

**WYROK**

**z dnia 20 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C.** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale **wykonawcy ENERGOKON – PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Odwołującego**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności aukcji elektronicznej, unieważnienie zaproszenia do aukcji, powtórzenie badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy: Zakład Usługowo Produkcyjno Handlowy „MAX-BUD1” T. W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu** i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od **Zamawiającego: Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu** na rzecz **wykonawcy Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego**

**FOXMET M. C.** kwotę **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 ze zm. z późn. 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:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Rozbiórkę 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1) Budynek rachuby 2) Pomost za szybem Staszic Część II”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 26 października 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawcy: Zakład Usługowo Produkcyjno Handlowy „MAX-BUD1” T. W. oraz odrzucenia jego oferty wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m. in. naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MAX-BUD 1, podczas gdy ww. wykonawca - nie wykazał, że: (1) dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi bez ograniczeń posiadającymi uprawnienia; (2) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną robotą budowlaną lub robotami w ramach jednej lub kilku umów polegających na rozbiórce obiektów przemysłowych o łącznej wartości minimum 200 000,00 zł brutto;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MAX-BUD 1 jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
3. art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy MAX-BUD 1 jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu, a wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenia z postępowania wykonawcy MAX-BUD1;
3. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy MAX-BUD1;
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

Zamawiający pismem z dnia 16 listopada 2020 r. odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu, wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Zakład Usługowo Produkcyjno Handlowy „MAX-BUD1” T. W., jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wobec wniesienia odwołania od czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej z dnia 30 września 2015 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy ENERGOKON – PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (zwanych dalej również: „Przystępującym”).

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *„Rozbiórkę 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1) Budynek rachuby 2) Pomost za szybem Staszic Część II”.*

Z informacji z otwarcia ofert z dnia 27 sierpnia 2020 r. wynika, że w postępowaniu

złożono 13 ofert. Wykonawca Zakład Usługowo Produkcyjno Handlowy „MAX-BUD1” T. W. (zwany dalej: „MAX-BUD 1”) zaoferował cenę 9 840 000,00 zł brutto, w tym 6 150 000,00 zł brutto (Budynek Rachuby) i 3 690 000,00 zł brutto (Pomost za szybem Staszic część II). Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 337 515,00 zł brutto.

Następnie, w dniu 16 sierpnia 2020 r., w wyniku przeprowadzonej przez Zamawiającego aukcji elektronicznej wykonawca MAX-BUD 1 obniżył cenę swojej oferty do kwoty 148 999,99 zł brutto.

W związku z ustaleniem, iż cena zaproponowana przez MAX-BUD1 za wykonanie zamówienia jest niższa o 30% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (wynoszącej 296 689,06 zł brutto). Zamawiający zwrócił się do MAX-BUD 1 z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z dnia 1 lipca 2020 r. wykonawca MAX-BUD 1 w niniejszej sprawie złożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia.

W dniu 21 października 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Od niniejszych czynności Zamawiającego wykonawca: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. – wniósł odwołanie w dniu 26 października 2020 r.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MAX-BUD 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uznała, powyższy zarzut za zasadny.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że na wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco

niskiej ceny wykonawca MAX-BUD 1 odniósł się w sposób ogólnikowy.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z kolei w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 1 a ustawy Pzp ciężar dowodu że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy składającego taką ofertę.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że złożone wyjaśnienia są ogólnikowe. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał na duże doświadczenie w szeroko pojętych usługach budowlanych, sprzętowych, transportowych, co pozwala na ukształtowanie w przedsiębiorstwie niskiej stawki amortyzacyjnej, a tym samym niskich kosztów pracy sprzętu, zapewniając wysoką wydajność i niską awaryjność jak również wykwalifikowaną kadrę techniczną. Niewystarczające jest również tłumaczenie wykonawcy, że na przestrzeni 13 lat działalności wykonawcy zdobyto duże doświadczenie. Wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w

trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Zgodzić należało się z Odwołującym, że wyjaśnienia firmy MAX-BUD 1 zostały przedstawione w sposób lakoniczny. W piśmie został zawarty zbiór informacji niepowiązanych ze sobą nie wnoszących nic do sprawy przekazanych oświadczeń, nie popartych komentarzami i rzetelnymi dowodami. Tym bardziej, że na mocy art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do przedstawionych lakonicznie kosztów pracy – zgodzić należało się z Odwołującym, że koszty te zostały przedstawione w sposób ogólnikowy, a dodatkowo wykonawca nie złożył żadnych dowodów potwierdzających przedstawione koszty pracy. Bez znaczenia pozostają złożone przez tego wykonawcę dowody (zaświadczenie o niezaleganiu opłacaniu składek, opłacona polisa OC, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach). W ocenie Izby wykonawca nie przedstawił dowodów, na okoliczności przedstawione w swoich wyjaśnieniach, w szczególności dowodów odnoszących się do kosztów pracy ( w postaci ewentualnych umów potwierdzających koszty osobowe wskazane lakonicznie w wyjaśnieniach) na co Zamawiający wyraźnie zwracał uwagę w kierowanym do wykonawcy wezwaniu. Nie znalazły się również w złożonych wyjaśnieniach informacje dotyczące wybranych rozwiązań technicznych, wykonawca posiłkował się wyłącznie ogólnikowymi stwierdzeniami, że posiada mocno rozwiniętą bazę sprzętowo transportową co pozwala na ukształtowanie niskiej stawki amortyzacji. Ponadto Zamawiający wyraźnie wskazał, w wezwaniu, że złożone wyjaśnienia oraz dowody powinny potwierdzać okoliczności wynikające z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Pamiętać należy, że w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący ma obowiązek wykazać realność ceny w postępowaniu przed Zamawiającym. Tymczasem w wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu próżno było szukać jakichkolwiek wskazówek, w jaki sposób należy rozumieć działanie tego czynnika, trudno także dostrzec dowody potwierdzające informacje dotyczące wybranych rozwiązań technicznych jak również dowody potwierdzające wskazane (ogólnikowo) koszty pracy. Zgodzić należało się z Odwołującym, że wykonawca nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach kosztów zatrudnienia personelu kierowniczego (kierownik budowy, brygadzysta) oraz kosztów obsługi geodezyjnej terenu rozbiórki a do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów potwierdzających prawdziwość przedstawionych przez wykonawcę MAX-BUD 1 twierdzeń (przykładowo: wykaz środków

trwałych, faktury, umowy, oferty itp.). Zatem wykonawca na wezwanie Zamawiającego, przedstawił analogiczne wyjaśnienia ogólnikowe i głoślowne oraz pozbawione jakichkolwiek dowodów pod postacią dokumentów, wobec powyższego odwołanie należało uwzględnić oraz nakazać Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Zakładu Usługowo Produkcyjno Handlowego „MAX-BUD1” T. W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy Zakładu Usługowo Produkcyjno Handlowego „MAX-BUD1” T. W. zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający – wobec wymaganego wykazu osób i informacji dotyczących opisu uprawnień, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia wykonawcy – powinien wezwać wykonawcę o uzupełnienie takiego wykazu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (i czynności tej powinien dokonać w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty) o informacje, których brakowało w wykazie, tj. w szczególności informacji dotyczących doświadczenia oraz wykształcenia osób wskazanych w wykazie, jednak wobec nakazania odrzucenia oferty wykonawcy MAX-BUD1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie będzie mieć wpływu na wynik tego postępowania w postaci odrzucenia oferty wykonawcy MAX-BUD1. Cod o zarzutu dotyczącego warunku wykazania się należywym wykonaniem robót budowlanych to zarzut ten został przez Odwołującego wycofany, wobec tego nie był przedmiotem rozpoznania przed Izłą.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....