruszenia gruzu, brak uwzględnienia kosztów (ochrony, związanych z likwidacją przyłączy, zabezpieczeniem dachu budynku pod pomostem, transportu sprzętu, pracą podnośnika oraz jego transportem, odbioru przekruszu i jego transportem). Wykonawca ten poza brakiem wykazania rzetelności ceny wprowadził Zamawiającego w błąd, co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa i na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 podlega wykluczeniu z postępowania.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy: Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach.

Zamawiający w piśmie z 2.11.2021 r. uznał w całości zarzuty podniesione przez Odwołującego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

W sprawie sygn. akt KIO 3019/21 sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania wnieśli wykonawcy Dominex Sp. z o.o., Developer i Recykling Sp. z o.o. przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W sprawie sygn. akt KIO 3012/21 sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Konsorcjum: Nomet Sp. z o.o. i Dominex Sp. z o.o., Developer i Recykling Sp. z o.o., Tree Capital Sp. z o.o. - przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy Izba uznała**, iż odwołanie o sygn. akt KIO 3012/21 w zakresie zarzutów związanych z oceną zachowań wykonawców Tree Capital Sp. z o.o. i Developer i Recykling Sp. z o.o., jako mających wyczerpywać znamiona zmywy przetargowej były zarzutami spóźnionymi i w tym zakresie odwołanie nie mogło być skierowane do rozpoznania. Ponieważ Ustawa Pzp nie przewiduje częściowego odrzucenia

odwołania Izba nie rozpoznała tych zarzutów, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, jako rozstrzygnięcie uznające zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 108 ust. 1 pkt 5) Ustawy Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Tree Capital Sp. z o.o. i wykonawcy Developer i Recykling Sp. z o.o., za spóźnione. Uzasadnieniem dla tego rozstrzygnięcia są okoliczności wskazane w podstawie faktycznej zarzutów, które wprost były powiązane z koniecznością oceny dokumentacji innych postępowań, w których wykonawcy ci brali udział. Co istotne, w żadnym z tych postępowań nie został podniesiony zarzut wobec udziału tych podmiotów w przetargu w związku z okolicznościami, które miałyby uzasadniać ich wykluczenie na okres 3 lat, w związku z brzmieniem przepisu art. 111 pkt 4 Ustawy Pzp. Przyjęcie tych zarzutów, jako skutecznie wniesionych licząc od terminu wskazanego w odwołaniu, tj. zawiadomienia z 4.10.2021 r. o wyborze ofert najkorzystniejszych w obecnym postępowaniu, prowadziłoby faktycznie do przywrócenia terminu na podważanie prawidłowości czynności zamawiającego w innym przetargu, gdyż dla wyniku sprawy decydującym byłaby dokumentacja i decyzje jakie były podstawą ustalenia wyniku przetargu, bez możliwości wzruszenia tego wyniku. W ocenie składu orzekającego ustawodawca wprowadzając ograniczenia temporalne dla kwestionowania czynności i zaniechań zamawiających miał na celu wyznaczenie ram czasowych dla poddania kontroli instancyjnej decyzji zamawiających w ramach procedury odwoławczej przed Krajową Izbą Odwoławczą. Naruszenie wskazanych w art. 515 Ustawy Pzp prowadzić winno do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Ustawy Pzp, co w niniejszej sprawie z uwagi na objęcie zarzutami także czynności badania ceny ofert wybranych w postępowaniu nie było możliwe. W związku z tym w sentencji orzeczenia w zakresie zarzutów spóźnionych Izba wskazała na brak ich merytorycznego rozpoznania.

Na marginesie można zauważyć, iż Odwołujący podjął się wysiłku skontrolowania kilku postępowań ogłoszonych w 2020 roku w celu ustalenia *modus operandi* podmiotów, które miałyby w sposób niedozwolony naruszać zasady uczciwej konkurencji, po tym jak w wyroku z 24.06.2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1010/21 wobec niego stwierdzono zachowanie wyczerpujące znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Taka motywacja, chociaż uzasadniona z punktu widzenia interesu samego Odwołującego, wskazuje jednoznacznie na wypaczenie celu, jakim służyć ma odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można pomijać faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec czynności i zaniechań danego zamawiającego w konkretnym postępowaniu przetargowym, a nie w celu poddania kontroli prawidłowości decyzji w innym, nawet toczącym się równoległe postępowaniu przetargowym. Samo wskazanie na skutek czasowy zdarzenia, jakim jest zmowa przetargowa – wyrażający się tym, iż wykonawca podlega wykluczeniu z postępowań na okres 3 lat od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy

Pzp, nie oznacza, iż wykonawcy mogą kwestionować udział tych podmiotów w kolejnych przetargach wyłącznie z powołaniem się na zdarzenia mające wyczerpywać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, które nie zostały stwierdzone w przetargach, w których miało do nich dojść. Taki stan powodowałby brak pewności obrotu gospodarczego, a w przetargach publicznych mógłby całkowicie zaburzyć funkcjonowanie danych podmiotów na rynku. Innymi słowy, aby móc skutecznie zablokować udział innych podmiotów w przetargach (a taka intencja zasadniczo wynika z działania Odwołującego) należy podejmować kroki prawne w czasie pozwalającym ocenić zachowania podmiotów w powiązaniu z zaniechaniami zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na gruncie przepisów Ustawy Pzp jest to możliwe wyłącznie w danym postępowaniu przetargowym.

Te same motywy przemawiały za uznaniem części zarzutów w odwołaniu o sygn. akt KIO 3019/21 za spóźnione. Za takie Izba uznała zarzuty związane z oceną zachowań wykonawców Developer i Recykling Sp. z o.o. oraz Dominex Sp. z o.o., jako mających wyczerpywać znamiona zмовы przetargowej, a także zarzut naruszenia art. 111 pkt 5) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex Sp. z o.o., który miał wprowadzić Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, do czego doszło przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu nr ZP-BD-0024/20. W zakresie tego zarzutu wszystkie okoliczności faktyczne, na jakich opiera zarzut Odwołujący były powiązane z oświadczeniami wykonawcy Dominex Sp. z o.o. o spełnianiu warunków udziału w innym postępowaniu przetargowym, niż to w którym odwołanie jest wniesione. Wprowadzanie w błąd nie było zatem wynikiem oświadczeń składanych w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co wskazuje, że zarzuty odwołania mogły być podniesione w terminie wyznaczonym decyzją zamawiającego podjętą w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

**W świetle powyższego obie sprawy skierowane zostały do rozpoznania na rozprawie w zakresie zarzutów:**

**Sygn. akt KIO 3012/21:**

- naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Tree Capital, jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie części IV, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Tree Capital jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części IV zamówienia;

- naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Complex jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie części V, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę;

- naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Complex jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części V zamówienia

**Sygn. akt KIO 3019/21:**

- naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman, który w ramach wyjaśnień dotyczących ceny oferty w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd;

- naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ulman jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę;

- naruszenia art. 289 ust. 1 i art. 227 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie zakwalifikowania do udziału w negocjacjach oraz zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej AUK-P/2021/0626 wykonawcy Ulman.

Ponadto, przed skierowaniem odwołań do rozpoznania Izba ustaliła, że przed otwarciem posiedzenia wpłynęło do akt spraw połączonych przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego od Pol Invest Group Sp. z o.o. zawierające pismo tego wykonawcy z 4.11.2021 r. skierowane do Zamawiającego, w którym informuje on, że nie został powiadomiony o złożeniu odwołań o sygn. akt KIO 3106/21, KIO 3019/21 oraz KIO 3012/21. Jednocześnie w piśmie wykonawca wskazał, iż jest stroną postępowania przetargowego o numerze referencyjnym ZP-M-0001/21.

Na podstawie akt przesłanych przez zamawiającego Izba ustaliła, że Pol Invest Group Sp. z o.o. złożył ofertę w postępowaniu o sygn. ZP-K-0008/21, którego dotyczy odwołanie o sygnaturze 3106/21. Oferta wykonawcy została w dniu 5 października 2021 r. odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny, a wykonawca nie wniósł odwołania na swoje odrzucenie. Tym samym w dacie złożenia odwołania o sygn. 3106/21, tj. 18 października 2021 r., nie miał statusu wykonawcy. Tym samym zawiadomienie o wniesieniu odwołania, jakie przekazał Zamawiający w dniu 19.10.2021 r. zostało skierowane z pominięciem tego podmiotu. W sprawie postępowania o nr referencyjnym ZP-M-0001/21 w aktach sprawy odwoławczej znajduje się potwierdzenie przekazania przez Zamawiającego zawiadomienia o wniesieniu



odwołania o sygn. 3019/21 w dniu 12.10.2021 r. i w adresatach znajduje się Pol Invest Group Sp. z o.o. Tym samym wykonawca mógł zgłosić skutecznie przystąpienie z zachowaniem terminu, tj. do 15.10.2021 r. w tej sprawie odwoławczej. Przystąpienie zgłoszone 5.11.2021 r. nie mogło wywierać skutku prawnego. Tym samym Izba nie uwzględnia wniosku zawartego w piśmie tego wykonawcy o odroczenie terminu posiedzenia w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania.

### **Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołania dotyczą czynności kończących ocenę ofert, której konsekwencją jest wskazanie ofert najkorzystniejszych, Odwołujący ma interes w tym, aby poddać kontroli decyzje związane z oceną ofert w kryterium cena, co na moment wniesienia odwołań ustalało wynik postępowania dla niego niekorzystny. W szczególności w interesie Odwołującego jest sprawdzenie prawidłowości kalkulacji cen.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania obu odwołań.

### **Izba ustaliła i zważyła.**

W przetargu na *Likwidację 23 obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Piekary I* (nr postępowania: ZP-PI-0003/21), oferty na część IV (rozbiórka zbiornika wody podsadzkowej w części zachodniej zakładu górniczego) złożyło 16 wykonawców, a na część V (rozbiórka obiektów budowlanych w części centralnej zakładu górniczego) – 15 wykonawców.

Poniżej zestawienie cen i ofert na część IV i V.

	Część IV - cena	Część V - cena
Oferta nr 1	98.277.000,00	99.630.000,00

Oferta nr 2	626.039,48	644.971,79
Oferta nr 3	682.650,00	601.347,00
Oferta nr 4	774.900,00	897.900,00
Oferta nr 5	374.350,50	632.392,20
Oferta nr 6	759.033,00	879.450,00
Oferta nr 7	695.442,00	722.625,00
Oferta nr 8	1.737.990,00	868.380,00
Oferta nr 9	944.640,00	1.082.400,00
Oferta nr 10	516.588,51	1.293.577,94
Oferta nr 11	125.275.500,00	48.111.450,00
Oferta nr 12	1.096.335,90	1.057.369,50
Oferta nr 13	797.020,47	662.904,95
Oferta nr 14	1.688.790,00	1.499.370,00
Oferta nr 16	223.860,00	
Oferta nr 17	475.521,66	240.083,45

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia łącznie kwotę 3 577 070,00 zł brutto, w tym na części IV - 594 200,00 zł brutto, a na część V – 232 500,00 zł brutto. Kwoty te Zamawiający odczytał na otwarciu ofert w dniu 30.04.2021 r.

Zamawiający wzywał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanych ceny (w różnych częściach).

21.06.2021 r. Zamawiający zaprosił do aukcji na część IV – 5 wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone (oferty najwyżej ocenione w kryterium „cena”), tj. SPEC-BUD A. Ś. (oferta nr 16), Recycling Logo Group Sp. z o.o. sp.k. (oferta nr 5), Tree Capital Sp. z o.o. (oferta nr 10), PHU FOXMED M. C. (oferta nr 2), PHU W. C. (oferta nr 3). Zgodnie z pkt 21 swz do negocjacji zaproszonym mogło być maksymalnie pięciu wykonawców.

Na część V zaproszonych zostało również pięciu wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione w kryterium „Cena”, tj.: PHU W. C. (oferta nr 3), Recycling Logo Group Sp. z o.o. sp.k. (oferta nr 5), PHU FOXMED M. C. (oferta nr 2), Developer i Recykling Sp. z o.o. (oferta nr 13), PHU Complex L. W. (oferta nr 7).

Na skutek wniesionego w dniu 28.06.2021 r. odwołania Zamawiający unieważnił zaproszenie przed terminem wyznaczonych aukcji elektronicznych.

07.07.2021 r. odbyła się aukcja na część IV (zadanie nr 4), w wyniku której zaoferowane zostały ceny: 223.860,00 zł (oferta nr 16), 374.350,00 zł. (oferta nr 3), 374.350,50 zł (oferta nr 5), 390.000,00 zł (oferta nr 10), 509.088,50 zł (oferta nr 2).

07.07.2021 r. odbyła się aukcja na część V (zadanie nr 5), w trakcie której ustalone zostały ceny ostateczne: 387.800,00 zł (oferta nr 7), 390.000,00 zł (oferta nr 5), 399.4000,00 zł (oferta nr 2), 430.500,00 zł (oferta nr 13), 576.000,00 zł (oferta nr 3).

Zamawiający wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W wezwaniu z 26.07.2021 r. skierowanym do Tree Capital Sp. z o.o. Zamawiający wystąpił o wyjaśnienie ceny w zakresie części IV – 390.000,00 zł brutto, przy wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT wynoszącej 880.173,82 zł brutto – która jest niższa o 55,69%. Wezwanie wskazywało na konieczność złożenia dowodów potwierdzających koszty zatrudnienia, sprzętu, materiału oraz utylizacji odpadów. Dodatkowo Zamawiający oczekiwał wyjaśnień dotyczących kwestii poruszonych w pytaniach od 1 do 9, w części związanych z przygotowaniem do realizacji zamówienia i jego organizacji. Wykonawca miał również złożyć szczegółową kalkulację dotyczącą poszczególnych pozycji przedmiaru w formie kosztorysu. Identyczną treść wezwania Zamawiający skierował do pozostałych wykonawców, których oferty odbiegały ceną o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia.

W wezwaniu z 26.07.2021 r. skierowanym do P.H.U. Complex L. W. Zamawiający wystąpił o wyjaśnienie ceny w zakresie części V – 387.800,00 zł brutto, przy wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT wynoszącej 1.080.786,56 zł brutto – która jest niższa o 64,12%. 23.08.2021 r.

Wykonawcy złożyli wyjaśnienia wraz z dowodami.

Wykonawca Complex L. W. został wezwany do złożenia dodatkowych wyjaśnień. W uzupełnieniu pierwszych wyjaśnień z 28.07.2021 r. wykonawca przedstawił kalkulację w rozbiciu na Robociznę, Materiał, Sprzęt.

W dniu 4.10.2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszych, tj. na część IV – oferty Tree Capital Sp. z o.o. z ceną 389.972,61 zł brutto, a na część V – oferty PHU Complex L. W. z ceną 387.761,19 zł brutto. Cena oferty wybranej na część V przekraczała kwotę środków, jaką Zamawiający przeznaczał na sfinansowanie zamówienia.

W przetargu na *Rozbiórka obiektów dojściowych od szybu I do szybu III wraz ze stacją przesypową C w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze* (nr postępowania: ZP-M-

0001/21) oferty złożyło 9 wykonawców z cenami brutto: 762.922,32 zł (oferta nr 1), 250.000,00 zł (oferta nr 2), 1.230.000,00 zł (oferta nr 3), 851.633,44 zł (oferta nr 4), 1.191.203,93 zł (oferta nr 5), 3.438.178,98 zł (oferta nr 6), 922.164,85 zł (oferta nr 7), 762.600,00 zł (oferta nr 8), 1.082.400,00 zł (oferta nr 9). Średnia arytmetyczna złożonych ofert wyniosła 1.165.678,17 zł.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia łącznie kwotę 2.160.000,00 zł brutto – informacja z 9.09.2021 r. Wartość szacunkowa zamówienia ustalona została na kwotę powiększona o podatek VAT w wysokości 2.383.636,66 zł.

W dniu 21.09.2021 r. Zamawiający skierował do ośmiu wykonawców wezwania do wyjaśnienia kalkulacji ceny, ewentualnie uzupełnienia brakujących informacji. Wezwanie skierowane zostało m.in. do wykonawcy ULMAN D. M., który zaoferował cenę 250.000,00 zł, niższą o 67,99% od wartości zamówienia oraz o 89,51% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. W wezwaniu wskazano na brak w szczegółowej kalkulacji kosztów (załącznik nr 7 do formularza ofertowego) wymaganych informacji dotyczących: rdn poszczególnych pracowników, utylizacji odpadów, kosztów dźwigu. Zamawiający żądał złożenia dowodów potwierdzających koszty zatrudnienia, sprzętu, materiału oraz utylizacji odpadów. Dodatkowo Zamawiający oczekiwało wyjaśnień dotyczących kwestii poruszonych w pytaniach od 1 do 9, w części związanych z przygotowaniem do realizacji zamówienia i jego organizacji. Wykonawca miał również złożyć szczegółową kalkulację dotyczącą poszczególnych pozycji przedmiaru w formie kosztorysu.

Ulman złożył wyjaśnienia w piśmie z 24.09.2021 r. wraz z dowodami.

W dniu 5.10.2021 r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu dwóch ofert oraz o zamiarze przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

### **Sygn. akt KIO 3012/21.**

Izba oddaliła odwołanie, gdyż zarzuty wywiedzione przez Odwołującego zasadniczo miały oparcie wyłącznie w założeniach własnych wykonawcy prezentowanych w oderwaniu od treści wyjaśnień i dowodów złożonych Zamawiającemu w postępowaniu przez obu wybranych na część IV i V wykonawców.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Tree Capital Sp. z o.o. (część IV) i Complex (część V) w całości oparty został na analizie wyjaśnień, jakie wykonawcy składali w zakresie ceny zaoferowanej po aukcji elektronicznej. Wezwania do ich złożenia były uzasadnione porównaniem cen z wartością szacunkową zamówienia, która w zakresie

każdej z tych części przekraczała kwoty środków, podane przy otwarciu ofert i przeznaczone na sfinansowanie zamówienia w danej części. Mogło mieć to istotne znaczenie dla wyników aukcji, przy której wykonawcy mogli sugerować się kwotą środków, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która okazała się być niższą od wartości szacunkowej zamówienia wskazanej w wezwaniu do wyjaśnienia wysokości ceny ofertowej.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego mających uzasadniać tezę, iż wyjaśnienia wskazują na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, w odniesieniu do oferty Tree Capital Sp. z o.o., należy w pierwszej kolejności odnieść się do twierdzenia o ogólnikowości i gołosłowności wyjaśnień. Takiemu twierdzeniu przeczą przede wszystkim dowody, co w przypadku kalkulacji opartej na indywidualnych założeniach, co do sposobu organizacji pracy pozwala zweryfikować sposób kalkulacji kosztów. Odwołujący podważał dowody w postaci umów z podwykonawcą, co w ocenie Izby nie miało żadnego oparcia w dowodach przeciwnych, których Odwołujący w ogóle nie zgłosił w celu wykazania rynkowej wartości prac związanych z nasadzeniami, gwarancją na drzewa, czy też wykonania trawników parkowych. Należy również zauważyć, iż rodzaj tych prac pozwala uznać je za wtórne wobec podstawowej części usługi związanej z demontażem obiektów. Oczekiwanie co do stopnia szczegółowości informacji prezentowanych w wyjaśnieniach nie mogą być oderwane od zakresu wezwania i wątpliwości, jakie zostały w nich zasygnalizowane przez Zamawiającego. Brakujące informacje wskazane w odwołaniu nie były podstawą wezwania do wyjaśnienia kalkulacji kosztów. Tym samym nie można wywodzić negatywnych skutków braku przedłożenia części dowodów, które nie były konieczne z punktu widzenia wyjaśnień, jakich oczekiwał Zamawiający.

Odwołujący jedynie fragmentarycznie odniósł się do wyjaśnień i dowodów, jakie przedłożył wykonawca Tree Capital Sp. z o.o., wskazując na pewne elementy których brak miał czynić wyjaśnienia niedostatecznymi. Izba uznała, iż w oparciu o to założenie nie można podważyć wyjaśnień, które były spójne, poparte dowodami i prezentowały założenia, które mogły odbiegać od sposobu kalkulacji pewnych kosztów z racji różnej organizacji pracy (np. dostępnego sprzętu, udziału bądź braku udziału podwykonawców, sposobem zabezpieczenia prac). Słuszne były uwagi Przystępującego Tree Capital Sp. z o.o., iż sposób wykonania obowiązków nie był przez Zamawiającego w taki stopniu sprecyzowany, aby móc wskazać, że brak części kosztów prowadził do pominięcia pewnych elementów prac. Poza wytknięciem rzekomych braków, Odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów, które, np. pozwoliłyby na zakwestionowanie możliwości rezygnacji z szalunków na rzecz wykonania mechanicznej rozbiórki rurociągów w wykopie szerokoprzestrzennym, co

pozwalalo ograniczyć koszty użycia szalunków pierwotnie założone we wstępnej kalkulacji ceny ofertowej.

Również argument o wygaśnięciu oferty na wykonanie nasadzeń, gwarancji na drzewa, czy też wykonania trawników nie przesądzał o braku podstaw do przyjęcia do kalkulacji ceny ofertowej kosztów mających odzwierciedlenie w cenie tych ofert. Ocena wyjaśnień musi uwzględniać możliwość zmiany uwarunkowań, do jakich może dojść na skutek różnych zdarzeń, co nie powinno przesądzać w sposób automatyczny o braku rzetelności kalkulacji ceny ofertowej. Jeżeli Odwołujący nie jest w stanie wykazać ponad wszelką wątpliwość braku uwzględnienia rzeczywistych kosztów koniecznych do wykonania prac, Izba nie ma podstaw do zakwestionowania kalkulacji ceny.

W ocenie Izby argumentem mającym uzasadniać zarzut rażąco niskiej ceny nie mógł być również ten dotyczący możliwości ograniczenia przez Zamawiającego zakresu rzeczowego prac objętych częścią IV zamówienia. Okoliczność ta nie ma żadnego wpływu na ustalenie zakresu rzeczowego, jaki podlegał wycenie w ofertach. Odwołujący sformułował na tej podstawie wnioski, iż przy pozostawieniu do wykonania samej rozbiórki zbiornika wody podsadzkowej za podaną cenę, wykonawca nie będzie w stanie zrealizować świadczenia. Okoliczność ta nie została poparta żadnym dowodem poza wskazaniem na obniżenie poziomu ceny z 113.649,47 zł przed aukcją do 85.000,00 zł brutto po aukcji. Różnica w cenach oferowanych przy założeniu prowadzenia aukcji wskazuje, iż wykonawcy w wycenie wstępnej oferują wyższą cenę, tak aby mieć możliwość składania postąpień w aukcji. Okoliczność ta nie może zatem przesądzać o braku rzetelności ceny zaoferowanej w aukcji.

W ocenie Izby żaden z argumentów podniesionych tak wobec oferty Tree Capital Sp. z o.o., jak i oferty Complex nie prowadził do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. W odniesieniu do wykonawcy Complex należy zauważyć, iż wycena prac dokonana została na podstawie przedmiarów i była wyceną wyższą o ponad 50% od środków, jakie Zamawiający zabezpieczył na sfinansowanie zamówienia w tej części (V). Można postawić pytanie dlaczego u Zamawiającego występują tak duże rozbieżności pomiędzy środkami, jakie przeznacza na sfinansowanie zamówienia, a sposobem szacowania wartości zamówienia. Ponieważ Zamawiający nie stawiał się na rozprawie okoliczności tej nie udało się wyjaśnić. Pozostawia ona jednak wrażenie, iż wezwania których podstawą było wyłącznie porównanie z wartością szacunkową zamówienia odbiegały od rzeczywistych kosztów, co również prezentuje zestawienie cen po aukcji elektronicznej. Na część V aż trzy oferty były bardzo zbliżone i oscylowały wokół kwoty 390 tys. zł., przy wartości zamówienia przekraczającej 1 mln. zł. i kwocie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia w wysokości ok. 230 tys. zł.

Odwołujący wytknął błąd w kalkulacji kosztów, do którego faktycznie prowadziło przeliczenie kosztów bezpośrednich po aukcji, wyliczonych w oparciu o procent o jaki zmniejszyła się cena oferty wykonawcy. Różnica do jakiej prowadzić miało ręczne zsumowanie wartości kolumny trzeciej z podaną przez wykonawcę kwotą, w ocenie Izby również nie decydowała o braku możliwości oceny wyjaśnień i dowodów, jako przekonujących o rzetelności założeń przyjętych do kalkulacji ceny oferty. Pewne nieścisłości, stanowiące faktycznie wynik przeliczenia kosztów o procent, o jaki zmniejszyła się cena oferty, mogą być chociażby wynikiem przyjętego poziomu zysku. Nie można w sposób bezpośredni wywieść na tej podstawie, jakie koszty zostały zaniżone do poziomu mającego generować stratę.

W świetle powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

### **Sygn. akt KIO 3019/21.**

Izba uwzględniła odwołanie w części dotyczącej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Ulman D. M. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Ustawy, co prowadziło w konsekwencji do podważenia wyniku kwalifikacji wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Chociaż wykonawca ten złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, to sposób w jaki odnosił się do kosztów w zasadzie nie pozwalał ocenić na jakiej podstawie wykonawca dokonał pewnych założeń. Suche kalkulacje bez słowa komentarza w zasadzie sprowadzały się do działań matematycznych, a nie przedstawienia okoliczności, które miałyby pozwolić na tak niską wycenę ceny ofertowej. Należy zauważyć, w tym miejscu, iż cena oferty tego wykonawcy wynosi 250.000,00 zł przy kwocie środków przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2.160.000,00 zł brutto (informacja z 9.09.2021 r.) oraz zbliżonej do niej wartość szacunkowa zamówienia powiększonej o podatek VAT w wysokości 2.383.636,66 zł. Cena oferty tego wykonawcy odbiegała jako jedyna w tak dużym stopniu od szacunków Zamawiającego, jak i średniej arytmetycznej cen ofert nie podlegających odrzuceniu (1.165.678,17 zł. brutto).

Wprawdzie w wyjaśnieniach wykonawca odniósł się do poruszonych w odwołaniu kosztów pracy dźwigu wskazując, iż posiada urządzenie o udźwigu 50t i zamierza z niego korzystać, a tylko na wypadek, gdyby Zamawiający nie dopuścił tego urządzenia – wskazał na ofertę uzyskaną z rynku, to również w tym zakresie można mieć wątpliwości co do rzetelności kalkulacji. Odwołujący wykazał w sposób przekonujący, iż koszty wynajmu dźwigu klasy 400t są zdecydowanie większe, niż przedstawił to wykonawca w kwocie 100 zł za godzinę pracy. Z przedstawione przez Odwołującego korespondencji mailowej jaką prowadził z podmiotem,

na którego ofercie Ulman D. M. opierał kalkulacje, wynikają koszty rzędu 1.000 zł/godzina plus koszty mobilizacji na poziomie 20.000 zł.

Wykonawca Ulman D. M. nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3019/21, a tym samym jedynym materiałem dla oceny jego oferty były wyjaśnienia złożone przed Zamawiającym, które budziły uzasadnione wątpliwości, co potwierdzało zarzut brak właściwej oceny wyjaśnień.

Izba jednocześnie oddaliła zarzut rzekomego wprowadzania Zamawiającego w błąd oparty na założeniu, iż wykonawca Ulman M. M. miał posługiwać się nieprawdziwą ofertą najmu dźwigu 400t., jak również złożyć nieprawdziwą ofertę na zakup przekruszu. Okoliczność ta nie została wykazana, co nie zmienia oceny samej kalkulacji jako niewystarczającej dla rozwiania podejrzenia zaoferowania rażąco niską ceną. Skoro podmiot trzeci zdecydował się zaoferować ceny odbiegające znacząco od cen rynkowych, to wykonawca mógł taką ofertą się posłużyć. Korespondencja, jaką przedstawił Odwołujący nie odnosiła się do zasad na jakich podmiot ten współpracuje z innym podmiotem działającym na rynku i nie podważa autentyczności dokumentów, jakie uzyskał wykonawca od podmiotów trzecich.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 3 i 4 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez Odwołującego wysokości 20.000,00 zł. oraz wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego i Przystępujących do obu postępowań odwoławczych, którzy wnieśli sprzeciwy wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego.

W sprawie o sygn. akt KIO 3012/21 koszty w całości poniósł Odwołujący, tj. koszty wpisu oraz koszty wynagrodzeń pełnomocników Przystępujących ograniczone do wysokości 1/3 rachunków przedstawionych przed zamknięciem rozprawy. Izba ograniczyła wysokość wynagrodzenia pełnomocników uznając, iż były one uzasadnione ograniczonym zakresem rozpoznania odwołania do wysokości 1/3 (z trzech głównych zarzutów, tj. z umowy przetargowej wskazanej wobec wykonawców, oraz zarzutu rażąco niskiej ceny, rozpoznaniu podlegał tylko zarzut rażąco niskiej ceny dwóch ofert). Ponieważ odwołanie w zasadniczej części zarzutów związanych ze umową przetargową nie podlegało rozpoznaniu, Izba analogicznie jak przewidują to przepisy rozporządzenia w §8 ust. 1 dla przypadku odrzucenia odwołania, uznała, iż koszty przystępujących wnoszących sprzeciw nie mogą być uwzględnione.



W sprawie o sygn. akt KIO 3019/21, gdzie odwołanie w części zostało uwzględnione Izba zniósła koszty pełnomocników Odwołującego i Przystępujących, zasądzając od Przystępujących na rzecz Odwołującego zwrot kosztów wpisu w wysokości po 1/2, tj. łącznie w wysokości 5.000 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....