

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 14 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **14 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 31.05.2021 r. przez wykonawcę **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ulman D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów**
- B) w dniu 31.05.2021 r. przez wykonawcę **ENERGOKON-PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec**

– w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom**

– przy udziale:

- 1) wykonawcy **Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1639/21 oraz KIO 1667/21 po stronie zamawiającego
- 2) wykonawcy **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ulman D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1667/21 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Odrzuca oba odwołania.

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1639/21 obciąża wykonawcę **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ulman D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 10 000 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć** tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ulman D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów** tytułem wpisu od odwołania.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1667/21 obciąża wykonawcę **ENERGOKON-PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 10 000 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć** tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ENERGOKON-PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do **art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy** z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

### **Sygn. akt: KIO 1639/21**

Argumentacja odwołującego

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Rozbiórka 4 obiektów budowlanych ZPMW [Zakład Przeróbki Mechanicznej Węgla] zlokalizowanych na terenie SRK S.A. Oddział w Suszcu KWK „Krupiński” wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia”, numer referencyjny: ZP-K-0004/20«.

15.06.2020 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem BZP 550647-N-2020.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) i – w zakresie środków ochrony prawnej – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

24.05.2021 r. zamawiający poinformował o przeprowadzeniu aukcji i wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Recykling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Hutnicza 2.

31.05.2021 r. wykonawca D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ulman D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów (dalej odwołujący), zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na czynności zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Recycling Logo Group sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: RLG), przy wcześniejszym zaniechaniu odrzucenia oferty RLG z uwagi na niezłożenie prawidłowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny (RNC), bo zaoferowana przez wykonawcę RLG cena była rażąco niska, a w złożonych wyjaśnieniach wykonawca RLG nie wykazał, że oferowana cena zapewnia prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz nie złożył odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy RLG, którego to odrzucenia oferty zamawiający zaniechał, tak jak i zaniechał czynności wszechstronnej i starannej weryfikacji wyjaśnień wykonawcy RLG zawartych w piśmie z 31.07.2020 r., przez co ocenę wyjaśnień wykonawcy RLG należy uznać za wadliwą.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 91 ust 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 SPzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy RLG w sytuacji, gdy oferta ta zawierała zarówno RNC jak i koszty, a co za tym idzie oferta wykonawcy RLG powinna zostać przez zamawiającego odrzucona, zaś jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp przez pominięcie w ocenie ofert faktu, że oferta wykonawcy RLG podlegać powinna odrzuceniu z uwagi na okoliczność, że oferta zawiera poważne błędy w zakresie obliczenia ceny oraz kosztów;
- 3) art. 90 ust. 1 SPzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy RLG w sytuacji gdy wykonawca RLG nie wyjaśnił i nie wykazał oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy RLG, oryginalności projektu, niższych kosztów pracy, nadto nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny i kosztów;
- 4) art. 90 ust. 2 i 3 SPzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy RLG jako najkorzystniejszej pomimo faktu, że wykonawca RLG nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera ceny, która nie jest RNC oraz kosztów, które nie są rażąco niskie, bowiem nie złożył wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień oraz nie przedstawił żadnych dowodów, oraz przez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy RLG z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej RNC z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienia czynności z 24.05.2021 r. polegającej na wyborze oferty wykonawcy RLG jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę RLG;
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę RLG;
- 4) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
- 5) ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 SPzp. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno-organizacyjnymi zawarto w załączniku nr 2 do SIWZ.

W pkt 1.2.2 Szczegółowego OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ) wskazano, że zakres zamówienia obejmuje »Wyburzenie, rozbiórkę obiektów budowlanych wg projektów budowlanych rozbiórki wraz z demontażem istniejącego wyposażenia technologicznego, likwidacją przyłączy (wraz z zabezpieczeniem) i urządzeń przesyłowych integralnie związanych z obiektem budowlanym. Wywiezienie gruzu i odpadów oraz ich utylizacja, a także przygotowanie, posegregowanie według wytycznych zamawiającego i przewiezienie posegregowanego złomu z rozbiórki w miejsce wskazane przez zamawiającego. Zabezpieczenie obiektów budowlanych przyległych na czas trwania prac jak i zabezpieczenie trwałe po zakończeniu. Uzgodnienia i wykonanie nakazów gestorów sieci i instalacji przyłączeniowych jak i sieci i instalacji znajdujących się wokół rozbieranego obiektu, a mogących kolidować z robotami rozbiórkowymi. Uzgodnienia i wykonanie nakazów właścicieli obiektów budowlanych jak i sieci znajdujących się w obszarze oddziaływania rozbiórki, jak i mogących kolidować z robotami rozbiórkowymi (np.: drogi, przejścia, dojazdy, trakcje). Sporządzenie geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej. Zakres robót określony został w przedmiarach robót, projektach budowlanych rozbiórki obiektów, niniejszych wymaganiach jak i decyzjach pozwolenia na rozbiórkę. Wykonawca zobowiązany jest do ustalenia warunków współpracy i koordynacji z innymi podmiotami wykonywującym czynności rozbiórkowe na terenie Zakładu Górniczego w zakresie współdziałania na terenie obszaru oddziaływania oraz nakładania się rozbiórek obiektów – warunki te muszą być zaakceptowane przez zamawiającego«.

Ponadto w § 4 pkt 1.1 projektu umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) określono szczegółowo obowiązki wykonawcy, w tym m.in:

»1) Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z zakresem rzeczowym ujętym w załączniku nr 2 do SIWZ wraz z późniejszymi zmianami o ile takie nastąpią, wymogami technicznymi, obowiązującymi w tym zakresie przepisami i normami.

8) Wykonanie przedmiotu umowy przy pomocy osób posiadających odpowiednie kwalifikacje, uprawnienia i doświadczenie zawodowe, przeszkolonych w zakresie przepisów BHP i przeciwpożarowych oraz wyposażonych w odpowiedni sprzęt i narzędzia.

9) Zapewnienie nadzoru technicznego nad realizowanym zadaniem, nadzór nad personelem w zakresie porządku, dyscypliny pracy i BHP.

14) Wykonawca zapewni we własnym zakresie i na własny koszt sprzęt i urządzenia niezbędne do realizacji zamówienia. Przed rozpoczęciem prac wykonawca przedstawi kopie

atestów, certyfikatów, itp. dla materiałów, sprzętu i urządzeń niezbędnych do realizacji prac pod rygorem niedopuszczenia do wykonania tych prac.

15) Wykonawca zapewni we własnym zakresie i na własny koszt transport celem realizacji zadania.

18) Zabezpieczenie i prawidłowe oznakowanie placu budowy (rozbiórki).

21) Wykonawca staje się właścicielem innych, niż złom odpadów powstałych w trakcie realizacji zadania i zobowiązany jest do ich zagospodarowania lub usunięcia na własny koszt i ryzyko, przy zachowaniu wymogów prawa, a w szczególności: Prawa budowlanego i przepisów wykonawczych do tego prawa oraz prawa dotyczącego ochrony środowiska i transportu drogowego oraz odpadów.

22) Złom odzyskany z demontażu i rozbiórki obiektów będących przedmiotem umowy pozostaje własnością zamawiającego. Wykonawca ma obowiązek złom oczyścić z elementów betonowych, ceglanych, posegregować i pociąć na odcinki transportowe o dł. do 3,0 m. Miejsce składowania zostanie określone w protokole przekazania placu budowy.

23) Gruz oraz odpady z rozbiórki, odpady niebezpieczne jak i odpady zawierające azbest pochodzące z rozbieranego obiektu są własnością wykonawcy. Wykonawca na własny koszt przetransportuje odpady jak i odpady zawierające azbest na składowisko oraz dokona zagospodarowania i utylizacji odpadów niebezpiecznych i dostarczy zamawiającemu stosowne dokumenty potwierdzające ten fakt.

25) Wykonawca zapewni na swój koszt obsługę geodezyjną w trakcie realizacji zadania«.

Zgodnie z pkt 17 SIWZ zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o kryterium: Cena oferty – znaczenie 100%. Zgodnie z pkt 15.1 i 15.2 SIWZ wykonawca powinien zaoferować cenę ryczałtową, kompletną, jednoznaczną, ostateczną dla całego zadania objętego zamówieniem; w cenie powinien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania. Natomiast w pkt 15.5 SIWZ wskazano, że wartość robót należy określić na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót.

W Załączniku nr 4 do SIWZ zawarto postanowienia dotyczące aukcji elektronicznej – zgodnie z pkt 2.b w toku aukcji elektronicznej stosowane będzie kryterium ofert – zgodnie z SIWZ – w toku aukcji licytowana będzie tylko cena.

Zamawiający 27 lipca 2020 r. przeprowadził aukcję elektroniczną, a następnie pismem z 30 lipca 2020 r. wezwał wykonawcę RLG do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak:

– oszczędność metody wykonania zamówienia,

- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy,
- koszty pracy, z zastrzeżeniem, że ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,
- wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia oraz podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny; ponadto wymagał, aby wykonawca podał koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Odnośnie kosztów pracy zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał i udowodnił, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia – umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia przepisów ustawy SPzp

Wykonawca RLG 17.07.2020 r. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej w odniesieniu do oferty pierwotnej (przed aukcją internetową). Oferta pierwotna opiewała na kwotę 35 630 886,00 zł brutto. Następnie po aukcji internetowej, wykonawca RLG złożył ponownie wyjaśnienia RNC w odniesieniu do oferty końcowej, która wynosi 640 000,00 zł brutto. Końcowe wyjaśnienia RNC w zakresie ich treści są kopią wyjaśnień pierwotnych i nie przedstawiają jakichkolwiek nowych okoliczności, które mogłyby wyjaśnić tak dużą redukcję ceny. Dodatkowo w zakresie obliczeń matematycznych końcowe wyjaśnienia przeczą założeniom wyjaśnień pierwotnych. Ponadto w wyjaśnieniach z 31.07.2020 r. wykonawca RLG wyłącznie częściowo odniósł się do wymagań zamawiającego z wezwania z 30.07.2020 r. i przedstawił jedynie wycinki swojej kalkulacji, które w żaden sposób nie tłumaczą zaoferowanej ceny oraz nie odnoszą się do całości robót jakie należy wykonać w celu realizacji zadania, a które wprost wynikają z przedmiaru.

W wyjaśnieniach pierwotnych wykonawca RLG zakłada prowadzenie prac w systemie dwuzmianowym i deklaruje, że całość prac rozbiórkowych będzie trwać dwa miesiące. W wyjaśnieniach końcowych wykonawca powołuje się na ten sam skład osobowy oraz ten sam zestaw maszyn i urządzeń, jednak skraca czas wykonania zadania o 25% względem wyjaśnień pierwotnych i deklaruje wykonanie zadania w 1,5 miesiąca, co znacząco redukuje koszty wynagrodzenia pracowników uwzględnione w ofercie. Wykonawca RLG w żaden sposób nie wyjaśnia, dlaczego kalkuluje czas wykonania zadania w takim wymiarze oraz jakie zmiany poczynił w technologii rozbiórki.

Przykładowo w wyjaśnieniach pierwotnych wynagrodzenie kierownika budowy przyjęte jest w kwocie 6 264,96 zł brutto.

W wyjaśnieniach końcowych wynagrodzenie kierownika budowy jest zmniejszone o 25% i wynosi 4 698,72 zł brutto.

Takie zmniejszenie wynagrodzenia o 25% dotyczy wszystkich pracowników wykonawcy RLG biorących udział w zadaniu. Dodatkowo wykonawca RLG w takim samym, wymiarze skalkulował czas pracy oraz wynagrodzenie kierownika robót i brygadzysty tj. 4 698,72 zł brutto na pracownika.

Założenia te są niezgodne z postanowieniami SIWZ, bowiem zamawiający w pkt 5.3 SIWZ dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wskazał, że do realizacji zadania wymagany jest kierownik budowy, brygadzysta oraz kierownik robót, który będzie osoba stale obecna na terenie rozbiórki. Skoro wykonawca RLG zamierza prowadzić prace rozbiórkowe w systemie dwuzmianowym, musi zapewnić stały nadzór kierownika robót, tak więc powyższa kalkulacja kosztów jest błędna. Wykonawca RLG będzie zmuszony zatrudnić dodatkowego kierownika robót, który nadzorować będzie prace rozbiórkowe na drugiej zmianie, a ten koszt został w wyjaśnieniach całkowicie pominięty.

Dodatkowo deklarowane wynagrodzenia kierownika budowy oraz kierownika robót są całkowicie nierynkowe. Trudno uwierzyć, że Kierownik Budowy, tj. zgodnie z pkt 5.3.1.a SIWZ osoba posiadająca wyższe wykształcenie budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, i kwalifikacje do wykonywania czynności w dozorze ruchu w podziemnych zakładach górniczych w specjalności budowlanej, pobiera wynagrodzenie w kwocie 2 600 zł brutto – czyli takie samo jak osoby z uprawnieniami spawalniczymi, gazowymi i elektrycznymi, kierownik robót, brygadzysta czy hakowy. Zgodnie zaś z oświadczeniem wykonawcy Kierownik budowy oraz kierownik robót pobierają wynagrodzenie mniejsze niż operatorzy koparki (4 210,18 zł brutto) lub kierowcy (3 205,39 zł brutto).

Kolejną nieprawidłowością jest zaniżenie kosztów materiałów w wyjaśnieniach końcowych. Początkowo wykonawca RLG deklarował dostarczenie przekruszu betonowego za łączną kwotę 50 168,00 zł netto, natomiast w wyjaśnieniach końcowych zredukował tę



kwotę o połowę wskazując kwotę 25 084,00 zł netto, bez podania jakichkolwiek wyjaśnień, tłumaczących redukcję kosztów o 50% w zaledwie dwa tygodnie.

W wyjaśnieniach pierwotnych wykonawca RLG deklarował dowóz ziemi w cenie 20 zł za tonę, co dawało łączny koszt 12 090,40 zł netto, natomiast w wyjaśnieniach końcowych wykonawca oświadczył, że dostarczenie tego samego materiału będzie darmowe i wyniesie 0 zł, ponieważ posiada 20 000 ton ziemi. Trudno założyć, że w przy składaniu wyjaśnień pierwotnych wykonawca RLG nie zdawał sobie sprawy z faktu, że posiada na swoim terenie 20 000 ton materiału, który nie ma dla niego żadnej wartości. Ponadto należy podkreślić, że bez względu na to, gdzie ten materiał się znajduje, wykonawca RLG będzie musiał wykonać załadunek materiału na samochody z wykorzystaniem koparki wraz z operatorem, a zatem poniesie dodatkowe koszty – tak więc nie jest prawdą, że dostawa tego materiału jest darmowa; wykonawca RLG nie wykazał także rzeczywistej liczby pracowników biorących udział w tym zadaniu, ponieważ nie wykazał kosztów operatora i koparki pracującej poza terenem rozbiórki oraz kosztu transportu ziemi.

W następnym punkcie wykonawca RLG podał, że rozbiórkę prowadzić będzie sprzętem 3 koparek gąsienicowych, które wykorzystywane będą w systemie dwuzmianowym, wykazany sprzęt wyposażony będzie w młoty wyburzeniowe i nożyce specjalistyczne. Taki sam typ maszyn oraz ich liczba przyjęta była w wyjaśnieniach pierwotnych, jednak początkowo ich czas pracy szacowany był na 1 764 godziny, natomiast w wyjaśnieniach końcowych czas pracy tych maszyn skrócono do 1 323-godzin. Jako koszty wykonawca RLG wykazał jedynie zużycie paliwa.

$$1323 \text{ godziny} \times 30 \text{ litrów/h} = 39\,690 \text{ litrów} \times 3,45 \text{ zł} = 136\,930,50 \text{ zł netto}$$

Taka kalkulacja jest niezgodna z zasadami kosztorysowymi, ponieważ wykonawca RLG, nie uwzględnił realnej pracy sprzętu. Poza zużyciem paliwa koszt pracy sprzętu musi uwzględniać jego serwis, płyny eksploatacyjne oraz jego amortyzację. Nadto cena paliwa nie odpowiada cenom rynkowym – w dacie sporządzania zestawienia kosztów cena paliwa ON była niższa niż obecnie, lecz nawet w lipcu 2020 r. nie kosztowało ono 3,45 zł za litr.

Wykonawca RLG pomimo nieuzasadnionego skrócenia czasu pracy zmniejszył również wysokość kosztów nieprzewidzianych, które początkowo szacował na 50 000 zł, a które w wyjaśnieniach końcowych obniżył do 20 000 zł.

Ponadto za 0 zł wykonawca RLG zamierza realizować oznakowanie i zabezpieczenie placu rozbiórki, wskazując że ochroną będzie monitoring własny. Wykonawca RLG nie wyjaśnia, na czym miałyby polegać „monitoring własny”, czy jest to zabezpieczenie które świadczyć będą pracownicy bezpośrednio zaangażowani w rozbiórkę – nie podaje także kosztów oznakowania.

Wszystkie powyższe braki, oferowanie niektórych elementów za darmo, oraz obniżenie kosztów wszystkich elementów kalkulacji pierwotnej jest nieoparte żadnymi dowodami i ma

na celu jedynie dostosowanie wyjaśnień do kwoty, którą wykonawca RLG wylicytował w aukcji elektronicznej. Należy podkreślić, że pomimo tego że w ofercie pierwotnej wykonawca RLG kalkulował sam zysk na poziomie aż 28 346 304,10 zł netto, to w toku aukcji elektronicznej obniżył kwotę swojej oferty o wartość większą niż początkowo skalkulowany zysk. Odwołujący podkreśla, że prac wyburzeniowych nie będą wykonywać same maszyny – dla prawidłowej realizacji zamówienia konieczne jest zatrudnienie doświadczonych, wysoko wykwalifikowanych pracowników. Ponieważ wykonawca RLG deklaruje wykonywanie prac w systemie dwuzmianowym, tym bardziej powinien zapewnić odpowiednią liczbę osób, a podane w wyjaśnieniach koszty dotyczą wyłącznie zatrudnienia pracowników jednej zmiany.

Same początkowo przyjęte koszty przedstawione w wyjaśnieniach pierwotnych są większe niż wartość końcowa oferty po aukcji elektronicznej. Jest więc rzeczą jasną, że wykonawca RLG składając ostateczne wyjaśnienia RNC, bazując na poprzednim wzorze, dostosował ceny tak aby pasowały do wylicytowanej ceny i nie można ich uznać za prawdziwe, rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, których wymagał zamawiający.

Odwołujący wskazuje, że zamawiający już w piśmie z 30 lipca 2020 r. poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 2 SPzP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera RNC lub kosztu spoczywa na wykonawcy RLG oraz przypominał, że na mocy art. 90 ust. 3 ustawy SPzP 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.

Norma z art. 90 ust. 2 SPZP na wzywanego wykonawcę nakłada obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie nosi cech RNC. Równocześnie nie można tracić z pola widzenia, że „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 kwietnia 2017 r., KIO 681/17).

Przepis art. 90 ust. 3 SPzP jednoznacznie nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera RNC w stosunku do przedmiotu zamówienia; przepis ten zawiera zatem odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 SPZP stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty, niezależnie od ustalenia RNC, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (tak wyrok KIO 2031/12).

Należy mieć na uwadze, że ustawowe pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, że wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, 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 art. 90 ust. 2 SPZP, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę.

Tym niemniej z opisanym obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, że nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, że wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (tak wyrok KIO z 25 czerwca 2019 r., sygn. KIO 1036/19; wyrok KIO z 7 czerwca 2016 r., sygn. KIO 846/16; wyrok z 15 października 2018 r., sygn. KIO 1946/18; wyrok KIO z 31 maja 2017 r., sygn. KIO 1001/17).

Zamawiający miał obowiązek oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę RLG zgodnie z warunkami określonymi w wezwaniu, a wobec braku wymaganych elementów powinien był uznać, że wykonawca RLG nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ewentualnie że wyjaśnienia te nie spełniają wymagań zamawiającego, a oferta zawiera RNC w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy RLG za prawidłowe i wystarczające oraz brak odrzucenia złożonej przez wykonawcę RLG oferty stanowią naruszenie przepisów art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 SPZp. Ponadto przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy RLG za prawidłowe i wystarczające oraz wybór oferty wykonawcy RLG stanowią naruszenie przepisów art. 91 ust 1 oraz art. 90 ust. 1 SPZp.

Końcowo odwołujący zwraca uwagę, że ustawa SPZP nie zawiera definicji pojęcia RNC, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Taką właśnie cenę przedstawił wykonawca RLG, sam bowiem w wyjaśnieniach RNC wskazuje, że pewne elementy przedmiotu zamówienia wykona za darmo, co nie jest praktyką przyjętą w obrocie gospodarczym.

## Podsumowanie

Obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na zamawiającego przez ustawę.

Odwołujący podkreślił, że właściwa ocena złożonych przez wykonawcę RLG wyjaśnień powinna skutkować odrzuceniem oferty, bowiem wyjaśnienia RNC były ogólnikowe, niekompletne i nie odpowiadały wymaganiom wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu z 30 lipca 2020 r. Wyjaśnienia te uznać także należy za nieprawidłowe, nadto niewiarygodne – przede wszystkim z uwagi na nierynkową wysokość wynagrodzenia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 31.05.2021 r. (poniedziałek) (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 1.06.2021 r. (art. 524 NPzp).

02.06.2021 r. wykonawca RLG złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 25.06.2021 r. (art. 521 ust. 1 NPzp). Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie o oddalenie odwołania.

### **Sygn. akt: KIO 1667/21**

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Rozbiórka 4 obiektów budowlanych ZPMW [Zakład Przeróbki Mechanicznej Węgla] zlokalizowanych na terenie SRK S.A. Oddział w Suszcu KWK „Krupiński” wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia”, numer referencyjny: ZP-K-0004/20«.

15.06.2020 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem BZP 550647-N-2020.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) i – w zakresie środków ochrony prawnej – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.

– Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

24.05.2021 r. zamawiający poinformował o przeprowadzeniu aukcji i wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Recykling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Hutnicza 2 [dalej wykonawca RLG].

31.05.2021 r. (poniedziałek) wykonawca Energokon-Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec (dalej odwołujący EP), zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę RLG;
- 2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy RLG;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy RLG;
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy D. M. prowadzącego działalność gospodarczą jako ULMAN D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów;
- 5) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Młodego Górnika 21, 41-808 Zabrze;
- 6) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M. C. prowadzącej działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C., ul. Kopalniana 9A, 44-230 Czerwionka-Leszczyny;
- 7) zwróceniu się do wykonawców a) RLG b) ULMAN, c) Developer i Recykling sp. z o.o., d) PHU FOXMET M. C. – z wezwaniem z 28.08.2020 r. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (dalej RNC), w sytuacji gdy poprzednie wyjaśnienia nie zawierały dowodów oraz potwierdzały istnienie RLG w ofertach ww. wykonawców.

Odwołujący EP sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 SPzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RLG, który to wykonawca RLG nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, w odniesieniu do warunku dysponowania minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne (geodezyjne pomiary sytuacyjno-wysokościowe, realizacyjne i inwentaryzacyjne), który to warunek został opisany w pkt 5.3 ppkt 1 lit. a tiret siódme SIWZ;

- 2) art. 7 ust. 1 i 3 SPzp pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień i dowodów, które nie zostały złożone przez czterech wykonawców;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 SPzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy RLG jako oferty zawierającej rażąco niską, podczas gdy wykonawca RLG nie wykazał, że jego oferta nie zawiera RNC oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę RLG, pomijając fakt, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 SPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ULMAN jako oferty zawierającej rażąco niską, podczas gdy ww. wykonawca ULMAN nie wykazał, że jego oferta nie zawiera RNC oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ULMAN, pomijając fakt, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera RNC oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp 2004, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Developer i Recykling jako oferty zawierającej RNC, podczas gdy wykonawca Developer i Recykling nie wykazał, że jego oferta nie zawiera RNC oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Developer i Recykling, pomijając fakt, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp 2004, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FOXMET jako oferty zawierającej RNC, podczas gdy wykonawca FOXMET nie wykazał, że jego oferta nie zawiera RNC oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę FOXMET, pomijając fakt, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera RNC oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy;
- 7) art. 91 ust. 1 SPzp polegające na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę RLG w sytuacji, w której oferta wykonawcy RLG podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 SPzp;
- 8) art. 90 ust. 1 SPzp przez ponowne zwrócenie się do wykonawców 1) RLG 2) ULMAN 3) Developer i Recykling 4) FOXMET – z wezwaniem z 28.08.2020 r. do

złożenia dodatkowych wyjaśnień w ramach procedury wyjaśnienia RNC, w sytuacji gdy poprzednie wyjaśnienia nie zawierały dowodów oraz potwierdzały istnienie RNC w ofertach ww. wykonawców.

Odwołujący EP wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności z 24.05.2021 r. polegającej na wyborze oferty wykonawcy RLG;
- 2) dokonania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę RLG;
- 3) dokonania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ULMAN;
- 4) dokonania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Developer i Recykling;
- 5) dokonania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę FOXMET;
- 6) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

I. Odwołujący EP wskazał stan faktyczny:

1. Odwołujący EP stwierdził, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący EP wniósł do Prezesa Izby odwołanie w ustawowym terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego, która to informacja stanowiła podstawę do wniesienia odwołania.

2. W postępowaniu zostało złożonych 17 ofert.

Zamawiający przeznaczył 2 160 438,00 zł brutto na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

W wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej 27.07.2020 r. osiągnięto obniżki cen ofert, spośród których najniższa opiewała na 449 999,98 zł brutto. Odwołujący EP obniżył cenę do 1 953 000,00 zł brutto. Pozostali wykonawcy, których dotyczą zarzuty odwołania zaofiarowali podczas aukcji elektronicznej ceny (wykonawcy):

- 1) RLG – 640 000,00 zł brutto;
- 2) ULMAN – 650 000,00 zł brutto;
- 3) Developer i Recykling – 797 500,00 zł brutto;

4) Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET – 895 000,00 zł brutto.

Dowód: Informacja o wynikach aukcji elektronicznej z 29.07.2020 r.

3. Zamawiający przeprowadził procedurę badania rażąco niskiej ceny (dalej RNC) zarówno po otwarciu ofert jak i po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. W obu przypadkach dotyczyło to wykonawców: 1) RLG, 2) ULMAN, 3) Developer i Recykling, zaś w przypadku wykonawcy FOXMET zamawiający badał RNC wyłącznie po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Po raz pierwszy Zamawiający zwrócił się do wykonawców z wezwaniem do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w piśmie z 15.07.2020 r., w związku z ustaleniem, że zaproponowane przez ww. wykonawców ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia wzbudziły wątpliwości były niższe o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej Zamawiający ponownie przystąpił do procedury opisanej w art. 90 ust. 1 SPzp, gdyż oferty wszystkich wykonawców, których dotyczy odwołanie zawierały ceny niższe o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia, która została określona przez Zamawiającego na kwotę 4 620 34754 zł brutto, a zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 2 160 438100 zł brutto, tj. sumę przeszło dwukrotnie niższą od szacunkowej wartości zamówienia.

Zgodnie z wezwaniem z 30.07.2020 r. Zamawiający ponownie zwrócił 30.07.2020 r. do ww. wykonawców o udzielenie wyjaśnień dot. RNC, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty.

4. 25.05.2021 r. Odwołujący EP otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty wykonawcy RLG jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Poza ofertą wybraną jako najkorzystniejsza, Zamawiający ocenił i poddał klasyfikacji jako niepodlegające odrzuceniu oferty wykonawców: ULMAN, Developer i Recykling oraz FOXMET.

Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24.05.2021 r.

## II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

### 1. Brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę RLG

Do oferty wykonawcy RLG dołączono oświadczenie, z którego wynika, że wykonawca RLG nie polega na zasobach innych podmiotów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 1 do druku „FORMULARZ OFERTOWY”).

Dowód: oferta wykonawcy RLG z 14.07.2020 r.

Zgodnie z pkt 5.3 ppkt 1 lit. a tiret siódme SIWZ, Zamawiający miał uznać warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się dysponowaniem osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług,



kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi posiadającymi uprawnienia, w tym minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne (geodezyjne pomiary sytuacyjno-wysokościowe, realizacyjne i inwentaryzacyjne).

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów z 18.092020 r. wykonawca RLG przedstawił m.in. wykaz osób, gdzie pod pozycją nr 16 znalazł się p. JP (uprawniony geodeta), w przypadku którego jako podstawę dysponowania wskazano „umowę z G”. Do wykazu osób dołączono również zobowiązanie innego podmiotu (G) do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Z wykazu osób i z treści przytoczonego zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że wbrew oświadczeniu złożonemu wraz z ofertą, wykonawca RLG polega na zasobach innych podmiotów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro wykonawca RLG deklarował w ofercie samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to nie był uprawniony do wykazania spełniania tych warunków w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego.

Zdaniem Odwołującego EP, w analizowanej sytuacji nie znajduje zastosowania stanowisko TSUE wyrażone w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (tzw. wyrok w sprawie Esaprojekt).

Wykonawca RLG zrezygnował z możliwości wykazania własnych zasobów w omawianym zakresie przedstawiając Zamawiającemu wykaz osób w oparciu o zasoby innego podmiotu.

Zgodnie ze złożonym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, okres udziału tego podmiotu ogranicza się do maksymalnie kilku dni. Oznacza to, że wykonawca RLG nie będzie dysponował udostępnionym zasobem przez cały okres realizacji zamówienia (co jest konieczne dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu). Ponadto, zgodnie z załączonym wykazem osób wykonawca RLG wskazał jako podstawę do dysponowania umowę z podmiotem G. W dokumentacji postępowania brak tej umowy oraz oferty, na którą wykonawca RLG się powołuje.

## 2. Rażąco niska cena w ofercie wykonawcy RLG

Odwołujący EP stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy RLG dotyczące RNC są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca RLG nie zaoferował RNC i Wykonawca RLG nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania Zamawiającego.

Odwołujący EP zarzucił wykonawcy RLG niedoszacowanie kosztów wykonania rozbiórki rurociągu obiegu chłodniczego ob. 103 oraz budynku pompowni wody chłodzącej, gdyż zaoferowana cena 11 046,02 zł brutto jest ceną, która nie pozwala nawet na pokrycie kosztów wykonania zamówienia, nie dając wykonawcy RLG najmniejszego choćby zysku. Wykonawca RLG w wyjaśnieniach RNC nie ujął kosztów wypełnienia niecki po rozbiórcie

rurociągu z rury 2x DN 700 w ilości ok. 34 m<sup>3</sup> (materiału zasypowego) przyjmując jedynie humusowanie na powierzchni 45 m<sup>2</sup> jak w przedmiarze (humusowanie z obsianiem przy grubości warstwy 5 cm x 45 m<sup>2</sup>). Tymczasem, po usunięciu rurociągu powstanie pustka którą należy wypełnić materiałem zasypowym, a jedynie wierzchnią warstwę pokryć humusem i posiać trawę.

W zakresie kosztów rozbiórki budynku pompowni wody chłodzącej wykonawca RLG zaniżył koszty dostawy kruszywa do zasypu. W pozycji 13 przedmiaru, kosztorysu wykonawca RLG błędnie podał ilość gruzu do dostawy w ilości 224,15 m<sup>3</sup>, a powinno być 650,2 m<sup>3</sup> (co wynika z pojemności niecki do zasypiania), czyli ilość gruzu uzyskanego z rozbiórki (poz. 7, 8, 9 kosztorysu na 340,12 m<sup>3</sup>) nie wystarczy zatem do wypełnienia niecki. Brakującą ilość wykonawca RLG musi zakupić i dostarczyć do zasypki.

Wykonawca RLG nie wyjaśnił wpływu faktu korzystania z podwykonawstwa na cenę oferty.

Ponadto odwołujący EP wskazał, że wykonawca RLG:

- 1) nie uwzględnił w cenie oferty kosztów ochrony fizycznej;
- 2) nie uwzględnił w cenie oferty kosztów zaplecza budowy;
- 3) nie uwzględnił w cenie oferty kosztów wykonania inwentaryzacji geodezyjnej;
- 4) nie uwzględnił w cenie oferty kosztów wykonania demontażu i utylizacji płyt azbestowych;
- 5) nie wyjaśnił przyczyn skrócenia okresu realizacji zamówienia o 14 (obniżenia ceny oferty po aukcji elektronicznej);
- 6) nie wyjaśnił przyczyn modyfikacji kosztów zatrudnienia pracowników;
- 7) nie wyjaśnił przyczyn modyfikacji kosztów przekruszu betonowego;
- 8) nie wyjaśnił konieczności zatrudnienia pracowników w godzinach nadliczbowych w związku ze skróceniem terminu realizacji zamówienia o 14 dni;
- 9) nie wyjaśnił kosztów pracy samochodów ciężarowych;
- 10) nie wyjaśnił wpływu pracy w systemie zmianowym na koszt wykonania zamówienia;
- 11) nie wyjaśnił rozbieżności w przyjętych kosztach zabezpieczenia terenu rozbiórki;
- 12) nie wyjaśnił rozbieżności w wysokości zakładanego zysku w realizacji zamówienia;
- 13) zaniżył ilość gruzu przeznaczanego do utylizacji oraz koszty transportu tego gruzu;
- 14) zaniżył ilości materiału do zasypu.

Odwołujący EP wskazał także na kwestie RNC w ofercie wykonawcy ULMAN. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pismem z 20.07.2020 r. wykonawca ULMAN, że kalkulacja ceny oferty wykonawcy ULMAN wynikała z tego, że:

1) wykonawca ULMAN jest małą firmą i jego koszty ogólne są niskie w porównaniu do firm średnich i dużych;

2) siedziba znajduje się w budynku prywatnym będącym własnością wykonawcy i cały park maszynowy mieści się na posesji prywatnej w związku z powyższym wykonawca ponosi znikome koszty utrzymania biura oraz zerowe koszty związane z przechowywaniem maszyn i urządzeń;

3) wykonawca ULMAN poza wyburzeniami zajmuje się obrotem odpadami, ma więc własne kontenery i środki transportu, tak więc koszty wywozu gruzu i pozostałych odpadów są zmniejszane do minimum;

4) związku z prowadzonymi pracami wykonawca ULMAN ma zapotrzebowanie na materiał porozbiórkowy, który zostanie przekruszony i następnie wbudowany;

5) wykonawca ULMAN jest właścicielem całego sprzętu specjalistycznego służącego do rozbiórek, w tym posiada: koparki, samochody samowyladowcze, dźwig samojezdny 50 t, nożyce hydrauliczne itp.; żadna z tych maszyn nie jest leasingowana, a więc koszty pośrednie prowadzenia działalności są ograniczone do minimum;

6) głównym czynnikiem wpływającym na obniżenie czasu prowadzenia oraz kosztów rozbiórki jest zmiana technologii prowadzenia prac rozbiórkowych z ręcznych na mechaniczne oraz zastosowanie różnego rodzaju maszyn pomocniczych przyspieszających tempo prac, o opanował wykonawca ULMAN i co zastosuje ten wykonawca podczas realizacji zamówienia.

Jednak zdaniem odwołującego EP argumentacja wykonawcy ULMAN jest ogólnikowa i gołosłowna.

Dowód: wyjaśnienia wykonawcy ULMAN z 3.08.2020 r. i z 31.08.2020 r.

W szczególności zdaniem odwołującego EP, wykonawca ULMAN nie wyjaśnił w jaki sposób możliwe było tak drastyczne obniżenie ceny do kwoty 650 000,00 zł brutto (aukcja elektroniczna z 27.07.2020 r.). Ponadto złożone wyjaśnienia nie zawierają elementu kalkulacyjnego, z którego wynikałoby z jakich powodów doszło do tak znaczącej optymalizacji ceny oferty. Dlatego też, na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający nie był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez wykonawcę ULMAN nie jest RNC.

Także wykonawca ULMAN nie wykazał wysokości ponoszonych kosztów, nie podał wpływu wymienionych przez siebie czynników na wysokość ceny, a przede wszystkim nie przedstawił żadnych dowodów, których złożenia zamawiający wprost oczekiwał, co wynikało z treści ww. pisma. Zwłaszcza zamawiający oczekiwał wskazania w kalkulacji kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienia, dlaczego koszty te skalkulowano w takim wymiarze. Wykonawca ULMAN obowiązany był wykazać i udowodnić, że przyjęte koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki

godzinowej określonej we właściwych przepisach. Ponadto w kalkulacji należało uwzględnić koszty pracodawcy wynikające z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Wykonawca ULMAN nie wykazał tych okoliczności. W szczególności nie wykazał zarobków pracowników ani ich liczby podczas wykonywania zamówienia. Również zmiana technologii prowadzenia prac rozbiórkowych z ręcznych na mechaniczne oraz zastosowanie różnego rodzaju maszyn pomocniczych przyspieszających tempo prac nie może być argumentem, gdyż współczesne metody rozbiórki obiektów budowlanych opierają na zastosowaniu takich właśnie metod. Mechaniczny sposób wyburzenia obiektów składających się na przedmiot zamówienia wynika wprost z dokumentacji projektowej załączonej do SIWZ. Wykonawca ULMAN nie ma zatem podstaw by twierdzić, że przyjęta przez niego technologia wykonania rozbiórki wyróżnia go w szczególny sposób na tle innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, bo wszyscy wykorzystują ciężki sprzęt wyburzeniowy minimalizując udział prac ręcznych.

Złożone przez wykonawcę ULMAN głośowne wyjaśnienia ceny oferty, niepoparte dowodami dotyczącymi zasadniczych kosztów realizacji zamówienia, nie zasługiwały na pozytywną ocenę zamawiającego.

Odwołujący EP wskazał również na zagadnienie RNC w ofercie wykonawcy Developer i Recykling (dalej wykonawca DIR). Wykonawca DIR w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożył wyjaśnienia ogólnikowe i głośowne. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów potwierdzających prawdziwość twierdzeń przedstawionych przez wykonawcę DIR (przykładowo: listy płac, umowy z pracownikami i zleceniobiorcami, wykaz środków trwałych, umowy najmu lub leasingu, faktury, inne umowy, cenniki lub oferty itp.). Wyjaśnienia wykonawcy DIR z 20.07.2020 r. nie zawierają żadnych elementów kalkulacyjnych (nie jest to kalkulacja szczegółowa) oraz jakichkolwiek dowodów. Treść wyjaśnień nie odpowiada treści wezwania (wyjaśnienia nie dotyczą elementów wymienionych w wezwaniu).

Ponadto wyjaśnienia wykonawcy DIR z 31.07.2020 r. udzielone w odpowiedzi na wezwanie z 30.07.2020 r. ponownie nie zawierają żadnych dowodów a kalkulacja nie jest szczegółowa. Również treść wyjaśnień nie odpowiada treści wezwania (wyjaśnienia nie dotyczą elementów wymienionych w wezwaniu).

W wyjaśnieniach przedstawionych po aukcji elektronicznej (pismo z 31.07.2020 r.) wykonawca DIR obniżył koszty wykonania zamówienia w porównaniu do wyjaśnień złożonych po otwarciu ofert. Ponadto obniżono liczbę pracowników, czas ich pracy oraz wynagrodzenie jednostkowe z 25 zł na 20 zł za 1 roboczogodzinę. Również wykonawca DIR nie przedstawił uzasadnienia dlaczego obniżono nakłady na robociznę, w tym w szczególności dlaczego obniżono wynagrodzenie pracowników.

Dodatkowe wezwanie Zamawiającego z 28.08.2020 r. jest bezpodstawne, ponieważ o wyjaśnienie tych samych elementów Zamawiający zwracał się w wezwaniu z 30.07.2020 r., a uprzednio wykonawca DIR dwukrotnie nie przedstawił żadnych dowodów i przedstawiona kalkulacja nadal nie zawierała elementów kalkulacyjnych i nie była szczegółowa.

Także zdaniem odwołującego EP wyjaśnienia wykonawcy DIR z 31.08.2020 r. nie są spójne z wyjaśnieniami udzielonymi w piśmie z 31.07.2020 r.

W kalkulacji z 31.08.2020 r. pojawiły się rozbieżności w zakresie kosztów rozbiórki poszczególnych obiektów.

Także poszczególne składowe cen też się różnią w zależności od daty z jakiej pochodzą wyjaśnienia.

Według odwołującego EP zaniżone zostały również koszty ochrony terenu rozbiórki (analogicznie jak w przypadku innych kwestionowanych ofert).

Wobec braku jakichkolwiek dowodów nie można ustalić, czy przedstawiony przez wykonawcę DIR sposób skonstruowania zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia był rzetelny i wiarygodny. A wobec istnienia ciężaru dowodu w zakresie braku istnienia RNC, który obciąża wykonawcę, nie sposób konwalidować braku dowodów na aktualnym etapie postępowania.

Z momentem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 SPzp, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę.

Zdaniem Odwołującego EP wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę DIR na wezwanie zamawiającego nie spełniają podstawowych wymagań w zakresie dokładności, rzetelności oraz mocy dowodowej, o których mowa w art. 90 ust. 1 SPzp. Złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nieodpowiadających na wezwanie zamawiającego, nieprzekonujących, że cena oferty została obliczona rzetelnie jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle. Przyczyną odrzucenia oferty nie jest wówczas fakt, że cena danej oferty jest rażąco niska, lecz brak wykazania tego przez wykonawcę.

Odwołujący EP przedstawił także problem RNC w ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. (dalej wykonawca FOX)

Wykonawca FOX w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podobnie jak wcześniej omawiani wykonawcy złożył wyjaśnienia ogólnikowe i w znacznej części gołosłowne. Do wyjaśnień nie załączono dowodów potwierdzających prawdziwość twierdzeń przedstawionych przez wykonawcę FOX.

Wykonawca FOX:

- 1) nie doszacował kosztów wykonania kruszenia gruzu z rozbiórki;

- 2) nie doszacował kosztów rozbiórki obiektu chłodnia wentylatorowa;
- 3) nie doszacował kosztów wykonania rozbiórki obiektu budynek sprężarek;
- 4) nie doszacował kosztów wykonania rozbiórki obiektu budynek pompowni.

Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy FOX z 31.07.2020 r. koszty wykonania rozbiórki budynku pompowni wynoszą 57 786,97 zł brutto, co przewyższa cenę podaną w formularzu ofertowym 53 269,28 zł brutto (cena pomniejszona proporcjonalnie po aukcji elektronicznej).

Łączna kwota niedoszacowanych kosztów wykonania zamówienia w ofercie wykonawcy FOX sięga sumy 167 458,25 zł netto. Mając na uwadze zadeklarowany przez wykonawcę FOX łączny zysk z realizacji zamówienia (82 003,04 zł netto), odwołujący EP stwierdził, że deklarowany zysk nie pokryje ww. niedoszacowań.

Ponadto wykonawca FOX – zdaniem odwołującego EP – zaniżył koszty wykonania rozbiórki rurociągu i zaniżył koszty utylizacji akumulatorów i oleju elektroizolacyjnego.

Odwołujący EP podkreślił, że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawców 1) RLG, 2) ULMAN, 3) DIR, 4) FOX – powinna skutkować odrzuceniem wskazanych ofert, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne i nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez zamawiającego.

Z wcześniej przedstawionymi zarzutami koresponduje zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 SPzp, przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez ww. wykonawców.

Skoro Zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, to nie powinien premiować wykonawców, którzy takich dowodów nie dostarczyli. Takie preferencyjne traktowanie ww. wykonawców odbyło się bowiem z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego EP. Ponadto naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 SPzp było naruszenie art. 90 ust. 1 SPzp przez ponowne zwrócenie się do ww. wykonawców z wezwaniem z 28.08.2020 r. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w ramach procedury wyjaśnienia RNC, w sytuacji gdy poprzednie wyjaśnienia nie zawierały dowodów oraz potwierdzały istnienie RNC w ofertach ww. wykonawców

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 31.05.2021 r. (poniedziałek) (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 1.06.2021 r. (art. 524 NPzp).

02.06.2021 r. wykonawca RLG złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

04.06.2021 r. wykonawca D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ulman D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 25.06.2021 r. (art. 521 ust. 1 NPzp). Zamawiający wniósł o dorzucenie odwołania bądź o oddalenie odwołania.

### **Sygn. akt: KIO 1639/21, KIO 1667/21**

#### **Krajowa Izba Odwoławczą ustaliła i zważyła co następuje:**

Na podstawie dokonanych ustaleń, w sprawie toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba postanowiła odrzucić oba odwołania, jako wniesione bez podstawy prawnej, to jest w sytuacji gdy to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie podlega ustawie NPzp.

O powyższym Izba orzekła, kwalifikując rozpoznawane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jako zamówienie sektorowe w zakresie wydobycia węgla kamiennego, do którego stosuje się ustawę NPzp tylko wtedy gdy wartość zamówienia jest równa kwotom unijnym lub przekracza kwoty unijne, co wynika z art. 2 ust. 1 pkt 2 NPzp, który to przepis brzmi »Przepisy ustawy stosuje się do udzielania [...] zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych«.

15.06.2020 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem BZP 550647-N-2020. W związku z tym postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) i – w zakresie środków ochrony prawnej – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego jest »Rozbiórka 4 obiektów budowlanych ZPMW [Zakład Przeróbki Mechanicznej Węgla] zlokalizowanych na terenie SRK S.A. Oddział w

Suszczy KWK „Krupiński” wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia”, numer referencyjny: ZP-K-0004/20».

W BZP zamawiający nie podał wartości zamówienia jednak jest rzeczą bezsporną, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty unijne, o czym zamawiający powiadomił pismem [KIO 1639/21] z 9.06.2021 r. i pismem [KIO 1667/21] z 14.06.2021 r. stwierdzając, że cyt. »Szacunkowa wartość zamówienia łącznie wynosi 3 756 380,11 zł netto, co stanowi równowartość 879 858,55 euro«.

Na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (17.02.2021 r.), zgodnie z obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M. P. poz. 11), próg unijny, cyt. »w przypadku zamówień sektorowych na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających sektorowych – wynosi 5 350 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 22 840 755 zł« (tytuł III pkt 2 załącznika do obwieszczenia).

Zamawiający wniósł w obu sprawach odpowiedzi na odwołanie 24.06.2021 r. wnioskując o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 NPzp ewentualnie o oddalenie odwołania. Art. 528 pkt 1 NPzp brzmi »Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że [...] w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy«.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy NPzp na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 2 NPzp, który to przepis brzmi »Przepisy ustawy stosuje się do udzielania [...] zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych«.

W postępowaniu jest bezsporne, że ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych, a nie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a na prawidłowość zamieszczenia ogłoszenia w tym organie wskazuje też wartość zamówienia podana m.in. w »Protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego« prowadzonym przez zamawiającego – znak sprawy ZP-K-0004/20.

W związku z tym Izba stwierdziła, że w przedmiotowe postępowanie nie kwalifikuje się do zamówień sektorowych z uwagi na wartość zamówienia, która nie dopuszcza do zakwalifikowania postępowania do procedury sektorowej, gdyż przepis wymaga co najmniej wartości równej kwotom wynikającym z art. 2 ust. 1 pkt 2 i art. 3 NPzp. Wartość przedmiotowego postępowania jest niższa, a ustawę stosuje się do udzielania zamówień sektorowych, jeżeli wartość zamówienia jest co najmniej równa progom unijnym.



Kolejnymi przesłankami wymaganymi do zakwalifikowania rozpoznawanego zamówienia do zamówienia sektorowego jest rodzaj podmiotu, który udziela zamówienia oraz rodzaj prowadzonej przez ten podmiot działalności, co jest zdefiniowane w art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 4 pkt 7 NPzp. Art. 5 ust. 1 pkt 1 NPzp brzmi »Przepisy ustawy stosuje się do zamawiających sektorowych, którymi są [...] zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4«, a art. 5 ust. 4 pkt 7 NPzp brzmi »Działalnością sektorową w zakresie [...] wydobywania paliw jest działalność polegająca na wydobywaniu ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwaniu lub wydobywaniu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych«.

Zamawiający jest podmiotem, który został wymieniony ze względu na rodzaj oraz charakter prowadzonej działalności w art. 5 ust. 1 pkt 1 NPzp. Przywołane przepisy w rozpoznawanej sprawie nakazują stosowanie ustawy NPzp do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 NPzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wydobywania węgla kamiennego – art. 5 ust. 4 pkt 7 NPzp, jednak nie zezwala na stosowanie ustawy NPzp wartość zamówienia, która jest zbyt niska, bo jest mniejsza niż wymaga tego przytoczony wcześniej art. 2 ust. 1 pkt 2 NPzp.

Ponadto zamówienie dotyczy wydobywania węgla kamiennego chociaż opiewa na »Rozbiórkę 4 obiektów budowlanych ZPMW [Zakład Przeróbki Mechanicznej Węgla] zlokalizowanych na terenie SRK S.A. Oddział w Suszcu KWK „Krupiński” wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia.

Nie sposób przyjąć, że przeznaczeniem samym w sobie przedmiotu rozpoznawanego zamówienia jest rozbiórka jakichkolwiek budowli, ale obiektów związanych z wydobywaniem węgla kamiennego – budynków Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla, a bez znaczenia jest czy zamawiana robota budowlana będzie służyć wszczęciu bądź prowadzeniu czy wygaszeniu wydobywania węgla kamiennego.

W ocenie Izby konkretny przedmiot zamówienia jest związany z wydobywaniem węgla kamiennego i jest związany z wydobywaniem kopalin ze złóż, a więc obejmuje podejmowanie, wykonywanie oraz kończenie działalności w myśl art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2020 r. poz. 1064, 1339 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 234, 784i 914), który to przepis brzmi »Ustawa określa zasady i warunki podejmowania, wykonywania oraz zakończenia działalności w zakresie [...] wydobywania kopalin ze złóż«.

W związku z tym Izba stwierdza, że wydobywanie węgla kamiennego, obejmuje nie tylko sam proces wydobywania węgla kamiennego, ale również proces przygotowania do

wydobywania, a także proces kończenia czyli likwidacji działalności w zakresie wydobywania kopalin ze złóż.

Z tego względu pojęcie wydobycia węgla kamiennego [art. 5 ust. 4 pkt 7 NPzp] nie można odczytywać wprost i w sposób zawężający, ale tak jak stanowi o tym podstawowy dla danej dziedziny akt prawny jakim jest w tym przypadku ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze. A więc wydobywaniem węgla w znaczeniu art. 1 ust. 1 pkt 2 przytoczonej ustawy podejmowanie, przygotowywanie, wykonywanie zabezpieczanie czy kończenie działalności, traktując to jako jedną, nierozdzieloną całość działalności przedsiębiorstwa górniczego.

Skutkuje to stwierdzeniem Izby, że zamawiający stosuje próg wyznaczony w przytoczonym wyżej art. 3 ust. 1 pkt 2 NPzp.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji postanowienia odrzucając oba odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 NPzp mając na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest zamówienie sektorowe i wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przytoczonych wyżej przepisach.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) zaliczając uiszczone wpisy w koszty postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....