

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **30 lipca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **28 czerwca 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Energokon-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**

w postępowaniu pn. *Likwidacja 23 obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Piekary I”, w tym: Część 1. Obiekty budowlane w rejonie zlikwidowanego szybu „Julian I”, Część 2. Budynek warsztatu budowlanego, Część 3. Budynek magazynu olejów i smarów, Część 4. Zbiorniki wody podsadzkowej w części zachodniej zakładu górniczego, Część 5. Obiekty budowlane w części centralnej zakładu górniczego, Część 6. Obiekty budowlane w części południowej zakładu górniczego, Część 7. Tor kolejowy* (nr postępowania ZP-PI-0003/21)

prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale wykonawców:

- A. Developer i Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze**
- B. Dominex sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, NOMET Sz. N., Czerwionka-Leszczyny wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia**
- C. Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. Sz., Bełk**
- D. Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej**

– zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie w odniesieniu do zarzutów i żądań odnoszących się do ofert złożonych przez wykonawców: 1) Spec-Bud A. Ś. w Turzy Śląskiej, 2) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 3) Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. Sz. w Bełku, 4)**

Developer i Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze.

- 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża Energokon-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Energokon-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2) zasądza od Energokonu-Plusa sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu solidarnie na rzecz Dominexu sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach i NOMETU Sz. N. w Czerwionce-Leszczynie kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów Przystępującego w postaci wynagrodzenie pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Likwidacja 23 obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Piekary I”, w tym: Część 1. Obiekty budowlane w rejonie zlikwidowanego szybu „Julian I”, Część 2. Budynek warsztatu budowlanego, Część 3. Budynek magazynu olejów i smarów, Część 4 .Zbiorniki wody podszkawkowej w części zachodniej zakładu górniczego, Część 5. Obiekty budowlane w części centralnej zakładu górniczego, Część 6. Obiekty budowlane w części południowej zakładu górniczego, Część 7. Tor kolejowy* (nr postępowania ZP-PI-0003/21).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 kwietnia 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00030656/01.

Wartość przedmiotowego zamówienia jest poniżej progów unijnych.

21 czerwca 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o wykonawcach, którzy zostali zakwalifikowani do negocjacji.

28 czerwca 2021 r. Energokon-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu {dalej: „Energokon” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, a także od innych czynności i zaniechań objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 16 pkt 1, 2 i 3 – przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na niezłożeniu w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów przez: 1) Spec-Bud A. Ś. {dalej: „Spec-Bud”, 2) konsorcjum Nomet sp. z o. o., Dominex sp. z o.o. {dalej: „Konsorcjum Nomet”}, 3) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k. {dalej: „RLG”}, 4) P.U.I. „Argo” A. Sz. {dalej: „Argo”}, 5) Developer i Recycling sp. z o. o. {dalej: „DiR”}, a także na wezwaniu 8.06.2021 r. Spec-Budu do złożenia dodatkowych wyjaśnień w sytuacji, gdy poprzednie

wyjaśnienia z 12.05.2021 r. nie zawierały dowodów oraz potwierdzały istnienie rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 – przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: 1) Spec-Bud – w części I, II i III, 2) Konsorcjum Nomet – w części I i II, 3) RLG – w części I, II, i VI, 4) Argo – w części I i II, 5) DiR – w części VI – w związku z tym, że ww. wykonawcy nie wykazali, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny oraz nie złożyli zażądanych dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny tych wyjaśnień, nie biorąc pod uwagę, że obowiązek wykazania braku rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów spoczywa na wezwanemu wykonawcy.
3. Art. 289 ust. 1 w zw. z art. 287 ust. 3 pkt 1 – przez zakwalifikowanie do negocjacji ofert wykonawców: 1) Spec-Bud – w części I i II, 2) Konsorcjum Nomet – w części I, 3) RLG – w części VI, 4) Argo – w części I i II, 5) DiR – w części VI – które to oferty nie powinny zostać zakwalifikowane do tych negocjacji z powodu rażąco niskiej ceny, a także przez zaniechanie zakwalifikowania Odwołującego do negocjacji oferty w części I, II i VI.
4. Art. 224 ust. 1 i 6 – przez ponowne zwrócenie się do wykonawcy Spec-Bud A. 08.06.2021 r. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy poprzednie wyjaśnienia z 12.05.2021 r. nie zawierały dowodów oraz potwierdzały istnienie rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia zakwalifikowania do negocjacji ofert złożonych przez wykonawców: 1) Spec-Bud – w części I i II, 2) Konsorcjum Nomet – w części I, 3) RLG – w części VI, 4) Argo – w części I i II, 5) DiR – w części VI.
2. Odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: 1) Spec-Bud – w części I, II i III, 2) Konsorcjum Nomet – w części I i II, 3) RLG – w części I, II, i VI, 4) Argo – w części I i II, 5) DiR – w części VI.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum Nomet przez podanie następujących okoliczności faktycznych dla uzasadnienia wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie badania przez Zamawiającego ceny oferty złożonej przez Konsorcjum Nomet.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przedmiotowego zamówienia 3.577.070,00 zł, w tym: część I – 1.577.375,00 zł, część II – 686.978,00 zł, część III –

19.200,00 zł, część IV – 594.200,00 zł, część V – 232.500,00 zł część VI – 121.700,00 zł, część VII – 345.117,00 zł.

W piśmie z 5.05.2021 r. Zamawiający wezwał do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w następującym zakresie: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy, 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych, 3) oryginalności robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę, 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, 7) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska, 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający zaznaczył, że w wyjaśnieniach należy w szczególności przedstawić szczegółową kalkulację w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót, z rozbiciem na materiał, sprzęt, robociznę, koszty pośrednie, zysk i podatek VAT, uwzględniające wszystkie uwarunkowania zawarte w przedmiarze robót, projekcie rozbiórki, SWZ oraz podczas odbytej wizji lokalnej.

Ponadto według wezwania wykonawcy obowiązani byli podać koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Wykonawcy obowiązani byli wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia – umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) oraz z 2019 r. poz. 1564). Z zaprezentowanej w wyjaśnieniach przez wykonawców szczegółowej kalkulacji ceny oferty miało wynikać jednoznacznie i bezdyskusyjnie, że miesięczne koszty pracy przypadające na każdą z osób zatrudnionych przy wykonywaniu zamówienia nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Ponadto w kalkulacji należało uwzględnić koszt pracodawcy wynikający

z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Według Odwołującego w odpowiedzi na powyższe Konsorcjum Nomet złożyło ogólnikowe i w większości bez pokrycia wyjaśnienia, do których nie załączyło dowodów potwierdzających prawdziwość twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach.

Odwołujący sprecyzował następujące zarzuty:

1. Koszty zakupu materiałów.

Według Odwołującego zaniżenie kosztu zakupu kruszywa z transportem (poz. 2.1.) wynika z przyjęcia błędnego współczynnika przy przeliczaniu jednostek (Mg/m^3), tj. $1,7 Mg/m^3$, który jest właściwy dla innych materiałów, ale nie dla kruszywa, gdyż powszechnie przyjmuje się, że $1 m^3$ gruzu waży $2,2 Mg$.

2. Koszty transportu złomu.

Według Odwołującego zaniżono i nie udowodniono kosztów najmu pojazdu typu hakowiec.

3. Koszty pracownicze.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum nie załączyło do wyjaśnień żadnych dowodów potwierdzających prawdziwość twierdzeń dotyczących kosztów zatrudnienia personelu (przykładowo: listy płac, umowy z pracownikami i zleceńbiorcami).

W odpowiedzi na odwołanie datowanej na 27 września 2020 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni powyższe odwołanie w całości.

Spośród przystępujących po stronie Zamawiającego sprzeciw wobec powyższej czynności w odniesieniu zarzutów dotyczących jego oferty złożyło Konsorcjum Nomet {dalej również jako „Przystępujący”}, które złożyło w tym zakresie pismo opatrzone datą 29 lipca 2021 r.

Zgodnie z art. 523 ust. 1 pzp uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Z kolei według art. 523 ust. 3 pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieś sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Reasumując, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do których nie zgłoszono sprzeciwu, zostało na podstawie powyżej przywołanych przepisów umorzone – jak to orzeczono w pkt 1. sentencji.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę w zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum Nomet.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący już w zgłoszeniu przystąpienia następująco odniósł się do odnoszących się do jego oferty zarzutów odwołania.

Według Konsorcjum Nomet złożone przez nie wyjaśnienia były wystarczające, gdyż obejmowały szczegółowe określenie sposobu wyliczenia ceny, jak również załączono do nich szereg dowodów na potwierdzenie adekwatności przyjętych kwot. W szczególności sprecyzowano czynniki mające wpływ na cenę oferty, w tym na wymiar czasu pracy pracowników oraz sprzętu budowlanego, jak również załączono szczegółowe tabele ilości i cen jednostkowych, czego nie uczynili inni uczestnicy przedmiotowego postępowania.

{ad 1. zarzut zaniżenia kosztów zakupu materiału zasypowego}

Przystępujący zwrócił uwagę, że Odwołujący nie wskazuje dla jakiego „innego materiału” przelicznik miar zastosowany przez Konsorcjum Nomet jest właściwy oraz nie popiera żadnymi dowodami swych twierdzeń, że przyjmuje się przelicznik 2,2 Mg/m³.

Przystępujący wskazał, że przelicznikami właściwymi dla różnych klas betonu są współczynniki od 0,80 Mg/m³ do 2,60 Mg/m³.

Jak podnosi się w literaturze, ze względu na ciężar objętościowy beton dzieli się na:

- beton ciężki o ciężarze objętościowym większym niż 2600 kg/m³, wykonywany z zastosowaniem specjalnych kruszyw (np. barytowych, stalowych, manganowych), stosowany jako osłona biologiczna dla osłabienia promieniowania jonizującego;
- beton zwykły o gęstości od 2200 do 2600 kg/m³, wykonywany z zastosowaniem kruszyw naturalnych i łamanych (piasek + żwir lub piasek + np. kamień bazaltowy), stosowany do wykonywania elementów konstrukcyjnych betonowych i żelbetowych;
- beton zwykły o gęstości od 2000 do 2200 kg/m³, wykonywany z zastosowaniem kruszyw

porowatych (np. keramzyt), przeznaczony do wykonywania elementów o podwyższonej izolacyjności cieplnej np. ścian osłonowych, pustaków ściennych i stropowych;

- beton lekki o ciężarze objętościowym od 800 do 2000 kg/m³, wykonywany z zastosowaniem lekkich kruszyw oraz betonów komórkowych (wytwarza się je z cementu, piasku, wody i środka pianotwórczego), stosowany do wykonywania elementów ściennych i stropowych średniowymiarowych (płyty ścienne i stropowe) i drobnowymiarowych (np. bloczki ścienne, prefabrykowane nadproża).

Przystępujący zaznaczył, że powyższe rozróżnienie dotyczy oczywiście zwartej (litej) bryły betonu o wymiarach 1 m na 1 m na 1 m, a nie – jak wynika z przedmiarów robót załączonych do SWZ – kruszywa betonowego przekruszonego, dla którego ze względu na przestrzeń pomiędzy rozdrobionymi i różnokształtnymi kawałkami betonu należy przyjmować przelicznik od 1,0 Mg/m³ do 1,3 Mg/m³.

Przystępujący dodał, że dla zapewnienia rzetelności kalkulacji wręcz zawyżył współczynnik do 1,7 Mg/m².

Przystępujący podał, że wykonawcy mają obowiązek zastosować do zasypu niecek powstałych po rozbiórce fundamentów kruszywo betonowe o odpowiedniej frakcji, a nie – jak wskazuje Odwołujący – gruz, co tym bardziej czyni bezzasadnym podniesiony zarzut.

{ad 2. zarzut zaniżenia i nieudowodnienia kosztów najmu pojazdu typu hakowiec}

Przystępujący wyjaśnił, że tzw. hakowiec jest niczym innym, jak potoczną nazwą ciągnika transportującego kontenery, czyli – jak wskazuje oferta Nomet – pojazdem z kontenerami.

Przystępujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie złożonych Zamawiającemu wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

W zestawieniach ilości i cen jednostkowych dla 3. części postępowania (w zakresie której Przystępujący został wezwany do wyjaśnień) w kalkulacji zawarto informację o kosztach wywozu złomu w poz. nr 4.3. Przystępujący poinformował, iż (zgodnie z ofertą Nomet) godzina wynajmu pojazdu typu hakowiec kosztuje 120,00 zł, jednak dla bezpieczeństwa i zachowania rezerwy budżetowej przyjęto stawkę 35,00 zł za tonę. Zgodnie z przyjętą przez Przystępującego kalkulacją jeden transport z 15-tonowym ładunkiem kosztować może nawet 525,00 zł netto (15 ton x 35,00 zł netto).

Załącznikiem nr 1 do tych wyjaśnień jest oferta Nometu na usługi transportowe i odbiór odpadów z 27.04.2021 r, w której napisano, co następuje. *Wynajem pojazdów z kontenerami w kwocie do 120.00 zł netto za godzinę (Przewóz i zważenie złomu z terenu rozbiórki obiektów KWK Piekary na teren Zamawiającego, transport kruszywa na miejscu rozbiórki, inne niezbędne transporty na rzecz Dominex).*

Przystępujący stwierdził, że według jego doświadczenia zestaw z pojedynczym kontenerem o pojemności powyżej 30 m³ może przetransportować około 15 ton złomu.

Przystępujący zauważył, że w swojej kalkulacji zawyżył cenę w stosunku do uzyskanej przez Nomet ofertę, gdyż w przypadku tego zamówienia nie ma żadnych przeszkód dla wykonania co najmniej jednego przewozu złomu na godzinę.

Na marginesie Przystępujący zauważył, że dwóch pozostałych wykonawców, zaproszonych przez Zamawiającego do udziału w negocjacjach, o których Odwołujący nie wspomina w treści odwołania, tj.: P.F.I.U. Foxmet M. Cz. oraz P.H.U. W. Cz., przyjęło przewóz złomu na podstawie oferty złożonej przez Foxmet sp. z o.o. w stawce odpowiednio 100,00 zł oraz 150,00 zł za kurs przewożący 15 ton złomu. Wykonawcy ci przyjęli zatem zaledwie 6,66 zł za tonę przewozu złomu na terenie Zamawiającego oraz 10,00 zł netto za przetransportowanie i przeważanie jednej tony złomu z terenu torowiska (część 7.), co z nieznanых przyczyn nie wzbudziło wątpliwości Odwołującego.

{ad pkt 3. – zarzut braku dowodów dot. kosztów zatrudnienia personelu}

Przystępujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie złożonych Zamawiającemu wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

W treści wyjaśnień wskazano, że pracownicy zatrudnieni u uczestników Konsorcjum Komet od 01.01.2021 r. otrzymają wynagrodzenie miesięczne wyższe lub równe 2.800,00 zł.

Przy czym w przedstawionej kalkulacji kosztów przyjęto znacznie wyższe stawki wynagrodzeń za godzinę pracy dla operatorów koparek, pracowników ogólnobudowlanych, przepalaczy gazowych, spawaczy, wynagrodzenie 26,00 zł za roboczogodzinę dla osób zaangażowanych w proces rozbiórki, tj. pracowników własnych.

Ponadto zadeklarowano, że wskazany miesięczny koszt robocizny zawiera w sobie podatki i opłaty ZUS (stawkę obejmującą tzw. pełny ZUS, tj. ubezpieczenie zdrowotne, społeczne, FP, FGŚP oraz zaliczkę na podatek dochodowy w pełnym zakresie), zgodnie z obowiązującymi przepisami, oraz obejmuje wszystkie koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem na podstawie umów o pracę.

W tych okolicznościach zdaniem Przystępującego przedłożenie dodatkowych dowodów byłoby nadmierne w aspekcie treści wezwania Zamawiającego.

Przystępujący wywiódł, że listy płac oraz umowy zawarte z pracownikami są dokumentami będącymi tajemnicą przedsiębiorstw. Skoro stawki zostały wyliczone w sposób prawidłowy, niebudzący podejrzeń o zaniżenie kwoty wynagrodzenia obowiązującego ustawowo, ani Przystępujący, ani Zamawiający nie widział potrzeby przedłożenia dokumentów zawierających dane osobowe.

Niezależnie od powyższego Przystępujący zauważył, że większość biorących udział

w postępowaniu wykonawców nie popierała swych oświadczeń w zakresie kosztów pracowniczych żadnymi dokumentami zawieranymi z pracownikami. Wyjątek stanowił załącznik przedłożony jako dowód do wyjaśnień P.F.I.U. Foxmet M. Cz., tj. dokument zatytułowany odręcznie „Lista płac kwiecień 2021”, o wątpliwej według Przystępującego wartości dowodowej.

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

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

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

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

To nie w odwołaniu, a w zgłoszeniu przystąpienia zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy przedstawiono okoliczności dotyczące treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Nomet Zamawiającemu.

Zakres złożonych przez Konsorcjum Nomet wyjaśnień wraz z załączonymi do nich dowodami w pełni odpowiada zakresowi wezwania wystosowanemu przez Zamawiającego.

W szczególności wyjaśnienia zawierają zarówno kalkulację kosztów osobowych, jak i kalkulację kosztów pracy sprzętu z podaniem założonej liczby odpowiednio roboczogodzin i motogodzin, których adekwatność nie została w ogóle zakwestionowana w odwołaniu.

Okoliczności podniesione w odwołaniu są zdawkowe, dotyczą marginalnego zakresu złożonych przez Konsorcjum Nomet wyjaśnień, a ponadto nie zostały poparte żadnymi dowodami. W odwołaniu nie sprecyzowano skali zaniżenia, jakie miałyby wynikać

z przyjęcia, błędnego według Odwołującego, przelicznika w odniesieniu do materiału zasypowego, w ogóle nie podano, na czym polega zarzucane zaniżenie kosztów najmu pojazdu typu hakowiec czy kosztów osobowych.

Niezależnie od powyższego, wobec braku jakiegokolwiek odniesienia się przez Odwołującego na rozprawie do szczegółowej argumentacji Przystępującego, odnośnie kosztu zakupu materiału zasypowego, kosztów transportu pojazdem typu hakowiec oraz kosztów pracowniczych, pomimo jej przedstawienia już w zgłoszeniu przystąpienia, Izba, na zasadzie art. 533 ust. 2 pzp, uznała przedstawione tam fakty za przyznane przez Odwołującego.

Reasumując, wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Nomed obejmują szczegółową kalkulację kosztów, których wysokość jest wiarygodna (koszty osobowe) lub została załączonymi do tych wyjaśnień dowodami (w przypadku kosztów sprzętowych), a przede wszystkim kalkulacja ta nie została skutecznie zakwestionowana w odwołaniu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest niezasadny.

Izba stwierdziła, że Odwołujący oczywiście niezasadnie domaga się odrzucenia oferty Konsorcjum Nomet na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 pzp, gdyż nie wykazał, że Zamawiający bezpodstawnie ocenił złożone w trybie art. 224 ust. 1 pzp przez Konsorcjum Nomet wyjaśnienia jako potwierdzające, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem oko liczności, które nastąpiły po wszczęciu

postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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

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

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych

podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również

przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

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

W drugiej kolejności celowe jest rozważenie ciężaru dowodu w przypadku stawiania przez Odwołującego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy zostały złożone Zamawiającemu przez Przystępującego wyjaśnienia, w kontekście granic kognicji Izby, a więc ustalenie, co wynika dla tej sprawy z relacji przepisów art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 i art. 537 pkt 1 i 2 nowej ustawy pzp {poprzednio art. 190 ust. 1 i 1a ustawy pzp z 2004 r.} do przepisu art. 555 nowej ustawy pzp {poprzednio art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.}.

Według art. 534 ust. 1 npzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym art. 535 npzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie

twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże z art. 537 npzp wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2).

Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja, wprowadzająca szczególnie rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 npzp, a przede wszystkim z uwzględnieniem art. 555 npzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. W szczególności okoliczności faktyczne mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r.) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd wprowadzony w art. 537 pkt 1 i 2 pzp szczególnie rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny nie zmienia reguły, że wpieryw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Zatem odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać

okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 ustawy pzp. Przy czym nie może sprowadzać się to do stawiania generalnych tez, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż nie da się za nią wykonać zamówienia bez ponoszenia strat, czy też, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W rozpoznawanej sprawie odwołanie zawiera fragmentaryczne zarzuty, które ponadto w zestawieniu z argumentacją Przystępującego okazały się być oczywiście bezzasadne.

Reasumując, Izba zważyła, że w powyżej ustalonych okolicznościach nie budzi zastrzeżeń prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych mu przez Konsorcjum Nomed wyjaśnień, gdyż nie ma podstaw do uznania, że wykonawca ten nie sprostął ciężarowi wykazania, że cena jego oferty jest rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 1. i 3. listy zarzutów}

Ponieważ zarzuty naruszenia pozostałych przepisów mają charakter wtórny i nie opierają się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, są one również oczywiście bezzasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożyły się, na zasadzie § 5 ust. 1 i 2 lit. b rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Przystępującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.