

Sygn. akt: KIO 411,413,450/20

WYROK

z dnia 13 marca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Renata Tubisz
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2020 roku w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 lutego oraz 2 marca 2020 roku** przez wykonawców:

- 1) **DOMINEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach (KIO 411/20)**
- 2) **FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach (KIO 413/20, KIO 450/20)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego:

sygn. akt KIO 411/20

- 1) **Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej;**
- 2) **Foxmet Sp. z o. o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach**

sygn. akt KIO 413/20

- 1) **ZK s.c. K. Ż., G. Ż. z siedzibą w Gliwicach;**
- 2) **Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej;**
- 3) **Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach**

sygn. akt KIO 450/20

- 1) **ZK s.c. K. Ż., G. Ż. z siedzibą w Gliwicach;**
- 2) **Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach;**

orzeka:

A.

1. uwzględnia w całości odwołanie KIO 411/20 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Dominex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nakazuje powtórzenie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym sporządzenie precyzyjnego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 92 ustawy Pzp.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego DOMINEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - **Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu** na rzecz **Odwołującego - DOMINEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach** kwotę w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

B.

1. uwzględnia w części odwołanie KIO 413/20 i KIO 450/20 nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Foxmet na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nakazuje powtórzenie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym sporządzenie precyzyjnego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 92 ustawy Pzp.
2. Odrzuca w części odwołania KIO 413/20 i KIO 450/20 w zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w stosunku do ofert wykonawców ZK S.c. i Dominex
3. kosztami postępowania obciąża:

- 3.1. Zamawiającego: **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu oraz Odwołującego FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** i:
- 3.2. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** tytułem wpisów od odwołań;
- 3.3. zasądza:
- a) od Zamawiającego - **Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu** na rzecz **Odwołującego - FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** kwotę w wysokości **18 133 zł 34 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy stu trzydziestu trzech złotych 34/100 groszy) tytułem zwrotu 2/3 części kosztów wpisów oraz zastępstwa procesowego;
- b) od Odwołującego - **FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** na rzecz **Przystępującego - ZK s.c. K. Ź., G. Ź. z siedzibą w Gliwicach** kwotę w wysokości **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w sprawach KIO 413/20, KIO 450/20.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 411/20

Dnia 26 lutego 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 2 p. 6 i art. 180 ust. 4 oraz 182 ust. 1 p. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami) (dalej jako „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca DOMINEX Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach (dalej jako „Odwołujący 1” lub „Dominex”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania o nazwie „Likwidacja estakady węglowej pomiędzy szybem „Rożdżeński a Zakładem Przeróbki Mechanicznej Węgla przy szybie „Pułaski” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Wieczorek II” prowadzi Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Informacji Publicznej z dnia 05 listopada 2019 pod nr 618431-N-2019.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty DOMINEX w dniu 21 lutego 2020 roku. Czynność Zamawiającego zarzucono naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP poprzez odrzucenie oferty DOMINEX na skutek przyjęcia, iż ocena złożonych wyjaśnień oraz przedstawionych dowodów potwierdza, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez brak należytego uzasadnienia czynności Zamawiającego o dorzuceniu oferty Odwołującego 1, albowiem nie zawiera ono uzasadnienia faktycznego podjętej czynności, jak również pogłębionej analizy prawnej, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący 1 wnosił o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty DOMINEX;
2. nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie oferty DOMINEX, w tym przedstawionych wyjaśnień i dowodów;
3. zasądzenie zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem odwołania wg norm przepisanych.

Odwołujący 1 o zaskarżonej czynności dowiedział się w dniu 21 lutego 2020 roku na skutek zawiadomienia drogą korespondencji e-mail.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że w dniu 21 lutego 2020 Zamawiający zawiadomił DOMINEX o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu czynności Zamawiający wskazał, iż podstawą odrzucenia były normy z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 PZP,

ponieważ dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdziła, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Dla Odwołującego 1 bezspornym pozostaje, iż norma z art. 90 ust. 1 PZP określa następujące parametry, według których należy dokonywać oceny pojęcia „ceny rażąco niskiej”:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. Poz. 847);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Bezspornym również pozostaje, iż norma z art. 90 ust. 2 na wzywanego wykonawcę nakłada obowiązek wykazania, iż zaoferowana cena nie nosi cech rażąco niskiej. Równocześnie nie można tracić z pola widzenia, iż *„obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty”* (tak orzeczenie KIO z 20.4.2017 r., KIO 681/17, Legalis).

W przedmiotowym postępowaniu DOMINEX składał wyjaśnienia dwukrotnie, to jest w pismach z dnia 09/12/2019r. oraz 13/01/2020r. Przy czym należy zwrócić uwagę, iż w toku postępowania Dominex został wezwany do złożenia wyjaśnień, a następnie do ich uzupełnienia dopiero po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Z zawiadomienia o odrzuceniu ofert wynika, iż mocą zaskarżonej czynności odrzucono oferty aż 3 oferentów, to jest Dominex, FOXMET Sp. z o.o. oraz Recykling Logo Group Sp. z o.o. sp. k. Wszystkie z tym samym uzasadnieniem. Tymczasem analiza dokumentu „Informacja o wynikach aukcji” wskazuje, iż w toku aukcji elektronicznej Wykonawcy Ci zaoferowali różne ceny:

1. Dominex- 1.500.000 PLN brutto - II miejsce
2. FOXMET - 1.679.000 PLN brutto - III miejsce
3. Recykling Logo Group - 2.400.000 PLN brutto - IV miejsce

Natomiast z dokumentu otwarcia ofert wprost wynika, iż Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 6.489.258,60 zł brutto.

Oznacza to w konsekwencji, iż każdy ze wskazanych Wykonawców z mocy ustawy musiał zostać i został wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Co przy tym najistotniejsze, do złożenia stosowanych wyjaśnień został przez Zamawiającego również wezwany Oferent, który w wyniku aukcji uzyskał I miejsce, to jest Firma ZK S.C. J. Ź. K. Ź. G. Ź. . Oferent ten zaproponował cenę tylko o 10.000 PLN brutto niższą niż Odwołujący 1, a wyjaśnienia tego Wykonawcy nie zostały zdyskwalifikowane przez Zamawiającego.

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP

Z treści zawiadomienia o odrzuceniu wyniku, iż Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty uczynił normy z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP wyjaśniając, iż ocena wyjaśnień oraz przedstawionych dowodów potwierdza, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący 1 wskazał, iż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie nakazuje Zamawiającemu odrzucać ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 3 zawiera zatem odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty, niezależnie od ustalenia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (tak wyrok KIO 2031/12).

Odwołujący 1 zwrócił uwagę, iż ustawowe pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 90 ust. 2 PZP, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na Oferenta.

Tym niemniej z opisanym obowiązkiem Wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek Zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez Oferenta powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż Oferenci mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (tak wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019r., sygn. KIO 1036/19; wyrok

KIO z 7 czerwca 2016r., sygn. KIO 846/16; wyrok z dnia 15 października 2018r., sygn. KIO 1946/18; wyrok KIO z 31 maja 2017r., sygn. KIO 1001/17). W konkluzji przyjąć należy, iż jeżeli Wykonawca przedstawi szczegółową kalkulację cenową oferty, ciężar dowodu na okoliczność rażąco niskiej ceny przechodzi na Zamawiającego, który na mocy przepisu art. 90 ust. 2 i 3 jest zobowiązany do wykazania, jaki jest charakter prawny zaoferowanej ceny, to jest musi odnieść się do każdej pozycji kalkulacyjnej i poszczególnych wyjaśnień z osobna.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucając ofertę Dominex w sposób jednoznaczny i całkowicie zlekceważył opisane wyżej obowiązki, koncentrując się wyłącznie na literalnym brzmieniu normy z art. 90 ust. 2 PZP. Tymczasem pozostaje poza sporem, iż na tle stosowania ustawy ukształtowano dwie podstawowe przesłanki interpretacyjne w tym zakresie:

1. obowiązek badania poprzez pryzmat realności poczynionych założeń (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016r., sygn. KIO 846/16). BOWIEM celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust 1 i 1a Pzp, jest ustalenie, że zaoferowana cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia sposobu skalkulowania zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów;
2. obowiązek rozpoznawania każdej sprawy (wyjaśnień) indywidualnie (ad casum) (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., XXIII Ga 1072/15 oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17.01.2006 r., II Ca 2194/05).

Zdaniem Odwołującego Dominex:

1. w piśmie z dnia 12 grudnia 2019r, bardzo szeroko i szczegółowo Wykonawca odniósł się do wartości zaproponowanej przez siebie ceny 1.500.000 PLN brutto. W piśmie omówiono wszystkie przesłanki z art. 90 ust. 1 PZP, a także inne składniki cenotwórcze wraz z zestawieniami tabelowymi i wyczeniami. Przedłożono również zestawienie cen w oparciu o przedmiary przedstawione przez Zamawiającego, jednak Odwołujący 1 podkreślił wówczas, iż opiera się na kalkulacji własnej.
2. w piśmie z dnia 13 stycznia 2020r. Dominex przedstawił szczegółowe wyczenia i odpowiedzi na żądania Zamawiającego zawarte w wezwaniu uzupełniającym z dnia 10 stycznia 2020 r. W szczególności, w uzupełnieniu do zestawień załączonych w grudniu 2019r. przedstawiono i opisano szczegółową kalkulację wszystkich innych kosztów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a także, że zaproponowana przez Wykonawcę cena jest wystarczająca do należytej realizacji zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Zamawiający w swoich wezwaniach podkreślił konieczność odniesienia się do kosztów pracy (wraz ze wskazaniem elementów kalkulacyjnych i uzasadnieniem przyjęcia

danego wymiaru godzinowego/miesiąc) oraz kosztów likwidacji estakady nad torami w pobliżu autostrady oraz wejście na tereny osób trzecich wraz ze związanymi z tym opłatami. W tym zakresie wyjaśnienia Odwołującego jego zdaniem ocenić należy jako wiarygodne i konkretne, albowiem Wykonawca nie będąc jeszcze stroną dla podmiotów trzecich, skalkulował na podstawie swojego doświadczenia lub zdołał uzyskać telefoniczne informacje, dotyczące cen jednostkowych, co wprost wykazano w wyjaśnieniach.

Odwołujący 1 przywołał także zapis Załącznika nr 2 do SIWZ pkt 4 ppkt. 4.7 *„Przedstawione rozwiązania ujęte w Projekcie Budowlanym powinny uwzględniać minimalizację kosztów inwestycyjnych, zachowanie wymaganej funkcjonalności oraz spełniać wymogi obowiązujących przepisów i norm. Wykonawca zobowiązuje się wystąpić do odpowiednich organów nadzoru celem uzyskania zezwoleń i odstępstw mogących wpłynąć na minimalizację kosztów”*. Na jakiej więc podstawie, Zamawiający mógł określić, czy owe koszty, jakie niezbędne będą do poniesienia celem realizacji inwestycji zostały zminimalizowane czy „rażąco niskie”?

Nie ma żadnych wątpliwości zdaniem Dominex, iż zaproponowana cena, obliczona została z należytą starannością, a także z uwzględnieniem uwarunkowań cenotwórczych zależnych od stron trzecich oraz stosowną rezerwą budżetową, obejmującą koszty niemożliwe do oszacowania, które znane będą Odwołującemu 1 po podpisaniu umowy. Co więcej, przyjąć również należy, iż zaproponowana przez Dominex cena jest w realiach zamówienia ceną realną, w szczególności, jeżeli Oferent z miejsca I zaproponował cenę o 10.000 PLN brutto niższą, która to cena została zaakceptowana przez Zamawiającego. Nie sposób zatem przyjąć, iż oferta Dominex jest dotknięta wadą rażąco niskiej ceny.

zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP

Wbrew wymogom ustawy Pzp zawiadomienie o odrzuceniu oferty z dnia 21 lutego 2020r. nie jest zindywidualizowane. Nie dość, że zawiera rozstrzygnięcie w stosunku do aż 3 podmiotów łącznie, to również de facto uzasadnienie tego rozstrzygnięcia dotyczy wszystkich opisanych wyżej podmiotów, bez żadnej dalszej analizy. Tymczasem ustawa Pzp daje wykonawcom uprawnienia do żądania, aby Zamawiający wykonywał ciążące na nim obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów każdego z uczestników procesu udzielania zamówień publicznych z osobna.

Zamawiający nie zagwarantował Odwołującemu 1 zabezpieczenia w sposób należyty jego praw jako Uczestnika postępowania, albowiem w tym przypadku uzasadnienie czynności o tak doniosłym charakterze, jakim jest czynność odrzucenia oferty zostało de facto ograniczone do literalnego brzmienia normy z art. 90 ust. 3 PZP. Między innymi z tych przyczyn Odwołujący 1 nie wie czy i z jakich przyczyn jego oferta została odrzucona, nie wie które z jego wyjaśnień i wyliczeń nie zostały uwzględnione, a którym dano wiarę.

Nie wie, które z zaoferowanych przez niego dowodów i dokumentów, a w szczególności obliczeń i przedmiarów zostały uznane za nierealne, nierynkowe, względnie za sprzeczne z treścią SIWZ. W konsekwencji Odwołujący 1 nie wie czy i w jakim zakresie de facto zaproponowana przez niego cena lub jej składnik zostały uznane za rażąco zaniżane. Odwołujący 1 również nie wie, dlaczego i w oparciu o jakie zarzuty wszystkie 3 oferty objęte odrzuceniem zostały zdyskwalifikowane, skoro każdy z tych Oferentów zaproponował inną cenę. Skoro zatem uzasadnienie zaskarżonej czynności nie zawiera należytego uzasadnienia faktycznego, jak również pogłębionej analizy prawnej, zaskarżona czynność winna zostać uznana za rażąco sprzeczną z prawem, albowiem wprost prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wypełniając normę z art. 179 ust. 1 PZP Odwołujący Dominex oświadczył, iż legitymuje się prawem do wniesienia odwołania, albowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia, w szczególności ma na to realną szansę - z dokumentu *Informacja o wynikach aukcji elektronicznej* wprost wynika, iż jego oferta została sklasyfikowana na wysokim 2 miejscu, jeszcze przed zakończeniem badania innych ofert, w tym oferty z miejsca 1. Odwołujący przywołał w uzupełnieniu zawartą na stronie www UZP opinię prawną, iż Wykonawca sklasyfikowany na niższych miejscach legitymuje się interesem do wniesienia odwołania.

Kopia odwołania wraz z załącznikami została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przesłana Zamawiającemu, Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości.

Sygn. akt KIO 413/20

W dniu 26 lutego 2020 roku, na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w tym samym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca: FOXMET Sp. z o. o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach, dalej jako „Odwołujący 2” lub „Foxmet”.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

1. bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego 2,
2. zaniechaniu przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego 3;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Firma „ZK” S.C. J. Ż., K. Ż., G. Ż., z siedzibą w Gliwicach (dalej „Firma ZK”) jako zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Dominex Sp. z o. o. z siedzibą Świętochłowicach (dalej „Dominex”) jako zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu o odwołania,

- w skutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego 2 w wyniku wadliwej oceny wyjaśnień oraz dowodów przedstawionych przez Odwołującego 2, podczas gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenie oferty Odwołującego 3, czym Zamawiający ograniczył prawo Odwołującego 2 do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma ZK jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Dominex jako zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania,

Odwołujący Foxmet wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 3;
2. odrzucenia oferty wykonawcy Firma ZK z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
3. odrzucenia oferty wykonawcy Dominex z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego 3.

Odwołujący Foxmet wskazała, że jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania na zasadzie art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem posiada on interes w uzyskaniu zamówienia. Złożona przez Odwołującego 3 oferta posiada cechy pozwalające na uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego 2 w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał zaś uszczerbku, bowiem Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia jego oferty. Ponadto, Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Firma ZK oraz oferty złożonej przez wykonawcę Dominex z powodu przyczyn wskazanych w treści odwołania.

Termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący 2 uścił wpis w wymaganej wysokości.

1. Bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego 2 bez podania podstawy faktycznej czynności Zamawiającego.

Odwołujący 2 zarzuca Zamawiającemu wadliwe dokonanie czynności odrzucenia jego oferty w oparciu o podstawę prawną z art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy. Na wadliwość wymienionej czynności Zamawiającego składają się dwa aspekty.

1.1. Brak wyczerpującego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2.

Wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający nie przedstawił wyczerpującego uzasadnienia faktycznego obrazującego powody, dla których uznał, że „dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznaje się, że uzasadnienie faktyczne powinno wyczerpująco opisywać przyczyny stanowiące podstawę decyzji Zamawiającego, aby Wykonawca miał możliwość odniesienia się do nich w przypadku wnoszenia odwołania. Wykonawca może bowiem w odwołaniu odnieść się tylko do wskazanych przez Zamawiającego powodów odrzucenia jego oferty. Wykonawca na podstawie podanego przez Zamawiającego zbyt ogólnikowego uzasadnienia faktycznego nie może domyślać się, jaka jest podstawa faktyczna decyzji o odrzuceniu. Zamawiający nie może zatem ograniczać się do kilku enigmatycznych stwierdzeń. Obowiązki informacyjne Zamawiającego, w tym także w toku postępowania o udzielenie zamówienia stanowią odzwierciedlenie zasady jawności postępowania. Dotyczy to w szczególności wszelkich decyzji podejmowanych przez Zamawiającego, które mają wpływ na przebieg postępowania przetargowego oraz sytuację wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a więc wyboru oferty, odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy, unieważnienia postępowania. Przewidziane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązki Zamawiającego w zakresie przekazywania uczestnikom postępowania uzasadnienia faktycznego i prawnego swoich decyzji mają gwarantować tym podmiotom ocenę prawidłowości działań Zamawiającego i faktyczną (realną) możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej (tak wyrok KIO z dnia 23.09.2019 r., KIO 1759/19; wyrok KIO z dnia 14.08.2018 r., KIO1541/18; wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r., KIO 946/15, KIO 947/15; wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r., KIO 1429/15; wyrok KIO z dnia 19 maja 2014 r., KIO 866/14; wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2013 r., KIO 918/13; wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2011 r., KIO 2503/11). Rangę zakomunikowania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty w postępowaniach opisano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex.

Tymczasem, w tej sprawie Zamawiający nie przedstawił wyczerpującego uzasadnienia faktycznego czynności, zamykającej Odwołującemu 2 drogę do pozyskania

zamówienia, jaką była czynność odrzucenia jego oferty. W piśmie z dnia 21 lutego 2020 r. informującym o dokonaniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2, jako podstawę faktyczną Zamawiający wskazał, iż „*dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzą że oferta Foxmet zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*”.

Wobec braku możliwości odkodowania konkretnych okoliczności mogących tłumaczyć, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, pismem z dnia 24 lutego 2020 r. Odwołujący 2 zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o pisemne uzasadnienie powodów odrzucenia oferty.

Odwołujący 2 otrzymał odpowiedź na swój wniosek w dniu 26 lutego 2020 r., gdzie również nie podano konkretnych powodów odrzucenia oferty. Zamawiający wskazał jedynie dwa ogólne stwierdzenia dotyczące dokonanej oceny wyjaśnień wraz z dowodami. Zdaniem Zamawiającego:

- „*firma nie przedłożyła kalkulacji ceny w oparciu o wymagany w pkt 15.5 SIWZ - przedmiar robót, a przedłożona kalkulacja nie potwierdza uwzględnienia wszystkich kosztów,*
- *firma przyjęła stawkę robocizny 19 zł brutto nie uwzględniając kosztów ogólnych, nie wykazała ilości pracowników przyjmując całkowitą ilość roboczogodziny, a tak przedłożona kalkulacja robocizny nie pozwala na ocenienie czy robocizna jest przyjęta prawidłowo*”.

1.2. Wadliwa ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wraz z dowodami.

Odwołujący 2 zarzuca Zamawiającemu wadliwą ocenę złożonych przez niego wyjaśnień oraz dowodów w świetle regulacji art. 90 ust. 3 ustawy.

Jeżeli chodzi o argument, zgodnie z którym Odwołujący 2 nie przedłożył kalkulacji ceny w oparciu o wymagany w pkt. 15.5 SIWZ przedmiar robót, należy wskazać, iż cena oferty Odwołującego 2 (wartość robót) została skalkulowana w oparciu o pełną treść SIWZ, w tym w szczególności w oparciu o program funkcjonalno - użytkowy i stanowiące do niego załączniki: przedmiar robót i mapę sytuacyjną.

Wynikającego z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nie należy utożsamiać z koniecznością przedstawienia kosztorysu ofertowego. A do tego faktycznie zdaje się sprowadzać oczekiwanie wyrażone przez Zamawiającego.

W pkt 15.5 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że wartość robót należy określić na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót (co Odwołujący 2 zrealizował wykonując kalkulację uproszczoną). W treści SIWZ brak jest postanowień, które obligowałyby Wykonawcę do załączenia do oferty lub na każdym etapie postępowania kosztorysu ofertowego wykonanego na bazie katalogów KNR.

Dodatkowo w pkt 15.2 SWIZ napisano, że w cenie ryczałtowej winien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia,

w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania. Odwołujący 2 przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzające taki sposób kalkulacji ceny oferty. Kalkulacja Odwołującego 2 uwzględnia zatem wszystkie pozycje przedmiaru wraz z ich dokładnymi wyliczeniami. Przy czym należy zauważyć, że przedmiar ten nie jest doskonały, bowiem zawiera zarówno pozycje przeszacowane jak i niedoszacowane.

Przykładowo w pozycji Inspektor Nadzoru Kolei Państwowych w przedmiarze przyjęto 480 rg. Po rozmowie telefonicznej Odwołujący 2 ustalił, że inspektor nie przewiduje potrzeby stałego przebywania cały dzień z Wykonawcą na budowie, lecz będzie pojawiać się raz dziennie. Należy zatem spodziewać się, że ilość roboczogodzin inspektora w przedmiarze została zawyżona. W konsekwencji, więc koszty wykonania zamówienia w tym zakresie mogą okazać się niższe. Oczywiście, Odwołujący 2 wkalkulował do ceny oferty zaangażowanie inspektora na poziomie pełnych 480 rg.

Przedmiar nie zawiera wielu ważnych elementów kosztotwórczych. W przedmiarze brakuje m.in. pozycji dotyczącej transportu złomu - Odwołujący 2 uwzględnił w cenie oferty koszty z tym związane. Na podstawie wizji lokalnej Odwołujący 2 policzył oraz wycenił koszt transport i utylizacji wełny mineralnej, styropianu, papy, szkła, czego również nie było w przedmiarze, o którym mowa w pkt 15.5 SIWZ. Odwołujący 3 podkreślał, że uwzględnił w swojej kalkulacji wszelkie nadzory branżowe, zajęcia terenu osób trzecich i związane z tym opłaty. Dodatkowo, w pozycji nr 38 kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący 3 uwzględnił pozostałe koszty mogące się pojawić po opracowaniu dokumentacji, zachowując tym samym stosowną rezerwę (15.000,00 zł) na tego rodzaju nieprzewidziane koszty związane z realizacją zamówienia.

Jednocześnie w treści pisma z dnia 6 grudnia 2019 r., zawierającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz w treści ponownego wezwania z dnia 10 stycznia 2020 r. Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do potencjalnej konieczności „przedłożenia kalkulacji ceny w oparciu o wymagany w pkt. 15.5 SIWZ przedmiar robót”.

Z orzecznictwa Izby wynika, że „Zamawiający może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, co z pewnością ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu - ich ocenę (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1056/19).

Natomiast w piśmie z dnia 10 stycznia 2020 r. (ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy) Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach należy w szczególności przedstawić szczegółową kalkulację w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót uwzględniając wszystkie inne koszty m.in. likwidacji estakady

nad torami w pobliżu autostrady oraz wejście w tereny osób trzecich wraz z związanymi z tego tytułu opłatami.

Przedłożone przez Odwołującego Foxmet wyjaśnienia wraz z dowodami odnoszą się szczegółowo do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót, w tym również uwzględniają wszystkie inne koszty i opłaty związane m.in. likwidacją estakady nad torami kolejowymi w pobliżu autostrady oraz wejście w tereny osób trzecich.

Elementem odróżniającym wyjaśnienia przedstawione Zamawiającemu przez Odwołującego 2 są dowody dokumentujące koszty, jakie poniesie On w związku z realizacją zamówienia (oferty, cenniki, faktury), w tym: wejście na teren PLK S.A., obsługa geodezyjna, usługa dźwigowa, transport koparki, koszty zajęcia pasa drogowego w GDDKiA, zakup paliwa, oferta na przyjęcie gruzu z rozbiórki, wywóz nieczystości, opracowanie dokumentacji projektowej, cennik TAURON.

W przeciwieństwie do Odwołującego 3 wykonawcy Firma ZK oraz Dominex ograniczyli się do suchych kalkulacji i wyjaśnień, nie przedstawiając wiarygodnych dowodów dotyczących wyliczenia ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do drugiej części argumentu wyrażonego w piśmie Zamawiającego z dnia 26 lutego 2020 r., zgodnie z którym *„przedłożona przez Odwołującego kalkulacja nie potwierdza uwzględnienia wszystkich kosztów”* należy stwierdzić, że Zamawiający nie sprecyzował jakich kosztów Odwołujący 3 miał nie uwzględnić w cenie swojej oferty.

Przeciwnie, Odwołujący 2 przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferty (w tym również w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót). Odwołujący 2 odniósł się w szczególności do elementów kosztotwórczych zasygnalizowanych w wezwaniu z dnia 10 stycznia 2020 r., tj. kosztów i opłat związanych m.in. likwidacją estakady nad torami kolejowymi w pobliżu autostrady oraz wejściem w tereny osób trzecich. Przedstawiona kalkulacja zawiera wszystkie elementy konieczne dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym m.in. koszty pracy ludzkiej (Odwołujący 2 posiada własną kadrę pracowniczą), koszty pracy sprzętu (Odwołujący 2 dysponuje bogatym parkiem maszynowym), koszty zakupu materiałów, paliw, koszty dodatkowych nadzorów, koszty zajęcia terenu pozostającego w dyspozycji osób trzecich.

Zamawiający zarzuca Odwołującemu 2, iż *„Firma przyjęła stawkę robocizny 19 zł brutto nie uwzględniając kosztów ogólnych, nie wykazała ilości pracowników przyjmując całkowitą ilość roboczogodzin, a tak przedłożona kalkulacja robocizny nie pozwala na ocenienie czy robocizna jest przyjęta prawidłowa”*.

Omawiane zastrzeżenia również nie zasługują na uwzględnienie, abstrahując od momentu, w którym zostały wyartykułowane. Po pierwsze, przyjęta stawka roboczogodziny nie wynosi 19 zł brutto, lecz 19 zł netto. Minimalna stawka godzinowa w 2020 r. wynosi 17 zł brutto, a minimalne wynagrodzenie za pracę 2.600,00 zł brutto. Co się zaś tyczy

przedstawienia robocizny w przeliczeniu na roboczogodziny, a nie na ilość zatrudnionych pracowników, wypada jedynie stwierdzić, że Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie liczby pracowników zatrudnionych przy realizacji przyszłego kontraktu. Wyrażenie kosztów wykonania robót w formie stawki jednostkowej roboczogodziny oraz sumy roboczogodzin jest natomiast powszechnie przyjętą praktyką rynkową. Przyjęte przez Odwołującego 2 założenia są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, w szczególności w świetle praktykowanej przez Odwołującego 2 daleko posuniętej mechanizacji prac rozbiórkowych. Jedynie na marginesie Odwołujący 2 wskazał, że na podstawie zakładanego terminu realizacji zamówienia oraz sumy roboczogodzin możliwe jest ustalenie liczebności załogi potrzebnej do wykonania całości prac. Niemniej jednak brak jest uzasadnionych powodów by czynić tego rodzaju rachunki w świetle przedstawionych wyjaśnień wraz z dowodami.

2. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma ZK.

Wbrew oczekiwaniom wynikającym z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp wykonawca Firma ZK nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

W kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach tego wykonawcy nie ujęto opłaty za udostępnienie gruntu należącego do podmiotów trzecich na czas trwania robót. Kalkulacja nie zawiera również kosztów opłaty za regulamin tymczasowy prowadzenia ruchu pociągów. Natomiast ujęte w kalkulacji koszty związane z likwidacją estakady nad torami PKP, autostradą oraz opłaty związane z wejściem w teren osób trzecich (łącznie 30.000,00 zł) nie zostały potwierdzone dowodami, co uczynił Odwołujący 3.

Wykonawca Firma ZK w pozycji 67 kalkulacji (Sprzedaż kruszywa żelbetowego 2420 ton) przyjął cenę za 1t na kwotę 15,00 zł, co daje sumę 36.300,00 zł netto jako zysk pomniejszający cenę oferty. Dodatkowo pojawiła się pozycja 68 (Sprzedaż odpadu z kruszywa żelbetowego w ilości 2420 ton) ze stawką 4 zł za 1t (w sumie 9680 zł netto na minus). Odwołujący 3 podnosi, iż podając hipotetyczne zyski z tytułu sprzedaży kruszywa i odpadu wykonawca Firma ZK nie wskazał kosztów związanych z kruszeniem gruzu. Wykonawca nie podał skąd zamierza pozyskać kruszarkę (własną czy obcą), czy trzeba ją transportować, kto będzie kruszyć, ile pracowników i sprzętu będzie w to zaangażowane, gdzie odbywa się kruszenie, jakie są koszty paliwa, energii lub materiałów potrzebnych do przygotowania kruszywa o parametrach handlowych. Wreszcie, gołosłowne pozostają twierdzenia odnośnie ceny sprzedaży kruszywa (15 zł /t) oraz odpadu (4 zł /t).

Reasumując, wbrew wymaganiom zawartym w wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, wykonawca Firma ZK nie załączył jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (najniższej ceny spośród wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia).

3. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Dominex.

Zastrzeżenia adresowane do wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę Firma ZK są w pełni zasadne również wobec wykonawcy sklasyfikowanego na 2 miejscu w kryterium ceny - Dominex Sp. z o. o.

W wyjaśnieniach z dnia 9 grudnia 2019 r. (strona 3) wykonawca Dominex wskazuje, iż jest firmą miejscową ze Śląska, dysponującą sprzętem wyburzeniowym, zatrudniającym pracowników oraz posiadającym doświadczenie, w realizacji podobnych inwestycji rozbiórkowych. Abstrahując od ogólnikowości użytych sformułowań, wyjaśnienia te nie zasługują na aprobatę, w szczególności w sposób, w jakim wykonawca Dominex wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu - poleganie na zasobach innego podmiotu (HUTPOL Sp. z o.o. z Zabrze).

Ponadto, w piśmie z dnia 9 grudnia 2019 r. (strona 4) wykonawca Dominex wyjaśnia, iż do realizacji zadania planuje przeznaczyć 3 (słownie: trzech) pracowników własnych. W innym miejscu Dominex wymienia m.in. operatora koparki, pracowników ogólnobudowlanych oraz pracowników-przepalaczy. Z takiego opisu można wywnioskować, że wykonawca będzie potrzebował więcej pracowników aniżeli trzech. Operator występuje w liczbie pojedynczej, natomiast pozostali mnogiej. Gdyby faktycznie wykonawca zamierzał skierować do realizacji kontraktu jedynie trzy osoby, świadczyłoby to o braku rzetelności przedłożonych założeń. Przy takim założeniu okazuje się, że wykonawca nie wykona zadania w terminie albo ewentualnie znaczną część zamierza zlecić podwykonawcy (o czym z kolei milczy w swojej kalkulacji).

Co najważniejsze, wykonawca Dominex nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny, w szczególności nie wykazał kosztów związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej, obsługą geodezyjną robót, pracą dźwigu, transportem sprzętu, pełnieniem nadzorów, zajęciem pasa drogowego. W miejsce dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, wykonawca Dominex powołuje się gołosłownie na rozmowy telefoniczne. Skoro Odwołujący 3 przedstawił szereg dowodów wraz z wyjaśnieniami na wezwanie Zamawiającego, to inni wykonawcy również powinni takie dowody okazać na etapie postępowania przetargowego.

Takich dowodów Dominex nie przedstawił, mimo iż wezwania wyraźnie do tego także się odnoszą (pierwsze przed aukcją i pierwsze po aukcji). Ewentualne dopytywanie na obecnym etapie Wykonawcy należy uznać za niedopuszczalne.

W tym stanie rzeczy odwołanie w ocenie Foxmet należy uznać w pełni uzasadnione.

Sygn. akt KIO 450/20

W dniu 2 marca 2020 roku, na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w tym samym postępowaniu odwołanie złożył

wykonawca: FOXMET Sp. z o. o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach, dalej jako „Odwołujący 2” lub „Foxmet”.

Odwołujący 2 podnosił niezgodność z ustawą Pzp czynności (zaniechać) Zamawiającego, polegających na:

1. bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego 2 z powodów wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty z dnia 26 lutego 2020 r.;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Firma "ZK" S.C. J. Ż., K. Ż., G. Ż., z siedzibą w Gliwicach (dalej „Firma ZK”) jako zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w związku z wadliwą oceną wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Firma ZK, które zostały udostępnione Odwołującemu 2 w dniu 26 lutego 2020 r.;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Dominex Sp. z o. o. z siedzibą Świętochłowice (dalej "Dominex") jako zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w związku z wadliwą oceną wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Dominex, które zostały udostępnione Odwołującemu 2 w dniu 26 lutego 2020 r.

- w skutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego 2 w wyniku wadliwej oceny wyjaśnień oraz dowodów przedstawionych przez Odwołującego 2, podczas gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma ZK jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Dominex jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący 2 wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2 powodów wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty z dnia 26 lutego 2020 r.;
2. odrzucenia oferty wykonawcy Firma ZK z powodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
3. odrzucenia oferty wykonawcy Dominex z powodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty

Odwołującego 2.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego 2 w uzyskaniu zamówienia doznał zaś uszczerbku, bowiem Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia jego oferty z powodów wskazanych w piśmie z dnia 26 lutego 2020 r. Ponadto, Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Firma ZK oraz oferty złożonej przez wykonawcę Dominex.

Zawiadomienie z uzasadnieniem czynności odrzucenia oferty Odwołujący 2 otrzymał drogą elektroniczną w dniu 26 lutego 2020 r. (tego samego dnia udostępniono wyjaśnienia konkurentów), 5-dniowy termin zawity do wniesienia odwołania ustawy został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek UZP.

1. Bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego Foxmet.

Wbrew obowiązki wynikającemu z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający nie przedstawił wyczerpującego uzasadnienia faktycznego obrazującego powody, dla których uznał, że „dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Uzasadnienie faktyczne powinno wyczerpująco opisywać przyczyny stanowiące podstawę decyzji Zamawiającego, aby Wykonawca miał możliwość odniesienia się do nich w przypadku wnoszenia odwołania. Wykonawca może bowiem w odwołaniu odnieść się tylko do wskazanych przez Zamawiającego powodów odrzucenia jego oferty. Wykonawca na podstawie podanego przez Zamawiającego zbyt ogólnikowego uzasadnienia faktycznego nie może domyślać się, jaka jest podstawa faktyczna decyzji o odrzuceniu. Zamawiający nie może zatem ograniczać się do kilku enigmatycznych stwierdzeń.

W tej sprawie Zamawiający dwuetapowo dokonywał czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2. Najpierw, w piśmie z dnia 21 lutego 2020 r. Zamawiający wskazał, iż „dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta Foxmet zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Następnie, w piśmie z dnia 26 lutego 2020 r., Zamawiający sfinalizował czynność odrzucenia oferty, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, podając uzasadnienie faktyczne czynności:

- „firma nie przedłożyła kalkulacji ceny w oparciu o wymagany w pkt. 15.5 SIWZ przedmiar robót, a przedłożona kalkulacja nie potwierdza uwzględnienia wszystkich kosztów,
- firma przyjęła stawkę robocizny 19 zł brutto nie uwzględniając kosztów ogólnych, nie wykazała ilości pracowników przyjmując całkowitą ilość roboczogodzin, a tak przedłożona kalkulacja robocizny nie pozwala na ocenienie czy robocizna jest przyjęta prawidłowo”.

Zdaniem Odwołującego 2, dopiero w dniu 26 lutego 2020 r. Odwołujący 2 powziął wiedzę odnośnie przyczyn stanowiących podstawę decyzji Zamawiającego. Wraz

z otrzymaniem zawiadomienia o uzasadnieniu odrzucenia oferty w dniu 26 lutego 2020 r. Odwołujący 2 otrzymał możliwość odniesienia się do powodów uznania zaoferowanej przez niego ceny za cenę rażąco niską.

Jeżeli chodzi o argument, zgodnie z którym Odwołujący 2 nie przedłożył kalkulacji ceny w oparciu o wymagany w pkt. 15.5 SIWZ przedmiar robót, to cena oferty Odwołującego (wartość robót) została skalkulowana w oparciu o pełną treść SIWZ, w tym w szczególności w oparciu o program funkcjonalno- użytkowy i stanowiące do niego załączniki: przedmiar robót i mapę sytuacyjną.

Wynikającego z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nie należy utożsamiać z koniecznością przedstawienia kosztorysu ofertowego. A do tego faktycznie zdaje się sprowadzać oczekiwanie wyrażone przez Zamawiającego.

W pkt 15.5 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że wartość robót należy określić na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót (co Odwołujący 2 zrealizował wykonując kalkulację uproszczoną). W treści SIWZ brak jest postanowień, które obligowałyby Wykonawcę do załączenia do oferty lub na każdym etapie postępowania kosztorysu ofertowego wykonanego na bazie katalogów KNR. Dodatkowo w pkt 15.2 SIWZ napisano, że w cenie ryczałtowej winien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania. Odwołujący 2 przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzające taki sposób kalkulacji ceny oferty.

Kalkulacja Foxmet uwzględnia wszystkie pozycje przedmiaru wraz z ich dokładnymi wyliczeniami. Przy czym przedmiar ten nie jest doskonały, bowiem zawiera zarówno pozycje przeszacowane jak i niedoszacowane.

Przykładowo, w pozycji Inspektor Nadzoru Kolei Państwowych w przedmiarze przyjęto 480 rg. Po rozmowie telefonicznej Odwołujący 2 ustalił, że inspektor nie przewiduje potrzeby stałego przebywania cały dzień z Wykonawcą na budowie, lecz będzie pojawiać się raz dziennie. Należy zatem spodziewać się, że ilość roboczogodzin inspektora w przedmiarze została zawyżona. W konsekwencji, więc koszty wykonania zamówienia w tym zakresie mogą okazać się niższe. Oczywiście, Odwołujący 2 wkalkulował do ceny oferty zaangażowanie inspektora na poziomie pełnych 480 rg.

Przedmiar nie zawiera wielu ważnych elementów kosztotwórczych. W przedmiarze brakuje m.in. pozycji dotyczącej transportu złomu - Odwołujący 2 uwzględnił w cenie oferty koszty z tym związane. Na podstawie wizji lokalnej Odwołujący 2 policzył oraz wycenił koszt transport i utylizacji wełny mineralnej, styropianu, papy, szkła, czego również nie było w przedmiarze, o którym mowa w pkt 15.5 SIWZ. Odwołujący 2 podkreślił, że uwzględnił w swojej kalkulacji wszelkie nadzory branżowe, zajęcia terenu osób trzecich i związane z tym

opłaty. Dodatkowo, w pozycji nr 38 kalkulacji ceny ofertowej uwzględnił pozostałe koszty mogące się pojawić po opracowaniu dokumentacji, zachowując tym samym stosowną rezerwę (15.000,00 zł) na tego rodzaju nieprzewidziane koszty związane z realizacją zamówienia.

W treści pisma z dnia 6 grudnia 2019 r., zawierającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz w treści ponownego wezwania z dnia 10 stycznia 2020 r. Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do potencjalnej konieczności „przedłożenia kalkulacji ceny w oparciu o wymagany w pkt. 15.5 SIWZ przedmiar robót”. Z orzecznictwa Izby wynika, że *„Zamawiający może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty co z pewnością ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu - ich ocenę”* (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1056/19).

Natomiast w piśmie z dnia 10 stycznia 2020 r. (ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy) Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach należy w szczególności przedstawić szczegółową kalkulację w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót uwzględniając wszystkie inne koszty m.in. likwidacji estakady nad torami w pobliżu autostrady oraz wejście w tereny osób trzecich wraz z związanymi z tego tytułu opłatami.

Przedłożone przez Foxmet wyjaśnienia wraz z dowodami odnoszą się szczegółowo do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót, w tym również uwzględniają wszystkie inne koszty i opłaty związane m.in. likwidacją estakady nad torami kolejowymi w pobliżu autostrady oraz wejście w tereny osób trzecich.

Elementem odróżniającym wyjaśnienia Odwołującego 2 są dowody dokumentujące koszty, jakie poniesie On w związku z realizacją zamówienia (oferty, cenniki, faktury), w tym: wejście na teren PLK S.A., obsługa geodezyjna, usługa dźwigowa, transport koparki, koszty zajęcia pasa drogowego w GDDKiA, zakup paliwa, oferta na przyjęcie gruzu z rozbiórki, wywóz nieczystości, opracowanie dokumentacji projektowej, cennik TAURON.

W przeciwieństwie do Odwołującego 2 wykonawcy Firma ZK oraz Dominex ograniczyli się do suchych kalkulacji i wyjaśnień, nie przedstawiając wiarygodnych dowodów dotyczących wyliczenia ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiej części pierwszego argumentu wyrażonego w piśmie z dnia 26 lutego 2020 r., zgodnie z którym przedłożona kalkulacja nie potwierdza uwzględnienia wszystkich kosztów należy stwierdzić, że Zamawiający nie sprecyzował jakich kosztów Odwołujący 2 miał nie uwzględnić w cenie swojej oferty.

Odwołujący 2 przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferty (w tym również w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót). Odnosił się

w szczególności do elementów kosztotwórczych zasygnalizowanych w wezwaniu z dnia 10 stycznia 2020 r., tj. kosztów i opłat związanych m.in. likwidacją estakady nad torami kolejowymi w pobliżu autostrady oraz wejściem w tereny osób trzecich. Przedstawiona kalkulacja zawiera wszystkie elementy konieczne dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym m.in. koszty pracy ludzkiej (Odwołujący 2 posiada własną kadrę pracowniczą), koszty pracy sprzętu (Odwołujący 2 dysponuje bogatym parkiem maszynowym), koszty zakupu materiałów, paliw, koszty dodatkowych nadzorów, koszty zajęcia terenu pozostającego w dyspozycji osób trzecich.

Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż „*Firma przyjęła stawkę robocizny 19 zł brutto nie uwzględniając kosztów ogólnych, nie wykazała ilości pracowników przyjmując całkowitą ilość roboczogodzin, a tak przedłożona kalkulacja robocizny nie pozwala na ocenienie czy robocizna jest przyjęta prawidłowo*”.

Omawiane zastrzeżenia również nie zasługują na uwzględnienie. Po pierwsze, przyjęta przez Odwołującego stawka roboczogodziny nie wynosi 19 zł brutto, lecz 19 zł netto. Warto pamiętać, że minimalna stawka godzinowa w 2020 r. wynosi 17 zł brutto, a minimalne wynagrodzenie za pracę 2.600,00 zł brutto.

Co się zaś tyczy przedstawienia robocizny w przeliczeniu na roboczogodziny, a nie na ilość zatrudnionych pracowników, to Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie liczby pracowników zatrudnionych przy realizacji przyszłego kontraktu. Wyrażenie kosztów wykonania robót w formie stawki jednostkowej roboczogodziny oraz sumy roboczogodzin jest natomiast powszechnie przyjętą praktyką rynkową. Przyjęte przez Odwołującego 2 założenia są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, w szczególności w świetle praktykowanej przez Odwołującego 2 daleko posuniętej mechanizacji prac rozbiórkowych.

Jedynie na marginesie Odwołujący 2 wskazał, że na podstawie zakładanego terminu realizacji zamówienia oraz sumy roboczogodzin możliwe jest ustalenie liczebności załogi potrzebnej do wykonania całości prac. Niemniej jednak brak jest uzasadnionych powodów by czynić tego rodzaju rachunki w świetle przedstawionych przez Odwołującego 2 wyjaśnień wraz z dowodami.

2. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma ZK.

W dniu 26 lutego 2020 r. Odwołujący 2 otrzymał możliwość zaznajomienia się z treścią wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawcę Firma ZK. Wbrew oczekiwaniom wynikającym z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp wykonawca Firma ZK nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

W kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach tego wykonawcy nie ujęto opłaty za udostępnienie gruntu należącego do podmiotów trzecich na czas trwania robót. Kalkulacja nie zawiera również kosztów opłaty za regulamin tymczasowy prowadzenia ruchu pociągów. Natomiast ujęte w kalkulacji koszty związane z likwidacją estakady nad torami PKP,

autostradą oraz opłaty związane z wejściem w teren osób trzecich (łącznie 30.000,00 zł) nie zostały potwierdzone dowodami, co uczynił Odwołujący 2.

Firma ZK w pozycji 67 kalkulacji (Sprzedaż kruszywa żelbetowego 2420 ton) przyjął cenę za 1t na kwotę 15,00 zł, co daje sumę 36.300,00 zł netto jako zysk pomniejszający cenę oferty. Dodatkowo pojawiła się pozycja 68 (Sprzedaż odpadu z kruszywa żelbetowego w ilości 2420 ton) ze stawką 4 zł za 1t (w sumie 9680 zł netto na minus). Odwołujący 2 podnosił, iż podając hipotetyczne zyski z tytułu sprzedaży kruszywa i odpadu wykonawca Firma ZK nie wskazał kosztów związanych z kruszeniem gruzu. Wykonawca nie podał skąd zamierza pozyskać kruszarkę (własną czy obcą), czy trzeba ją transportować, kto będzie kruszyć, ile pracowników i sprzętu będzie zaangażowane, gdzie odbywa się kruszenie, jakie są koszty paliwa, energii lub materiałów potrzebnych do przygotowania kruszywa o parametrach handlowych. Wreszcie, gołosłowne pozostają twierdzenia odnośnie ceny sprzedaży kruszywa (15 zł /t) oraz odpadu (4 zł/t).

Reasumując, wbrew wymaganiom Zamawiającego, wykonawca Firma ZK nie załączył jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (najniższej ceny spośród wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia).

3. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Dominex.

W dniu 26 lutego 2020 r. Odwołujący 2 otrzymał możliwość zaznajomienia się z treścią wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy przez wykonawcę Dominex. Zastrzeżenia adresowane do wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę Firma ZK są w pełni zasadne również wobec tego wykonawcy.

W wyjaśnieniach z dnia 9 grudnia 2019 r. (strona 3) wykonawca Dominex wskazuje, iż jest firmą miejscową ze Śląska, dysponującą sprzętem wyburzeniowym, zatrudniającym pracowników oraz posiadającym doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji rozbiórkowych. Są to ogólnikowo użyte sformułowania, wyjaśnienia te nie zasługują na aprobatę, w szczególności w świetle sposobu, w jakim wykonawca Dominex wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nasuwa się bowiem pytanie, dlaczego mając doświadczenie wykonawca ten musi polegać na zasobach innego podmiotu (HUTPOL Sp. z o.o. z Zabrze)?

Ponadto, w piśmie z dnia 9 grudnia 2019 r. (strona 4) wykonawca Dominex wyjaśnia, iż do realizacji zadania planuje przeznaczyć 3 (słownie: trzech) pracowników własnych. W innym miejscu Dominex wymienia m.in. operatora koparki, pracowników ogólnobudowlanych oraz pracowników-przepalaczy. Z takiego opisu można wywnioskować, że wykonawca będzie potrzebował więcej pracowników aniżeli trzech. Operator występuje w liczbie pojedynczej, natomiast pozostali mnogiej. Gdyby faktycznie wykonawca zamierzał skierować do realizacji kontraktu jedynie trzy osoby, to świadczyłoby to o braku rzetelności

przedłożonych założeń. Przy takim założeniu okazuje się, że wykonawca nie wykona zadania w terminie albo ewentualnie znaczną część zadania zamierza zlecić podwykonawcy (o czym z kolei milczy w swojej kalkulacji).

Wykonawca Dominex nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazał kosztów związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej, obsługą geodezyjną robót, pracą dźwigu, transportem sprzętu, pełnieniem nadzorów, zajęciem pasa drogowego). W miejsce dowodów Dominex powołuje się gołosłownie na rozmowy telefoniczne. Odwołujący 2 przedstawił natomiast szereg dowodów wraz z wyjaśnieniami na wezwanie Zamawiającego, to inni wykonawcy również powinni takie dowody okazać na etapie postępowania przetargowego.

W tym stanie rzeczy Foxmet uważa, odwołanie za w pełni uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowań odwoławczych zgłoszono następujące przystąpienia po stronie Zamawiającego:

411/20

- 3) Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej
- 4) Foxmet Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach

413/20

- 4) ZK s.c. K. Ż., G. Ż. z siedzibą w Gliwicach
- 5) Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej
- 6) Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach

450/20

- 3) K. Ż., G. Ż. z siedzibą w Gliwicach
- 4) Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach

Izba potwierdziła skuteczność wszystkich przystąpień.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalono, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 5 275 227,31 zł netto, brutto 6 489 258,60 zł.

Zgodnie z treścią Rozdziału 15 - Opis sposobu obliczenia ceny - wykonawca miał zaoferować cenę ryczałtową, kompletną, jednoznaczną, ostateczną dla całego zadania objętego zamówieniem. W cenie ryczałtowej miały mieścić się całkowity koszt kompletnego wykonania zadania, w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania. Wartość robót należało określić na podstawie załączonego do SIWZ przedmiotu robót.

Wartość 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 12 988 531,86 zł.

Pierwsze wezwanie Wykonawców do wyjaśnień ceny miało miejsce w dniu 25/11/2019, przed wyznaczoną aukcją elektroniczną. Wyjaśnienia miały zawierać element kalkulacyjny. Wykonawca obowiązany był podać koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie oferty, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia i uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Wykonawca miał wykazać i udowodnić, że przyjęta wartość kosztów pracy bez względu na formę zatrudnienia nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej.

ZK s.c., którego cena oferty wynosiła 7 589 100,00 zł, oświadczył, że specjalizuje się w projektowaniu i wykonawstwie robót rozbiórkowych, posiada własny sprzęt do kruszenia gruzu tj. do recyklingu odpadów betonowych i ceglanych na pełnowartościowy materiał budowlany – kruszywa różnych frakcji. Nie ponosi więc kosztów opłaty za utylizację gruzu, zysk ze sprzedaży kruszywa pokryje koszty jego wywozu z terenu rozbiórki na własne składowisko. Wskazano, że wykonawca posiada własne środki transportu do przewozu maszyn, gruzu i pracowników. Posiada znaczną ilość sprzętu do robót rozbiórkowych na terenie Śląska, także w lokalizacjach sąsiadujących z lokalizacją rozbiórki, więc koszty transportu maszyn są minimalne. Dołączono szczegółową kalkulację ceny.

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 6 grudnia 2019 roku, powtórzono wezwanie Wykonawców do wyjaśnień.

Firma ZK w dniu 9 grudnia 2019 roku powtórzyła treść poprzednich wyjaśnień. Dodatkowo wskazano, że w kalkulacji szczegółowej oznaczono wynagrodzenie projektanta głównego i sprawdzającego (50 000 zł), wynagrodzenie zespołu projektowego (4 osoby – 10 000 zł), koszty dojazdów (192 zł), koszty uzyskania decyzji, uzgodnień, zgód, zatwierdzeń, warunków, odstępstw, wniosków, konsultacji (7 000 zł), koszty zakupu map, odbitek, wydruku oprawy introligatorskiej (400 zł), wynagrodzenie kosztorysanta (800 zł), wynagrodzenie operatora koparki zatrudnionego na umowę o pracę (54 000,00zł), wynagrodzenie pracownika ogólnobudowlanego – umowa o pracę – 3 osoby (39 600zł); wynagrodzenie spawacza – umowa o pracę – 4 osoby (52 800 zł), koszty wywozu gruzu, koszty paliwa i kierowcy (33 000 zł), sprzedaż kruszywa żelbetowego (36 300,00 zł), sprzedaż odpadu z kruszenia żelbetowego (9 680,00 zł), plantowanie terenu (4 500,00 zł), paliwo do koparki (101 192,00 zł), koszty przerobu i transportu złomu (51 006 zł), koszty

transportu maszyn(3000,00 zł), koszty transportu brygady budowlanej (5 760,00 zł), koszty pracy dźwigu (195 000,00 zł), roboty wykończeniowe (32 000,00 zł), nadzór inspektora Kolei Państwowych (57 6000,00 zł), bocznica kolejowa (60 000,00 zł), nadzór kierownika budowy (15 000,00 zł), operat geodezyjny (5 000,00 zł), rezerwa na nieprzewidziane koszty (150 000,00 zł, co łącznie dało 1 490 000,00 zł.

W kolejnych wyjaśnieniach, w dniu 14 stycznia 2020 roku, Wykonawca przedłożył kosztorys szczegółowy sporządzony na podstawie przedmiaru robót będącego częścią SIWZ, zawierający szczegółową kalkulację ceny. Potrzywał wyjaśnienia złożone na wcześniejsze wezwania Zamawiającego.

Dominex złożył wyjaśnienia w dniu 9/12/19r. w zakresie ceny oferty na poziomie 1 500 000,00 zł brutto po aukcji. Wskazano, że wartość szacunkowa wyliczona na podstawie KNR, które odzwierciedlają przyjętą technologię i wydajność sprzętu rozbiórkowego. Jednak zamieszczony program funkcjonalno-użytkowy nie obejmuje wszystkich kosztów, dlatego wykonawca ustalił dla zadania kalkulację własną (zestawienie ilości i cen jednostkowych). Załączył uzupełnione o ceny jednostkowe przedmiary obrazujące różnice między programem a kalkulacją własną. Wskazał, że bezpośrednie koszty realizacji to 1 068 220,00 zł, w tym koszty nieujęte, mogące pojawić się po sporządzeniu projektu wykonawczego (60 975,60 zł), planowany zysk (około 12,4% - 151 292,20 zł). Podano, że przedmiot postępowania wymaga zaangażowania następujących kosztów: transport i praca koparek (23 400,00 zł); wypłaty wynagrodzenia operatorów, pracowników ogólnobudowlanych, kierownika budowy, wywóz i utylizacja papy (600 zł/t), wywóz i utylizacja szkła – na podstawie średnich ofert cenowych przyjęto 350zł/1t, ujęte w pozycji „Inne”, wywóz i utylizacja gruzu porozbiórkowego przyjęto 20zł/t; wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej – 4 600 zł dla trzech etapów; mobilizacja i praca dźwigów – 65 000,00 zł (zgodnie z ofertą firmy S. D.), wykonanie projektów i uzgodnień – 50 000,00 zł.

Co do oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, Wykonawca, ze względu na usytuowanie obiektów przyjął wykonanie rozbiórki wyłącznie mechanicznie. Wykonawca przewiduje wykorzystanie koparek wyburzeniowych z pełnym osprzętem, tj. czerpakiem, łyżką, nożycami tnąco-kruszącymi oraz młotem. Zastosowanie zmiennego osprzętu roboczego koparek umożliwiającej wielozadaniowość. Wykonawca jest firmą miejscową ze Śląska, dysponującą sprzętem wyburzeniowym, zatrudnia pracowników oraz posiada doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji rozbiórkowych, co może wpłynąć na obniżenie kosztów realizacji. Na wartość oferty ma wpływ możliwość współpracy z firmą Recycling Logo Group w zakresie utylizacji gruzu

(zgodnie z ofertą oraz decyzjami środowiskowymi firmy Logo), z siedzibą utytułowaną w odległości 20 km od terenu rozbiórki.

Spółka w ramach kosztów pracy zaplanowała pracę trzech pracowników własnych z wynagrodzeniem godzinowym 17 zł i miesięcznym równym lub wyższym 2 600,00 zł, przy czym założono 32, 00 zł brutto za godzinę pracy operatora koparki i po 25,00 zł brutto za godzinę dla pracowników ogólnobudowlanych, 45,00 zł to koszt pracownika, koszt pracodawcy, butli z tlenem oraz propanem, elektronarzędzi, środków ochrony osobistej, artykułów bhp i ppoż. Koszt robocizny zawiera w sobie podatki i opłaty ZUS zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wynagrodzenie operatora wliczone jest w pozycję nr I dla każdego z etapów, czyli w „kosztach wyburzenia” oraz w pozycji „roboty ziemne”. Wartość 200,00 zł lub 260,00 zł to kwota za jedną motogodzinę pracy koparki, tj. koszt paliwa, jego dostawy, koszt wynagrodzenia operatora oraz koszty amortyzacji i serwisu sprzętu. Kierownicy Budowy oraz Kierownik z branży mostowej współpracować będą z Wykonawcą na podstawie umów cywilnoprawnych. Zakładając wykonanie zadania w terminie do 6 miesięcy, wynagrodzenie Kierowników na poziomie 3.000,00 zł daje kwotę około 54.000,00 zł. Wywóz oraz utylizacja odpadów zlecona zostanie firmom zewnętrznym. Wykonawca wskazał, że nie korzysta i nie przewiduje korzystania z pomocy publicznej przy realizacji zadania. Wykonawca planuje współpracę z podwykonawcą, wykorzystując jego wiedzę oraz doświadczenie. Także wykonanie usługi transportowej wywozu odpadów porozbiórkowych będzie zlecone zewnętrznie. Zewnętrzna usługa transportowa jest z perspektywy Dominex korzystniejsza cenowo.

W dniu 10 stycznia 2020 roku Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie doprecyzowania kosztów przewidzianych przez Wykonawcę w ramach: „kosztów m.in. likwidacji estakady nad torami w pobliżu autostrady oraz wejście w tereny osób trzecich wraz z związanymi z tego tytułu opłatami”.

Dominex w drugich wyjaśnieniach wskazał, że kwota przeszło 60 000,00 zł netto stanowi zabezpieczenie Wykonawcy, iż będzie on w stanie ponieść koszty dodatkowe, ustalone w wyniku sporządzania uzgodnień projektowych. Łącznie w ofercie Wykonawca założył budżet 196.000,00 zł netto na sporządzanie projektów, dokonywanie uzgodnień, pełnienie nadzorów (kolejowy i energetyczny), opłaty za zajęcie terenu, opłaty za odłączenie trakcji oraz zajęcie bocznicy kolejowej.

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, Wykonawca, po otrzymaniu wezwania, postanowił ponownie zweryfikować założone przez siebie wyceny, przy założeniu, że Wykonawca nie jest jeszcze stroną dla „stron trzecich”.

1. Stalexport — dla etapu 3 — rozmowa telefoniczna z przedstawicielem Stalexport, potwierdziła, iż opłata za zajęcie terenu wokół słupa wsporczego estakady nie będzie pobierane przez Zarządcę autostrady A4, lecz przez GDDKiA. Wykonawca zobowiązany

będzie dokonać uzgodnienia dotyczące terminu, sposobu demontażu oraz zaślepienia i omalowania słupa, natomiast ich wykonanie nie będzie płatne. Są one wliczone w koszty wykonania projektu.

2. GDDKiA — dla etapu 3 Inspektor GDDKiA, poinformował, iż standardowa opłata za zajęcie terenu na paśmie zieleni wynosi 1 zł za 1 dzień za 1 m². Wstępnie zaplanowano, iż demontaż tego odcinka estakady oraz zaślepienie i zamalowanie otworu potrwać może do 4 dni. Teren Stalexportu, za który opłata pobierze GDDKiA to obszar wokół słupa. Pozostały teren należy do Lasów państwowych. Ustawienie dźwigu na 1 dzień oraz zwyżki również na 1 dzień (z której pracownicy odetną a następnie zaślepią i zamalują pozostawioną część po estakadzie). Opcjonalnie, zgodnie z sugestią programu funkcjonalno-użytkowego można rozstawić rusztowania, ujęte są w pozycji nr 15 (10 000 zł zaślepienie otworu mostu), natomiast na etapie ofertowania opcja zwyżki jest bezpieczniejsza i bardziej mobilna. Z wstępnych wyliczeń wynika, iż obszar zajęcia wynosić może ok 60 m². Opłata za dwa dni wyniesie wówczas 120 zł. W przypadku przedłużenia terminu lub wzrostu opłaty za 1 m², Wykonawca deklaruje, iż w pozycji nr 16 (łącznie 40.000,00 zł) dla etapu 3, kwota 10.000,00 będzie bezpieczna. Kwota wynosiłaby w takiej sytuacji 2.160,00 zł netto i mieści się w ramach 10.000,00zł.

3. Lasy Państwowe, będące właścicielem terenu leśnego, odesłały do Nadleśnictwa Katowice. W rozmowie telefonicznej z przedstawicielką Nadleśnictwa ustalono, że opłata za przejazd lub za stacjonowanie sprzętu budowlanego wynieść powinna 1 zł za 1 metr bieżący za 1 miesiąc, natomiast jednorazowa opłata wynosi minimalnie 100 złotych. Naliczenie opłaty jest kwestią indywidualną, zależną o długości okresu zajmowania terenu, powierzchni tego terenu oraz sprzętu jaki będzie się tam poruszać. Ustalono wstępną opłatę w wysokości 4 zł za 1 mb, długości estakady. Estakada na odcinku w lesie posiada przeszło 1050 mb, także założyć trzeba zajęcie 1050 mb x 4 zł x 2 miesiące. Daje to kwotę 8.400,00zł. Oficjalnie, opłata to 1 zł, także na etapie oferty można założyć jako prawidłową kwotę 2.100,00 zł, Są to natomiast koszty szacunkowe. Pozycja nr 21 kosztorysu Wykonawcy dla etapu 3 zabezpiecza 20 000 zł netto. Zamawiający nie może wymagać przedstawienia dokładnych kosztów poniesionych na rzecz stron trzecich, wówczas, gdy jest to niemożliwe do ustalenia, lecz wyłącznie do oszacowania. Dominex nie ma podstaw prawnych do dokonywania ustaleń cenowych z przedstawicielami terenów osób trzecich.

4. PKP S.A., PKP Energetyka oraz opłaty na rzecz torowisk należących do SRK S.A.— z doświadczenia własnych realizacji, Wykonawca oszacował koszty związane z opłatami na rzecz bocznicy, nadzoru inspektora kolei, wyłączenia trakcji, prawem do dysponowania terenem na poziomie dla etapu nr 2: 40.000,00 zł (pozycja w kosztorysie nr 15, 16, 20) oraz co najmniej 15.000,00 zł zapasu z pozycji nr 13 (projekt) oraz nr 21 (inne), łącznie do 55.000,00 zł. Dla etapu nr 3, Wykonawca przyjął w pozycji nr 16, pozycji nr 19 oraz pozycji nr

21 łącznie 39.520,00 zł na opłaty związane z terenem należącym do PKP SA. Z rozmów telefonicznych wynika, że opłata za prawo do dysponowania terenem dla etapu 3 wynieść może 896 zł dziennie. Wstępnie wyliczono, że potrzeba zająć 224 m² na okres 4 dni do 6 dni. Zakładając opłatę po 4 zł za 1m², Wykonawca wpłaci na rzecz PKP S.A. kwotę 3.584,00 zł netto. Nad torowiskiem w miejscu usuwanej estakady nie przechodzi trakcja. Mając na uwadze możliwe opóźnienie prac do 6 dni, mowa jest o kwocie 5.376,00 zł. Dla etapu nr 2, zgodnie z informacjami od właścicieli bocznic kolejowych i torowiska, nie będąc jeszcze stroną do poczynienia konkretnych uzgodnień z właścicielami torowiska, Dominex nie jest w stanie wskazać konkretnego kosztu poniesionego na rzecz zajęcia terenu oraz odłączeń trakcji. Jeśli za linię trakcyjną odpowiada PKP Energetyka, dla etapu 2 - maksymalne koszty wydania regulaminu, odłączenia i ponownego włączenia sięgają 19.808,96 zł netto. Wykonawca nie jest w stanie określić stawki „opłaty za dostęp do obiektu infrastruktury usługowej i usług w nim świadczonych”. Na etapie ofertowania, zgodnie z informacjami od firmy dźwigowej (S. D.), sprzęt w postaci dźwigu, przeznaczony do ściągnięcia estakady nad torowiskiem, usytuowany będzie na terenie należącym do KWK Wieczorek. Estakada zostanie ściągnięta w trzech fragmentach i odłożona do pocięcia i segregacji na terenie KWK Wieczorek. Teza ta potwierdzona zostanie dopiero na etapie sporządzania projektu wykonawczego oraz wykonywania uzgodnień ze stronami umowy oraz osobami trzecimi (jak PKP S.A., PKP Energetyka czy inne oddziały kopalni). Założona kwota 55.000,00 zł dla etapu 2 pokryje więc wszystkie koszty związane z torowiskami i prowadzonymi nad nimi pracami przez okres dwóch tygodni.

5. Nadzór energetyczny – na podstawie rozmów telefonicznych założono kwotę 40.000 zł dla trzech etapów. Według Dominex pełnienie nadzoru energetycznego nie będzie wymagane, natomiast w przypadku odłączenia i ponownego uruchomienia trakcji nadzór sprawuje PKP Energetyka, zgodnie z cennikami. Jest to ok 735 zł za 3 godziny pracy. Zamawiający w swoim przedmiarze założył Nadzór energetyczny - inspektor kolei Państwowych łącznie aż 480 godzin, co nie jest według wiedzy Dominex konieczne. Założono maksymalnie 150 godzin x 245 złotych, co daje 36.750,000 zł. Według Wykonawcy będzie konieczny nadzór ani energetyczny, ani kolejowy, lecz ustalenia projektowe i opłaty sporządzone na etapie realizacji. Jeżeli okaże się on niezbędny, Wykonawca posiada zapas w postaci opisanych 60-ciu tysięcy złotych.

Podkreślono, iż przedmiotem postępowania jest wykonanie obmiarów, kosztorysów, wykonanie projektów, uzgodnień oraz uzyskanie decyzji o pozwoleniu na rozbiórkę. Wykonawca dopiero będzie miał pełny obraz niezbędnych do poniesienia kosztów. Koszty samej realizacji zostały starannie przeanalizowane, doprecyzowane oraz przedstawione Zamawiającemu w kosztorysie ofertowym. W złączonym do programu funkcjonalno-użytkowego przedmiarze, znajdują się wyłącznie dwie pozycje sugerujące poniesienie koszt

opłat na rzecz stron trzecich. Są to pozycje „opłata za bocznice” oraz „inspektor nadzoru kolei państwowych”. Obie te pozycje Wykonawca ujął w swojej kalkulacji, rozszerzając ją o obiektywnie niezbędne koszty realizacji wiadome Wykonawcy na etapie ofertowania. Zapewniono Zamawiającego, że kwota 196.000.00 zł netto na wykonanie projektów, uzgodnień, opłat za zajęcie terenu, odłączeń czy nadzorów, jest kwotą wystarczającą, racjonalną oraz przyjętą na podstawie naszego doświadczenia.

Wykonawca Foxmet, składając wyjaśnienia w dniu 9 grudnia 2019 roku podniósł, że w zasobach ludzkich przedsiębiorstwa posiada specjalistów uprawnionych do wykonania wszystkich robót objętych przedmiotowym zamówieniem. Są oni zatrudnieni na umowę o pracę, otrzymują stałe wynagrodzenie, nie występuje konieczność zatrudnienia zewnętrznych specjalistów lub firm, a zatem i nie występują dodatkowe koszty. Wszystkie koszty związane z wynagrodzeniem dla pracowników są już wliczone w funkcjonowanie przedsiębiorstwa i są zaspokajane z bieżącej działalności.

Główną część zamówienia stanowią prace rozbiórkowe. Do ich wykonania zostanie użyty sprzęt, który stanowi własność przedsiębiorstwa. Są to koparki gąsienicowe, ładowarki, koparkoładowniki oraz pozostałe maszyny budowlane, ręczny sprzęt wyburzeniowy i spawalniczy. Do maszyn Wykonawca posiada pełny zestaw osprzętu (itp. łyżki różnych rozmiarów, młoty wyburzeniowe, nożyce do kruszenia żelbetu, widły). Wszystkie maszyny i narzędzia są nowoczesne, ich producenci z powodzeniem połączyli najwyższą skuteczność i ekonomiczne użytkowanie.

Koszty związane z eksploatacją (z wyłączeniem paliwa) i użytkowaniem wymienionych maszyn są wliczone w bieżącą działalność przedsiębiorstwa i z niej są też finansowane, przez co nie istnieje konieczność ich uwzględniania w cenie wykonania zamówienia. Nie istnieje także potrzeba wynajmu maszyn (poza dźwigiem) od innych podmiotów, co znacznie podrożyłoby koszty.

W zasobach własnych Foxmet posiada flotę aut samowładowczych oraz przystosowanych do przewozu gruzu i innych odpadów powstałych w trakcie prac rozbiórkowych, a także zestaw samozaładowczy i niskopodwoziowy. Nie występuje potrzeba wynajmowania zewnętrznej firmy do transportu materiałów budowlanych i gruzu, a także transportu maszyn do miejsca wykonywania robót (poza transportem koparek CAT 345). Dzięki temu koszty tych czynności pozostają na niskim poziomie.

Z uwagi na dużą konkurencję, działalność w branży rozbiórek i wyburzeń wymaga ciągłego poszukiwania rozwiązań pozwalających obniżyć koszty wytworzenia usługi. Jednym z takich rozwiązań jest ponowne użycie części lub całości materiałów pochodzących z rozbiórki w celu uniknięcia opłat za utylizację odpadów. Pozyskany z rozbiórki gruz

przekazany będzie jednej z firm, z którą współpracuje Wykonawca. Dzięki czemu firma nie poniesie żadnych kosztów związanych z utylizacją gruzu, a jedynie koszty jego transportu.

Metoda obliczania ceny wykonania danej roboty według katalogów KNR może być pomocna w określaniu wartości zamówienia, które dotyczy budowy obiektów i konstrukcji. Jednak w przypadku robót rozbiórkowych, wyburzeniowych, a nawet ziemnych okazuje się ona całkowicie archaiczna. Założenia tam zawarte nie odnoszą się do rzeczywistego procesu technologicznego i procesu zarządzania, który będzie wykorzystany przez firmę podczas wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Doświadczenie Wykonawcy umożliwia precyzyjne i odpowiedzialne określenie kosztów związanych z wykonaniem danego zamówienia. Wymienione czynniki tworzą dla przedsiębiorstwa wyjątkowo sprzyjające warunki do oszczędnego i jednocześnie solidnego wykonania zamówienia.

Przyjęta do obliczeń stawka godzinowa jest wyższa niż przewidziana na 2020 rok minimalna stawka godzinowa. Założona ilość roboczogodzin pracowników, a także czas pracy sprzętu, jest przyjmowany na podstawie wieloletniego doświadczenia, wiedzy na temat sprzętu (jego możliwości i dostosowaniu do prac rozbiórkowych) oraz przeprowadzenia wcześniej rozbiórek obiektów podobnych lub takich samych (na innych likwidowanych kopalniach). Foxmet załączył do wyjaśnień szczegółową kalkulację w formie tabeli i dowody w postaci cenników, ofert, faktur (oferta na transport koparki, oferta na wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej, koszty dojazdu i pracy dźwigu, cennik dla odpadów, cennik usług TAURON, opłaty za zajęcie pasa drogowego, faktury za olej napędowy, oświadczenie o zagospodarowaniu gruzu).

W kolejnych wyjaśnieniach, z dnia 14 stycznia 2020 roku, Foxmet przedstawił szczegółową kalkulację w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót z uwzględnieniem pozostałych kosztów nie ujętych w przedmiarze Zamawiającego (demontaż elementów, praca sprzętu, rozbiórka, spawanie, rusztowania, wywiezienie gruzu, obsługa geodezyjna, opracowanie projektu budowlanego, wynagrodzenie inspektorów nadzoru, kierownika budowy, opracowanie regulaminów tymczasowych, organizacja zaplecza, transport koparek, transport i utylizacja odpadów, szkła, papy, opłaty za wejście na tereny podmiotów trzecich, ich nadzór, pozostałe koszty), co łącznie ma złożyć się na cenę 1 365 040,65 zł oferty po przeprowadzeniu aukcji. DO wyjaśnień dołączono również stosowne oferty, na podstawie których dokonywano kalkulacji.

Biorąc powyższe ustalenia, Izba uznała, że:

Sygn. akt KIO 411/20

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego Dominex pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, którego oferta po aukcji elektronicznej zajmuje drugie miejsce w rankingu pod względem kryteriów oceny ofert (cena). Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie

Z treści art. 92 ust. 1 i następujących wynika, że Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Dokonując analizy informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Dominex z dnia 21 lutego 2020 roku przekazanej przez Zamawiającego trudno nie odnieść wrażenia, że zawiadomienie to ma bardzo lakoniczną treść, a w zasadzie pozbawione było jakiegokolwiek nośnika informacji merytorycznych. Zamawiający ograniczył się do przywołania przepisów prawa i wskazania okoliczności, że Wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie potwierdziły, że cena jego oferty nie ma rażąco niskiego charakteru. Zamawiający nie wskazał natomiast jakiegokolwiek uzasadnienia o charakterze merytorycznym takiej decyzji. Nie wskazano faktycznych podstaw podjętej ostatecznie decyzji, nie odniesiono się do treści obszernych, składanych kilkakrotnie wyjaśnień, do złożonych kalkulacji, dokumentów dodatkowych. Nie przedstawiono żadnej polemiki ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Wykonawcę, z przyjętymi przez niego założeniami do wyceny oferty. Za taką podstawę nie można uznać wskazania, że wykonawca został wezwany do wyjaśnień, a złożone wyjaśnienia nie potwierdziły prawidłowości kalkulacji ceny oferty. Tak sformułowane stanowisko jest nad wyraz enigmatyczne, nie odnosi się do faktów, stwierdzonych okoliczności, które zaważyły na decyzji Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający

miął wątpliwości, co do informacji wynikających z oferty, złożonych wyjaśnień, to winien był je jasno w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wyartykułować. Nie jest rolą wykonawcy domyślać się jakie elementy stanu faktycznego doprowadziły Zamawiającego do podjęcia określonych decyzji. Nie można również zapominać, że przedstawiona wykonawcy argumentacja jest i może być podstawą zbudowania zarzutów w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący Dominex wnosząc odwołanie jedynie mógł domyślać się w jaki sposób Zamawiający odczytuje, odnosi się do złożonych przez niego wyjaśnień i dlaczego uzupełnione dokumenty i złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie zostały uznane za wystarczające celem potwierdzenia spełniania prawidłowości kalkulacji ceny oferty w postępowaniu. Zamawiający w informacji o odrzuceniu nie przedstawił żadnych elementów stanu faktycznego, do których obszernie odnosił się w wypowiedzi na rozprawie przed Izbą i złożonej odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający częściowo jedynie zmanifestował swoje stanowisko w dniu upływu terminu na wniesienie odwołań w prowadzonym postępowaniu, to jest w dniu 26 lutego 2020 roku. Nawet jednak to uzasadnienie było lakoniczne i niewystarczające w odniesieniu do złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Dostrzeżenia wymaga, że to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ustawy Pzp wykonawca, po pierwsze, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Przywołany przepis, stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak przejrzystość postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty.

Tak sporządzone uzasadnienie o odrzuceniu oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ocenie składu orzekającego Izby nie spełniało wymogów art. 92 ustawy Pzp, co skutkowało uznaniem zasadności zarzutów w tym zakresie.

Finalnie, tak zaprezentowane przez Zamawiającego stanowisko co do oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego Dominex doprowadziło do uznania zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może bowiem wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym

aspekcie. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał bardzo lakoniczne uzasadnienie odrzucenia oferty. Na jego podstawie nie można stwierdzić, czy cena oferta Odwołującego rzeczywiście nosi znamiona rażąco niskiej. Zauważyć należy, iż to Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wykonuje konkretne czynności, prosi o wyjaśnienia, ocenia je, bada prawidłowość ofert w stosunku do wymagań SIWZ, rolą i zadaniem Izby jest ocena działań lub zaniechań Zamawiającego. Izba nie może i nie zastępuje Zamawiającego. Odnosząc się do tak sformułowanej informacji o odrzuceniu oferty stwierdzić należy, że Zamawiający zaprezentował tylko finalną ocenę w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie przedstawiając de facto żadnej argumentacji na poparcie swoich twierdzeń oraz nie wskazując na okoliczności, które doprowadziły go do takiej oceny.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że okoliczności świadczące według Zamawiającego o nieprawidłowości kalkulacji ceny oferty Odwołującego Dominex, które zostały wskazane dopiero w postępowaniu odwoławczym, a nie znalazły się w uzasadnieniu odrzucenia, nie uprawniały Izby do przesądzenia zasadności odrzucenia oferty, nie były one bowiem zakomunikowane Odwołującemu i nie mógł on podjąć z nimi polemiki w odwołaniu.

Podsumowując należy stwierdzić, że uwzględnienie odwołania nie oznacza, że Izba przesądziła o zasadności ceny oferty Odwołującego Dominex i prawidłowości złożonych w tym zakresie wyjaśnień, ale spowodowane jest tym, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia nie dowodzi takich nieprawidłowości.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1.

Sygn. akt KIO 413/20, KIO 450/20

Ustalono, że nie została wypełniona w całości żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołania na rozprawę. Tym niemniej sygnalizacji w tym momencie wymaga okoliczność, że pewne zarzuty złożonych odwołań podlegały odrzuceniu.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołania posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego Foxmet pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołania w części zasługiwały na uwzględnienie, a w części podlegały odrzuceniu jako niedopuszczalne w trybie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba w pełni podtrzymuje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu orzeczenia KIO 411/20 co do zasadności zarzutów naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, podniesionych w obu odwołaniach Odwołującego Foxmet.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Foxmet z dnia 21 lutego 2020 roku miało identyczne brzmienie, jak w przypadku Odwołującego Dominex. Brak jest jakiegokolwiek aspektów indywidualizujących sytuację każdego z wykonawców w postępowaniu co do oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Również w tym przypadku Zamawiający ograniczył się do wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty (to jest art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) i wskazania, że złożone wyjaśnienia nie dowodzą prawidłowości kalkulacji ceny oferty. Takie działanie Zamawiającego należy uznać za niedopuszczalne i nie wypełniające dyspozycji art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym zakresie rozważania Izby przedstawione w orzeczeniu KIO 411/20 znajdują w pełni zastosowanie i warunkują uwzględnienie w tym zakresie odwołań KIO 413/20 i KIO 450/20.

W dniu 26 lutego 2020 roku Zamawiający przesłał Odwołującemu Foxmet dodatkową informację o powodach odrzucenia oferty, gdzie wskazał, że

„• firma nie przedłożyła kalkulacji ceny w oparciu o wymagany w pkt. 15.5 SIWZ przedmiar robót, a przedłożona kalkulacja nie potwierdza uwzględnienia wszystkich kosztów,
• firma przyjęła stawkę robocizny 19 zł brutto nie uwzględniając kosztów ogólnych, nie wykazała ilości pracowników przyjmując całkowitą ilość roboczogodzin, a tak przedłożona kalkulacja robocizny nie pozwala na ocenienie czy robocizna jest przyjęta prawidłowo”.

W ocenie składu orzekającego Izby również tak przekazana Wykonawcy informacja nie może być uznana za wystarczającą. Przekazane uzasadnienie ma jedynie charakter sygnalizujący wątpliwości Zamawiającego, blankietowo i enigmatycznie wskazuje podstawy działania Zamawiającego. Nie wskazano jakich konkretnie kosztów nie uwzględniła kalkulacja, jakich elementów brakuje w kalkulacji w stosunku do przedmiarów. Dopiero zaś na rozprawie przed Izbą okazało się, że w przypadku stawki robocizny Zamawiający miał na

myśli obciążenia spoczywające na pracodawcy w zakresie stawki za godzinę pracy a nie bliżej nieokreślone koszty ogólne, czyli jak zrozumiał Wykonawca – podatek VAT.

W tym miejscu warto przywołać orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 roku w sprawie C-406/08 w postępowaniu Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, że *„Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania”*.

Odnosząc się do zarzutów odwołań wskazujących na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Firma ZK i Dominex jako zawierających rażąco niską cenę, skład orzekający Izby uznał, że odwołania w tym zakresie podlegają odrzuceniu.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na usługi, a wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołania w tym zakresie dotyczyły czynności odrzucenia oferty konkurencyjnej w stosunku do Odwołującego, jednakże w postępowaniu Zamawiający na dzień wniesienia odwołań oraz na dzień orzekania Izby nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016 roku Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający uznał, iż odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Odwołanie dotyczy czynności zaniechania odrzucenia ofert konkurencyjnych i okoliczności dotyczących tej czynności, to jest sposobu uzasadnienia, czyli wskazania podstaw prawnych i faktycznych tej decyzji bez dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

O ile z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 roku, sygn. akt III CZP 58/17 wynika, że w pojęciu „wybór oferty najkorzystniejszej” mieszczą się wszystkie czynności zamawiającego oraz jego bierność w postępowaniu (czyli zaniechanie), które do tej czynności doprowadziły lub prowadzić powinny, o tyle właśnie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej musi w danym postępowaniu nastąpić. W uchwale czytamy, że *„Z perspektywy zarówno zamawiającego, jak i wykonawców na ostateczny wynik tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej składają się zarówno czynności podejmowane w związku z potrzebą udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy oferta któregoś z wykonawców nie powinna podlegać odrzuceniu, jak i czynności podejmowane w związku z potrzebą oceny ofert, które nie zostały odrzucone w kontekście s.i.w.z. Gdy dochodzi do wyboru najkorzystniejszej oferty, a jest nią oferta, co do której powstają wątpliwości, czy nie powinna być odrzucona, nie sposób jest ograniczyć kontroli przesłanek dokonania jej wyboru tylko do okoliczności wymienionych w art. 91 p.z.p., z pominięciem tych, które zamawiający musiał rozważyć uprzednio, gdyż powinny zadecydować o odrzuceniu konkretnej oferty. Z tego powodu zawężenie pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” tylko do oceny ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego w s.i.w.z., nie znajduje oparcia również w wykładni systemowej ustawy. (...). Oznacza to, że zaskarżenie wyboru oferty najkorzystniejszej może nastąpić zarówno ze względu na to, że wybrana oferta w ogóle nie podlegała ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 91 p.z.p., gdyż wymagała odrzucenia lub też wykonawca, który ją złożył – wykluczenia, jak i ze względu na to, że wybrana oferta została nieprawidłowo oceniona w świetle przesłanek określonych w art. 91 p.z.p.”*

Tym samym więc ustawodawca wyraźnie podkreślił, że katalog przesłanek umożliwiających korzystanie ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych ma charakter ściśle ograniczony, aby zaś móc kwestionować ocenę dokonaną przez zamawiającego w postępowaniu, musi dojść do wyboru oferty najkorzystniejszej, co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca.

Warto również zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu w dniu złożenia odwołań przez Odwołującego Foxmet, w stosunku do wykonawcy ZK s.c. nie istniał substrat zaskarżenia, ponieważ Zamawiający w dacie złożenia odwołań nie zakończył procesu badania tej oferty i w Informacji o odrzuceniu ofert nie odnosił się do tego wykonawcy.

Zarzuty dotyczące tego typu czynności jak wskazane w zarzutach odwołań zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o określonych, wyspecyfikowanych czynnościach. Dlatego też odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1.

Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku – częściowego uwzględnienia oraz częściowego odrzucenia zarzutów w poszczególnych odwołaniach, obciążając kosztami w 2/3 wartości wszystkich kosztów Zamawiającego (zarzuty uwzględnione) oraz Odwołującego Foxmet w wysokości kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Przystępującego ZK s.c. (zarzuty dotyczące tej oferty związane z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego i złożeniem sprzeciwu przez ZK).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym.

Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę*

obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Ponadto jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13. Podobnie orzeczono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszych sprawach Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołania, jak również w pozostałej części je odrzuciła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty każdego postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 10.000 zł uiszczony przez Odwołującego oraz koszty Odwołującego poniesione w tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (łącznie 7 200 zł dla spraw), a także koszty Strony wygrywającej – Przystępującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (łącznie 7 200 zł dla spraw).

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Foxmet kwotę **18 133 zł 34 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy stu trzydziestu trzech złotych 34/100 groszy) tytułem zwrotu 2/3 części kosztów wpisów oraz zastępstwa procesowego (w każdej ze spraw: 10 000,00 zł x 2 wpis oraz 3 600,00 zł x 2 koszty zastępstwa, co daje łącznie 27 200,00 zł), bowiem zasadne okazały się zarzuty odwołań o nieprawidłowym sporządzeniu uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Foxmet oraz czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zarzuty odnoszące się do nieprawidłowego odrzucenia ofert ZK i Dominex zostały uznane za niedopuszczalne i zostały odrzucone.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza zasądziła od Odwołującego Foxmet na rzecz Przystępującego - ZK s.c. kwotę w wysokości **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego

w sprawach, bowiem zasadne okazały się wszystkie zarzuty odnoszące się do zaniechania odrzucenia oferty ZK, gdzie Przystępujący ZK wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

Zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone oraz postanowienie o odrzuceniu odwołania. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach bądź o odrzuceniu odwołania - które są w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Wobec powyższego orzeczenie Izby miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania oraz charakter formalny, gdyż dotyczyło odrzucenia części zarzutów odwołań, a zatem było postanowieniem. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu odrzucającemu odwołanie zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze, o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, *Postanowienia...*, 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Eraciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t.2, red. T. Eraciński, s. 110).

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....