

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2020 r. przez wykonawcę: **GRANI-TEC D. P. i D. A. s.c., ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm: **1. Rudpol-OPA Sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 50, 41-701 Ruda Śląska; 2. OPA Ekspert Sp. z o.o., ul. Sądowa 7, 41-605 Świętochłowice; 3. Karbon Sp. z o.o., ul. Obroki 77, 40-833 Katowice** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: Rudpol-OPA Sp. z o.o.; OPA Ekspert Sp. z o.o.; Karbon Sp. z o.o.,**
- 2) powtórzenie czynności badania tej oferty w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny,**
- 3) ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu;**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie:

dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: GRANI-TEC D. P. i D. A. s.c. ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik – tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom na rzecz wykonawcy: GRANI-TEC D. P. i D. A. s.c., ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik kwotę: **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.) na 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 – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Likwidacja szybu wentylacyjnego Południowy wraz z przynależną infrastrukturą w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze” Zadanie 1 - Likwidacja szybu wentylacyjnego Południowy Zadanie 2 - Rozbiórka wieży szybowej szybu Południowy Zadanie 3 - Rozbiórka budynku wciągarki szybu Południowy Zadanie 4 - Wykonanie płyty zamykającej szyb Południowy, Numer referencyjny: ZP-M-0007/20, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, nr 524750-N-2020 z dnia 2020-03-19.

Odwołujący - GRANI-TEC D. P. i D. A. s.c. z siedzibą w Rybniku – wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na nie wybraniu oferty Odwołującego w ww. postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty Dominex sp. z o.o. w Świętochłowicach, który nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rudpol-Opa sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej oraz Dominex sp. z o.o. w Świętochłowicach jako zawierających rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlegającej w ten sposób odrzuceniu,
3. art. 90 ust. 1 poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i wybór oferty przedstawiającej rażąco niską cenę ofertową, niepozwalającą na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazującą na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy i niepozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności Zamawiającego, a także o powtórzenie czynności oceny ofert względem wykonawcy: Rudpol-Opa sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej oraz Dominex sp. z o.o. w Świętochłowicach i w jej wyniku odrzucenie oferty tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem jest uczestnikiem postępowania.

Wskazał, że postępowaniu zachodzą wątpliwości, czy oferty Rudpol-Opa sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej oraz Dominex sp. z o.o. w Świętochłowicach nie powinny zostać odrzucone, albowiem nie jest prawidłowe zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” jedynie do oceny oferty pod kątem warunków ustalonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wykładni systemowej ustawy. Wskazując w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp na wybór najkorzystniejszej oferty, jako możliwy przedmiot odwołania od czynności zamawiającego, stwierdził, że ustawodawca nie dokonał wartościowania przesłanek, z punktu widzenia których zamawiający powinien był dokonać takiego wyboru oferty. Zaskarżenie wyboru najkorzystniejszej oferty może nastąpić ze względu na to, że wybrana oferta w ogóle nie podlegała ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 91 Pzp, gdyż wymagała odrzucenia lub też wykonawcę który ją złożył - wykluczenia, jak i ze względu na to, że wybrana oferta została nieprawidłowo oceniona w świetle przesłanek określonych w art. 91 Pzp.

Ustawodawca przesądził w przepisach Prawa zamówień publicznych, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślił, że od wykonawcy oczekuje się staranności w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 i następnych Pzp, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca wezwany, w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny, sformułował generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Za takie w ocenie Odwołującego nie były wyjaśnienia złożone przez Rudpol-Opa sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej powołujących się chociażby na doświadczenie własne, nie wskazując w jaki sposób wpływa ono na obniżenie sposobu czy metody realizacji zamówienia. Wyjaśnienia złożone przez Rudpol-Opa sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej z dnia 1 czerwca 2020 r. jedynie w sposób lakoniczny prezentują stanowisko wykonawcy w zakresie wysokości ceny. Wykonawca nie wskazywał jakie to rozwiązania techniczne pozwolą na wykonanie prac w cenie przedstawionej w ofercie. Sam fakt posiadania wdrożenia poszczególnych systemów wśród członków konsorcjum nie uzasadnia zaproponowania tak rażąco niskiej ceny i nie daje podstaw do jakiegokolwiek analizy obniżenia kosztów pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich.

W przypadku natomiast kosztów pracowniczych spółka nie przedstawiła żadnych dowodów uwiarygodniających jego twierdzenia, żadnej kalkulacji czy informacji wskazujących na możliwość obniżenia ceny. W wyjaśnieniach zamawiający wielokrotnie powoływał się na

wysoko wykwalifikowany zespół pracowników do realizacji prac, jednak nie wskazał na wysokość tych kosztów pracy,

Spółka Dominex sp. z o.o. w Świętochłowicach nie udzieliła wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania,

W doktrynie i orzecznictwie zgodnie podnoszone jest, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W złożonych wyjaśnieniach wynagrodzenie szacowane jest na 1 % zamówienia, co już samo w sobie stanowi asumpt do przyjęcia, że jest to cena rażąco niska.

Zagadnienie braku podstaw prawnych wezwania wykonawcy do wyjaśnień oraz odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny było przedmiotem wyroku z dnia 4 października 2018 r., KIO 1886/18, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że stwierdzenie naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (zaniechanie obowiązku wezwania do wyjaśnień), uzależnione jest od tego, czy zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wartość zamówienia Zamawiający szacuje przed wszczęciem postępowania. Przepisy uzależniają obowiązek wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny od jej stosunku do wartości zamówienia (art. 90 ust. 1a Prawa zamówień publicznych). Zatem punktem odniesienia jest wartość zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, z uwagi na to, że obie spółki złożyły wystarczające wyjaśnienia dotyczące ceny ofert wykonawców wskazanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego (obecne strony), Izba uznała, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - konsorcjum firm: 1. Rudpol-OPA Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej; 2. OPA Ekspert Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach; 3. Karbon Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, w wyniku spełnienia przesłanek ustawowych skutecznego przystąpienia (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp), stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego (Przystępującym). Odwołujący cofnął zarzuty i żądania wobec wykonawcy

Dominex Sp. z o.o. w Świętochłowicach, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, z uwagi na brak podstaw zaskarżenia, zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Podtrzymał zarzuty i żądania wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum firm: 1. Rudpol-OPA Sp. z o.o.; 2. OPA Ekspert Sp. z o.o.; 3. Karbon Sp. z o.o.

Na rozprawie strony złożyły do protokołu następujące oświadczenia.

Odwołujący wskazał wezwanie Zamawiającego skierowane do konsorcjum (Przystępującego) z 27.05.2020 r., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami - podkreślając, że Zamawiający wzywał wykonawcę do przedstawienia faktur (pkt 5 wezwania).

Uznał, że wybrany wykonawca przedstawił w piśmie z 01.06.2020 r. wyjaśnienia – w zbyt ogólne, lakoniczne i niekonkretne. Odwołujący wskazał specyfikację przedmiotu zamówienia (SIWZ) – materiały zasypowe do zasypania szybów (charakterystyka). Podniósł, że opis zawarty w SIWZ został uszczegółowiony w dokumentacji projektowej, w której Zamawiający wskazał z nazwy potencjalnych dostawców kruszywa zasypowego (ze względu na specyfikę kruszywa).

W dokumentacji projektowej (Projekt techniczny likwidacji szybu „Południowego” wraz z przynależną infrastrukturą), począwszy od strony 42 - pn. „Charakterystyka poszczególnych materiałów zasypowych”, określono wymagania - $1,8T/m^3$. Odwołujący wskazując ten opis stwierdził, że istotę stanowi gęstość zasypowa (objętościowa) materiałów. Wskazał, że wykonawca zaoferował mniejszą ilość materiałów zasypowych, zatem wynika z tego, że są one o niższej gęstości. Ogólnie do wykonania zamówienia potrzeba materiału zasypowego o objętości około $5383 m^3$ dla zadania nr 1. Metr sześcienny materiału waży 2,7 tony. Wykonawca zaoferował 9 tys. ton, w sytuacji gdy niezbędne jest około 14,5 tys. ton. Różnica, przekładająca się na cenę oferty, w tym przypadku wynosiłaby około 150 tys. zł. Zamawiający wymagał materiału zasypowego o gęstości objętościowej powyżej $1,8 T/m^3$, natomiast wybrany wykonawca zaoferował $1,5 T/m^3$.

Odwołujący złożył do akt wyciąg ze specyfikacji, str. 25 i 26 (SIWZ), gdzie zamieszczono opis „Charakterystyka materiałów zasypowych”. Odwołujący wskazał niedoszacowanie ceny oferty wykonawcy - Przystępującego precyzując, że wykonawca ten oferujący 9 tys. ton, zmniejszył zaoferowaną ilość w stosunku do wymagań o 5 334 tony. Przy zaoferowanej cenie 28 zł za tonę, niedoszacowanie wynosi 154 tys. zł. Odwołujący wskazał kosztorys, pozycja 27, w którym podano, że wymagano 13 994 tony materiału zasypowego nr 1. Wyjaśnił, że w zadaniu nr 1 zastosowanie mają materiały zasypowe oznaczone numerami od 1 do 7.

Stwierdził, że spornym, co do ilości jest materiał nr 6. Ilość materiału potrzebnego do zasypu, to materiał o objętości około $4 903 m^3$ (str. 26 SIWZ). W wyjaśnieniach z 01.06.2020 r. w punkcie 2.6 Kalkulacji robót dla realizacji zamówienia, w pkt 2 – „Materiały” – wykonawca

wskazał, że oferowany materiał zasypowy nr 6 o objętości 4 903 m³ ma wartość 3 928,04 zł + materiał pozyskany z rozbiórki. Odwołujący zakwestionował materiał z rozbiórki, wskazując, że pochodzi on z rozbiórki w wyniku wykonania zadań nr 2 i nr 3, z których nie uzyska się takiej ilości materiału, jaka jest potrzebna przy połączeniu oferowanej standardowej ilości wymaganej przez Zamawiającego, by wykonać zasyp materiałem nr 6, chodzi o ilość objętości zasypu - 4800 m³ brakującej zasypki. Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał rodzaj materiału zasypowego w specyfikacji na str. 26 – „Materiał zasypowy nr 6”. Z przedmiaru, kosztorysu na str. 32 „Materiały”, wynika, że do zasypu w zadaniu 1 potrzeba dostarczyć materiał oznaczony nr 6 w ilości 8321 ton. Zdaniem Odwołującego zapotrzebowanie wynosi jednak ok. 12 000 ton. Odwołujący podważył jednostkowe ceny rynkowe materiałów od nr 1 do 7 wykazu wynoszące 28 zł za tonę. Oświadczył, że cena ta powinna wynosić 32 zł plus koszt transportu, czyli dodatkowe 15 zł, co łącznie stanowi 47 zł od tony. Wskazał, że podaną cenę rynkową należy przyjąć, jako cenę oferowaną przez dostawców materiałów wskazanych imiennie przez Zamawiającego, gdyż podmioty te spełniają parametry wyznaczone przez Zamawiającego. Wskazał, że materiał w zasypach może być zastępczy, byleby spełniał wymagane parametry opisane w SIWZ. Podkreślił, że Przystępujący nie wykazał w wyjaśnieniach środków transportu. W zakresie wymaganej kadry, Przystępujący opisał bardzo ogólnie swoją ofertę w sytuacji, gdy Zamawiający wymagał określonej ilości osób, w tym również ilości osób na poszczególnej zmianie. W zakresie dozoru technicznego, który podkreślił Odwołujący, Zamawiający wymagał 6 osób ścisłego dozoru technicznego pracującego pod nadzorem oraz jednej osoby w charakterze kierownika budowy.

Powołał się na stronę 4 wyjaśnień wykonawcy (01.06.2020 r.), gdzie w punkcie 1.5 podano, że wykonanie tam izolacyjno-oporowych, murowych zrealizuje pięciu pracowników za cenę 248 tys. zł. Przy czym wykonawca składający wyjaśnienia (lider) wskazał, że szczegółową kalkulację do wykonania tam przygotował członek konsorcjum - firma Karbon Sp. z o.o., tymczasem firma ta przedstawiła w Szczegółowym kosztorysie Wykonawcy (Karbon) na wykonanie tam izolacyjno-oporowych, murowanych w zestawieniu kosztów w pkt 4 wyliczenie ceny całkowitej, że kwota 248 tys. zł wynika z zestawienia kosztów robocizny, a po dodaniu materiałów i sprzętu suma netto wynosi 320 720 zł, powyższe potwierdza, że kwota 248 000 zł, jest to koszt wyłącznie robocizny.

Wskazał wyjaśnienia w pkt 1 na str. 1 pisma z dnia 01.06.2020 r. Stwierdził, że Przystępujący nie uwzględnił w swojej kalkulacji cen elementów wymienionych w tym punkcie (Oszczędność metody wykonania zamówienia). Wskazał ostatnią stronę wyjaśnień pt. „Podsumowanie dla całości zamówienia - suma zadań 1-4”, podniósł, że przedstawione koszty pośrednie liczone są od materiału, sprzętu i robocizny (5%), w sytuacji, gdy w ocenie Odwołującego, koszty pośrednie powinny być liczone tylko od robocizny i sprzętu lub ewentualnie zysku od kosztów pośrednich. Stwierdził, że koszty pośrednie są zaniżone,

ponieważ są to koszty zarządu w 40%, a w 60% wszelkie inne koszty budowy.

Odwołujący podniósł, że kwestionowanie powyższych wyjaśnień i stwierdzenia dotyczącego ceny oferty Przystępującego, jest to rozwinięcie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Zebrany materiał, w ocenie Odwołującego, jest wystarczający do oceny oferty firmy Rudpol-OPA i w konsekwencji jej odrzucenia.

Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie w przedmiocie oddalenia odwołania. Wskazał, że oferta została właściwie zbadana i oceniona. Wybrany wykonawca złożył, w ocenie Zamawiającego, wystarczające, kompletne wyjaśnienia.

Wyjaśnił, że Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, pierwsze wezwanie z dnia 06.05.2020 r., wyjaśnienia złożone 12.05.2020 r., po tym złożeniu wyjaśnień została wydana opinia w sprawie wyjaśnień (nazwana opinią uzupełniającą) z dnia 13.05.2020 r.; drugie wezwanie z 27.05.2020 r., wyjaśnienia złożone 01.06.2020 r. Drugie wezwanie z wyjaśnieniami i z trzema opiniami, zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie. Pierwsze wezwanie, wyjaśnienia i opinię uzupełniającą Zamawiający złożył do akt sprawy.

Zamawiający potwierdził, że w SIWZ była wyszczególniona ilość materiału o objętości zasypu 5383 m³ i wskazana gęstość objętościowa 1,8 T/m³, co stanowi ok. 9 689 ton.

Co do poszczególnych pozycji wskazywanych przez Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że cena oferty została uznana, jako cena realna pozwalająca na wykonanie zamówienia, nie negując przy tym ustaleń Odwołującego.

Izba ustaliła

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24.06.2020 r., Zamawiający przedstawił uzyskaną punktację ofert 3. wykonawców z zastosowaniem kryteriów oceny ofert: cena i okres gwarancji:

- 1) oferta wybrana Konsorcjum – Lider Rudpol Opa Sp. z o.o. – łącznie 100 punktów, w tym 95+5,
- 2) oferta Konsorcjum - Lider Dominex Sp. z o.o. – łącznie 85,40 punktów, w tym 82,40+3,
- 3) oferta Odwołującego – łącznie 69,42 punktów, w tym 69,42+5.

W wezwaniach do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny skierowanych do wykonawcy wybranej oferty (pierwsze wezwanie z dnia 06.05.2020 r., drugie wezwanie z 27.05.2020 r.)

– na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 oraz w zakresie wyspecyfikowanych szczegółowo zagadnień wskazując m.in.: robociznę, materiał, sprzęt, koszty pośrednie i zysk, podkreślając każdorazowo, że art. 90 ust. 2 ustawy zobowiązuje wykonawcę do wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Wykonawca składał wyjaśnienia: pierwsze z 12.05.2020 r., drugie z 01.06.2020 r. –

zawierające część opisową oraz Kalkulację robót dla realizacji zamówienia.

Opinie Zamawiającego, to ocena wyjaśnień wykonawcy: opinie uzupełniające z 13.05.2020 r., z 04.06.2020 r., opinia z 01.07.2020 r., opinia uzupełniająca II z 10.07.2020 r.

Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające do oceny oferty, jako nie spełniające znamion oferty z rażąco niską ceną oraz, że: -przedstawione w kalkulacji koszty zostały szczegółowo opisane, -zgodnie z załączonym wzorem zamieszczonym w piśmie L.dz. SRK/NZ/1256/PW z dnia 27.05.2020 r., -wszystkie firmy biorące udział w postępowaniu przetargowym znacząco obniżyły wycenę przedmiotu zamówienia. W wyniku przeprowadzonej aukcji 4 firmy biorące udział w licytacji przedstawiły wycenę poniżej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła

Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołanie, jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu (z trzecią lokatą oferty w rankingu ofert) i w przypadku wykazania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, istnieje potencjalne zagrożenie poniesienia szkody przez nieuzyskanie zamówienia.

Z punktu widzenia oceny formalno-prawnej, ocena dokonana przez Zamawiającego jest pozytywna.

W odwołaniu, i precyzując na rozprawie, Odwołujący podniósł jednak nie brak wyjaśnień, tylko ocenę wyjaśnień w zakresie technicznej zgodności wyliczeń wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego wynikającymi m.in. z dokumentacji projektowej, przedmiaru robót i SIWZ.

W wymaganiach z wezwania z 27.05.2020 r. w pkt 5 w zakresie: sprzęt własny, koszty własne, paliwo, operator, dojazd do lokalizacji, inne – Zamawiający wymagał dowodów w postaci faktur. Podobnie odnośnie do - Materiał własny: ilość materiału własnego, cena materiału własnego, cena netto + VAT = cena brutto PLN – wymagał dowodu zakupu na kwotę oferowaną. Inne (wpisać jakie) – wymagał dowodu potwierdzającego wartość zakupu.

Do wyjaśnień z 01.06.2020 r. wykonawca załączył Kalkulację kosztów całości robót przyjętych do oferty cenowej po aukcji elektronicznej i Kalkulację dotyczącą tam firmy Karbon Sp. z o.o.

Nie została wyjaśniona zaoferowana mniejsza ilość materiału zasypowego, generująca koszt ok. 154 tys. zł. Wątpliwości budzi wskazanie ceny 28 zł za tonę, gdy cena rzeczywista wynosi ok. 32 zł, a z kosztami transportu łącznie około 47 zł. Zakwestionowana została ilość materiału zasypowego uzyskana z rozbiórki elementów wskazanych w zadaniu 2 i 3, brakująca ilość to 4800 m³ zasyпки.

Nie wyjaśniono różnicy w cenie wynikającej z wynagrodzenia pracowników 248 tys. zł (5 osób) – wskazanej przez Lidera i porównanej do sumy cen wskazanych przez Członka

Konsorcjum, gdzie podano, że kwota 248 tys. zł, to cena wyłącznie robocizny.

Zakwestionowano zaoferowanie 5 osób do wykonania tam izolacyjno-oporowych. Również zakwestionowano sposób liczenia kosztów pośrednich oraz zarzucono brak wyjaśnienia kosztów transportu.

Przepisy art. 190 ust. 1a ustawy Pzp obciążają ciężarem dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny: 1) wykonawcę, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającego, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Uczestnik postępowania nie uczestniczył w posiedzeniu i rozprawie przed Izba, Zamawiający nie zaprzeczył merytorycznie argumentom przedstawionym przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu (odnośnie do wybranej oferty) naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

(...)

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rudpol-Opa sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlegającej w ten sposób odrzuceniu,

3. art. 90 ust. 1 poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i wybór oferty przedstawiającej rażąco niską cenę ofertową, niepozwalającą na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazującą na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy i niepozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp nakazanie Zamawiającemu: -unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego, a także -powtórzenie czynności oceny oferty wykonawcy: Rudpol-Opa sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej i w jej wyniku -odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Mając na uwadze kontrydiktoryjność postępowania, Izba uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu: -unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: Rudpol-OPA Sp. z o.o.; OPA Ekspert Sp. z o.o.; Karbon Sp. z o.o., -powtórzenie czynności badania tej oferty w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny, -ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu

– uznając, że na tym etapie nie zachodzą przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp. Zachodzi potrzeba powtórzenia czynności badania oferty wykonawcy w celu wyjaśnienia rozbieżności przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie. Przy czym Zamawiający jest uprawniony do powtórzenia procedury wskazanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez np. zadanie wykonawcy sprecyzowanych pytań. Dopiero pełna informacja

wykonawcy poddana ocenie Zamawiającego będzie stanowiła podstawę czynności w przedmiocie odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską lub nie. Wielokrotność wezwań w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp była przedmiotem wielu rozstrzygnięć Izby, np. w wyroku z dnia 6 marca 2020 r. sygn. akt: KIO 355/20.

Z uwagi na powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła na rzecz Odwołującego wskazaną kwotę 10 000 zł tytułem uiszczonego wpisu (§ 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia).

Przewodniczący: