

**WYROK**

**z dnia 31 sierpnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **Energokon-Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Sosnowcu, ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna** z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale wykonawcy **NOMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Modrzewiowa 1, 42-480 Poręba zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego **Energokon - Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** na rzecz uczestnika postępowania **NOMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. - dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozbiórka 4 obiektów budowlanych 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-0020/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00107485 z 21 kwietnia 2022 r.

10 sierpnia 2022 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez NOMET sp. z o. o. (dalej: „NOMET”). Wykonawca Energokon-Plus Sp. z o. o. (dalej: „Odwołujący”), wniósł odwołanie wobec tej czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy NOMET jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy podmiotowe środki dowodowe złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie potwierdziły spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ, ponieważ żadna z robót budowlanych wymienionych w wykazie robót nie ma wartości minimum 4 000 000,00 zł brutto;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NOMET jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NOMET, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, w sytuacji gdy żadna z robót wymienionych w poz. 1 – 7 wykazu robót budowlanych nie spełnia wymagania opisanego w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ, tj. wymagania aby Wykonawca wykazał

się należytym wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej realizowanej w ramach jednej umowy lub kilku umów polegającej lub polegających na rozbiórce obiektów budowlanych wraz z likwidacją wyposażenia o łącznej wartości - minimum 4 000 000,00 zł brutto;

- 4) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NOMET, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk;
- 5) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy NOMET, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd (w zakresie możliwości przekazania oleju elektroizolacyjnego do utylizacji S. N. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą NOMET S. N., który powołuje się decyzję numer ROII.6233.045.2014.BS, gdy tymczasem, przedmiotowa decyzja nie została dołączona do wyjaśnień NOMET, zaś analiza treści tej decyzji ujawnionej w innych postępowaniach przetargowych wskazuje, że NOMET S. N. nie ma prawa przyjęcia do utylizacji odpadu o kodzie 13 03 07\* - tj. mineralne oleje i ciecze stosowane jako elektroizolatory oraz nośniki ciepła nie zawierające związków chlorowcoorganicznych), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania odrzucenia oferty złożonej przez NOMET / ewentualnie: wezwania NOMET do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wraz z dowodami należytego wykonania robót w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ;
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów, Odwołujący podał m.in., że zarzut braku wykazania spełniania przez NOMET warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, należy rozpatrywać w aspekcie tego, iż żadna z robót wymienionych w poz. 1 – 7 wykazu robót budowlanych nie spełnia wymagania opisanego w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ, tj. wymagania aby Wykonawca wykazał się należytym wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej realizowanej w ramach jednej umowy lub kilku umów polegającej lub polegających na rozbiórce obiektów budowlanych wraz z likwidacją wyposażenia o łącznej wartości – minimum 4 000 000,00 zł brutto. W ocenie Odwołującego, wykładnia postanowień zawartych w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ nie pozostawia wątpliwości, że dla wykazania spełniania opisanego tam warunku wykonawca NOMET powinien był wykazać się należytym wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej

(która mogła być realizowana w ramach jednej umowy lub kilku umów) polegającej na rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł brutto. W świetle wymagań opisanych w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ Zamawiający nie może uznać za wystarczające doświadczenia w rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości minimum 4 000 000,00 zł brutto zdobytego w ramach realizacji kilku odrębnych robót budowlanych. Wartości robót referencyjnych nie można w tym przypadku sumować. Omawiany warunek należało bowiem wykazać w oparciu o doświadczenie w należyтым wykonaniu rozbiórki obiektów przemysłowych w ramach jednej roboty o wartości min. 4 000 000,00 zł brutto.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty NOMET z powodu rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że Zamawiający dwukrotnie zwracał się do NOMET o złożenie wyjaśnień w zakresie RNC. Po raz pierwszy uczynił to w piśmie z dnia 5 maja 2022 r., gdzie zażądał złożenia popartych dowodami wyjaśnień oraz zawarł 11 szczegółowych pytań dotyczących uwzględnienia w cenie oferty różnorodnych czynników wpływających na koszt wykonania zamówienia. W odpowiedzi, w dniu 10 maja 2022 r., wykonawca NOMET złożył wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej oferty, których treść i zakres nie odpowiada wezwaniu Zamawiającego. W szczególności, wykonawca NOMET nie udzielił wyczerpującej i szczegółowej informacji w odniesieniu do pytania nr 6, gdzie Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia, jakiego rodzaju sprzęt zamierza pozyskać wykonawca / jaka będzie forma pozyskania tego sprzętu / jaki dodatkowy potencjał kadrowy zamierza zatrudnić wykonawca / na podstawie jakiego stosunku prawnego / jakie środki transportu w jakiej licznie wykonawca zaangażuje na etapie realizacji umowy. W kontekście tego fragmentu wezwania wykonawca NOMET nie udzielił wyczerpującej i szczegółowej informacji na temat koparki gąsienicowej o „wysokim zasięgu ramienia” oraz nie wyjaśnił dokładnie jaki dodatkowy potencjał kadrowy związany z obsługą dźwigu oraz zwyżki zamierza zatrudnić w związku z realizacją zamówienia. W wyjaśnieniach wykonawca NOMET powołuje się na ofertę sprzętową otrzymaną od PPUHT Stalbet 2 A. S. (dalej „Stalbet 2”), gdzie m.in. otrzymał ofertę na koparkę gąsienicową o wysokim ramieniu. Nie ma jednak podanej wysokości roboczej tej koparki, a ze strony internetowej Stalbet 2 wynika, że podmiot ten posiada 3 koparki: 18 m, 22 m, 24 m (nie wiadomo jaka koparka o „wysokim zasięgu ramienia” została zaoferowana, nie podano producenta ani modelu, żeby to zweryfikować). Ma to szczególne znaczenie z punktu widzenia parametrów wieży wyciągowej podlegającej rozbiórce, która ma 61 m wysokości (nie wyjaśniono, ile faktycznie będzie pracowała koparka o „wysokim zasięgu ramienia” a ile dźwig i zwyżka). Zakładając, że koparka o „wysokim zasięgu ramienia” ma wysięg 35 m oraz fakt, iż taka maszyna będzie stała kilka metrów od obiektu (w odległości bezpiecznej dla operatora), to zakres pracy takiej maszyny do krawędzi będzie wynosił ok. 28 m wysokości. Wykonawca NOMET nie wyjaśnił w jaki sposób zamierza wyburzyć obiekt

do tej wysokości (od bazowej wysokości ok. 61 m). Wykonawca przewidział jedynie pracę 2 przepalaczy i 6 osób do obsługi sprzętu budowlanego. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób zamierza dokonać demontażu rozdzielni z szafami sterowniczymi. Do demontażu konstrukcji wykonawca NOMET powinien mieć skalkulowanego hakowego oraz pracowników znajdujących się w koszu zwwyżki, czego nie przewidział w swoich wyjaśnieniach. Wykonawca NOMET zaniżył liczbę przepalaczy, których koszty pracy policzył w cenie oferty. Nierealne jest pocięcie 900T złomu (według OPZ) przy udziale dwóch przepalaczy. Konstrukcje stalowe wymagające pocięcia znajdują się na znacznej wysokości (co dotyczy w szczególności wieży wyciągowej, gdzie należy dokonać demontażu oraz odzysku maszyny wyciągowej).

Następnie, w dniu 26 maja 2022 r. (po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej), Zamawiający ponownie wezwał NOMET do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC, gdzie w szczególności zażądał przedłożenia aktualizacji kosztorysu / kalkulacji, z uwzględnieniem: robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz pracy sprzętu. W odpowiedzi, w dniu 27 maja 2022 r. wykonawca NOMET złożył wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej oferty, których treść i zakres nie odpowiada wezwaniu Zamawiającego. W szczególności, wykonawca NOMET nie udzielił wyczerpującej i szczegółowej aktualizacji kosztorysu / kalkulacji popartej aktualnymi dowodami.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty NOMET jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk), Odwołujący podał, że cała oferta NOMET opiera się na zasobach innych podmiotów, które można podzielić na dwie grupy. Do pierwszej grupy należy podmiot, w oparciu, o zasoby którego NOMET wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu - PPUHT Stalbet 2 A. S. . Wydaje się, że podmiot nie jest bezpośrednio osobowo ani kapitałowo wprost powiązany z NOMET ani z innym przedsiębiorstwem kontrolowanym przez S. N. . Natomiast do drugiej grupy podmiotów, w oparciu o których zasoby skonstruowano ofertę NOMET należą przedsiębiorstwa pośrednio lub bezpośrednio kontrolowane przez S. N.: NOMET S. N. oraz SME EQUITY Sp. z o. o. Jeżeli chodzi o NOMET S. N. (prywatnie małżonek E. J. N.), to wykonawca NOMET Sp. z o.o. powołuje się w swoich wyjaśnieniach RNC na „ofertę handlową” z dnia 12 kwietnia 2022 r., gdzie S. N. oferuje m.in. usługę utylizacji oleju elektroizolacyjnego w cenie 3 000,00 zł za 1 tonę. S. N. powołuje się przy tym na obowiązującą decyzję nr ROII.6233.045.2014.BS. Decyzja nie została dołączona do wyjaśnień NOMET, zaś analiza treści tej decyzji ujawnionej w innych postępowaniach przetargowych wskazuje, że NOMET S. N. nie posiada decyzji uprawniającej do przyjęcia do utylizacji odpadu o kodzie 13 03 07\* - tj. mineralne oleje i ciecze stosowane jako elektroizolatory oraz nośniki ciepła nie zawierające związków

chlorowcoorganicznych. Powyższe świadczy również o tym, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy NOMET, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd (w zakresie możliwości przekazania oleju elektroizolacyjnego do utylizacji S. N. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą NOMET S. N., który powołuje się na decyzję numer ROII.6233.045.2014.BS, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Drugi podmiot powiązany kapitałowo i osobowo z NOMET Sp. z o. o. to przedsiębiorstwo, którego „oferta współpracy w zakresie robót budowlanych” z dnia 25 kwietnia 2022 r. została dołączona do wyjaśnień RNC – tj. SME EQUITY Sp. z o. o. (dalej „SME EQUITY”). Jedynym wspólnikiem SME EQUITY jest M. L. (według KRS – Prezes Zarządu NOMET Sp. z o. o.). Spółka SME EQUITY została zarejestrowana w KRS w dniu 25 marca 2022 r., a zaledwie miesiąc później „weszła na rynek” z ofertą współpracy w zakresie robót budowlanych na rzecz NOMET Sp. z o. o. Powołanie się na ofertę ww. podmiotu w wyjaśnieniach RNC przedstawionych przez NOMET Sp. z o. o. stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, który należy zakwalifikować w świetle art. 14 ust. 1 lub art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Bez powołania się na pozorne „oferty handlowe” pochodzące od S. N. oraz SME EQUITY Sp. z o. o. wykonawca NOMET Sp. z o. o. nie byłby w stanie obronić ceny swojej w świetle wymagań art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp.

Następnie Odwołujący stwierdził, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. W szczególności, chodzi tutaj o zasady generalne wyrażone w art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, związane z obowiązkiem Zamawiającego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego oraz argumentacji prawnej podanej dla uzasadnienia zarzutów odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca NOMET sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania.

Przystępujący w piśmie z 25 sierpnia 2022 r. złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Następnie pismem z 29 sierpnia 2022 r. przedstawił swoje stanowisko wobec zarzutów odwołania wnosząc o:

1) oddalenie jako bezzasadnych:

- a. zarzutów nr 1 i 3 tj. naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp;
- b. zarzutu nr 2 w części odnoszącej się do wyjaśnień ceny oferty Przystępującego z dnia 27.05.2022 r. dotyczących oferty złożonej w wyniku aukcji elektronicznej (naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 Pzp);

2) pozostawienie pozostałych zarzutów odwołania bez rozpoznania jako spóźnionych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odnośnie do zarzutów nr 1 i 3 tj. naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp Przystępujący podał m.in., że złożone przez niego podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienie warunku z pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ. Zarzuty oparte są na błędnej wykładni warunku z pkt 8.1.2 ppk 1 SWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego istotą tego warunku było wykazanie się doświadczeniem w rozbiórce, w okresie ostatnich 5 lat, różnych obiektów budowlanych wraz z likwidacją wyposażenia o łącznej wartości minimum 4 mln zł brutto. Wymóg dotyczący wartości wykonanych robót tj. 4 mln zł brutto bezsprzecznie odnosił się do łącznej wartości wykonanych rozbiórek obiektów budowlanych tj. różnych robót budowlanych, które jak wynika z treści warunku mogły być wykonane w ramach jednej lub kilku umów. Sformułowanie z treści warunku „co najmniej jedną robotę budowlaną” nie może być rozumiane jako wymóg, aby rozbiórki różnych obiektów budowlanych, o łącznej wartości min. 4 mln zł, które jak wynika z warunku mogły być zrealizowane w ramach kilku umów, stanowiły jedną robotę budowlaną. Byłoby to bowiem sprzeczne z dalszą częścią warunku, gdzie Zamawiający jednoznacznie dopuszcza wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu rozbiórek różnych obiektów budowlanych pod warunkiem, że ich wartość łączna wynosi 4 mln zł brutto. Na gruncie ustawy prawo budowlane budowa czy rozbiórka jednego obiektu budowlanego (budynku, budowli, czy obiektu małej architektury) stanowi bowiem jedną robotę budowlaną. Budowa lub rozbiórka kilku obiektów budowlanych może natomiast stanowić jedno zamierzenie budowlane i być objęta jednym pozwoleniem na budowę/ pozwoleniem na rozbiórkę, co nie zmienia faktu, że przedmiotem takiego zamierzenia będzie kilka różnych robót budowlanych. Skoro Zamawiający wyraźnie dopuścił wykazanie się rozbiórkami różnych obiektów budowlanych w oparciu o różne umowy, pod warunkiem, że łączna ich wartość wynosi min. 4 mln zł brutto, to wyklucza to możliwość przyjęcia, że te różne rozbiórki obiektów, zrealizowane na podstawie różnych umów miały stanowić jedną robotę budowlaną. Przystępujący wskazał, że jedynie na gruncie Pzp, ze względu na definicję pojęcia „obiekt budowlany”, pod pewnymi warunkami może wystąpić sytuacja, w której budowa kilku obiektów budowlanych stanowić będzie jedno zamówienie na



robotę budowlaną. Na gruncie ustawy Prawo budowlane z taka sytuacja nie występuje. Budowa/rozbiórka 1 obiektu budowlanego zawsze stanowi jedną robotę budowlaną.

Przystępujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie jednej roboty budowlanej, ale czterech robót, gdzie przedmiotem każdej z nich jest rozbiórka odrębnego obiektu budowlanego. Dla każdej z tych rozbiórek (robót budowlanych) SWZ przewiduje odrębną dokumentację projektową, w tym odrębne pozwolenia na rozbiórkę. Obiekty te nie są ze sobą połączone, a jedyną ich cechą wspólną jest to, że położone są na jednym terenie tj. kopalni KWK „Krupiński”. Prezentowana przez Odwołującego wykładnia warunku nie jest zatem również zgodna z celem zamówienia. Skoro Przystępujący wykazał się doświadczeniem w wykonaniu rozbiórek 7 obiektów budowlanych wraz z wyposażeniem, o łącznej wartości 4 mln zł brutto, wykonanych w ramach kilku umów, to warunek winien zostać uznany za spełniony. Takie doświadczenie niczym się nie różni od doświadczenia w rozbiórce kilku różnych obiektów budowlanych, ale zlokalizowanych na jednym terenie. Nie powinno bowiem budzić wątpliwości, że gdyby Przystępujący powołał się na doświadczenie w wykonaniu np. 5 rozbiórek różnych obiektów budowlanych na terenie tej samej kopalni, ale w ramach różnych umów/zamówień publicznych, zleczanych po jednej robocie w każdym roku, to warunek byłby uznany za spełniony. Dlaczego zatem uznać, że warunek nie jest spełniony, jeżeli te rozbiórki, o łącznej wartości 4 mln zł, były wykonane w różnych lokalizacjach? Przystępujący podniósł, że nie jest obecnie dopuszczalne dokonywanie wykładni zawężającej przedmiotowego warunku, co czyni Odwołujący. Zaprezentowane przez Przystępującego rozumienie warunku jak najbardziej wynika z literalnej treści warunku, a ponadto jest zgodne z przedmiotem zamówienia.

Dodatkowo Przystępujący wskazał, że zrozumiał ww. warunek w taki sposób jak był on dotychczas rozumiany przez Zamawiającego. Przykładowo, w poprzednio prowadzonym postępowaniu „Rozbiórka 5 obiektów budowlanych zlokalizowanych na terenie SRK S.A. Oddział w Suszcu KWK „Krupiński” wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia”, Numer postępowania: ZP – K – 0014/21 warunek sformułowany był w taki sam sposób tj. - „co najmniej jedną robotą budowlaną w ramach jednej lub kilku umowy polegającą na rozbiórce obiektów budowlanych o łącznej wartości minimum 4 000 000,00 zł brutto, wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.” Wybrany wykonawca w celu wykazania spełnienia ww. warunku, analogicznie jak Przystępujący, przedłożył wykaz 7 robót budowlanych dotyczących rozbiórek 7 różnych obiektów budowlanych, zlokalizowanych na różnych terenach, których łączna wartość wynosiła ponad 4 mln zł brutto. Zamawiający nie miał żadnej wątpliwości co do spełnienia ww. warunku. Wątpliwości w tym zakresie nie miał również Odwołujący, który w ww. postępowaniu brał udział. Z powyższego wynika, że w

rzeczywistości Zamawiający rozumie przedmiotowy warunek tak jak Przystępujący. Dziwi tym samym uwzględnienie odwołania w tym zakresie przez Zamawiającego. Można jedynie podejrzewać, uwzględniając dotychczasową praktykę procesową Zamawiającego, że uwzględnienie ww. zarzutu motywowane jest jedynie chęcią uniknięcia przez Zamawiającego konieczności poniesienia kosztów postępowania odwoławczego.

Przystępujący podniósł również, że za zaprezentowaną przez niego wykładnią warunku przemawia analiza orzeczenia TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. W pkt 88 tego orzeczenia wskazano: „W świetle powyższego odpowiedź na pytanie siódme powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasada równego traktowania wykonawców, zapisana w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich.” Trybunał uznał, że dwie lub większa ilość umów może być traktowana jako jedno zamówienie, chyba, że Zamawiający wyraźnie wykluczy taką możliwość, co jest uzasadnione przedmiotem i celami zamówienia oraz proporcjonalne. Przystępujący wykazał, że treść warunku nie daje podstaw do przyjęcia, że powyższe zostało wykluczone, co również nie znajduje uzasadnienia w świetle przedmiotu zamówienia, który dotyczy rozbiórki 4 różnych obiektów budowlanych, w oparciu o cztery różne pozwolenia na rozbiórkę, a zatem obejmuje 4 różne roboty budowlane.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp jest bezzasadny z tej przyczyny, że odrzucenie oferty na tej podstawie musi być poprzedzone wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Takiego wezwania Przystępujący nie otrzymał. Bezzasadne jest zatem żądanie odrzucenia oferty Przystępującego, który nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Dodatkowo Przystępujący wskazał, że zarzutami odwołania nie został objęty art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co dodatkowo uzasadnia konieczność oddalenia odwołania w zakresie przedmiotowych zarzutów.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 Pzp Przystępujący wskazał, że dwukrotnie udzielał wyjaśnień ceny oferty. Po raz pierwszy w dniu 10.05.2022 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 05.05.2022 r. Wyjaśnienia ta składane były przed zaproszeniem Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, a ocena oferty w tym zakresie miała na celu ustalenie, czy nie podlega ona odrzuceniu, a w konsekwencji czy Przystępujący może zostać zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. Po raz drugi

Przystępujący został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny oferty w dniu 26.05.2022 r. tj. po aukcji elektronicznej, która miała miejsce w dniu 24.05.2022 r. Wyjaśnienia zostały złożone w dniu 27.05.2022 r. Jak wynika z uzasadnienia przedmiotowego zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oparte jest na zakwestionowaniu zarówno wyjaśnień ceny oferty Przystępującego z dnia 10.05.2022 r. (str. 6-8 odwołania) jak i z dnia 27.05.2022 r. (str. 8 odwołania). Oznacza to w praktyce, że faktycznie przedmiotem odwołania objęte są dwie różne czynności/zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego tj. bezzasadne zaproszenie Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, będące konsekwencją wadliwej ocena pierwszych wyjaśnień ceny oferty Przystępującego (z dnia 10.05.2022 r.) i zaniechania odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 6 Pzp, a kwestionowanie tej czynności jest spóźnione, oraz wadliwa oceny drugich wyjaśnień ceny oferty Przystępującego (z dnia 27.05.2022 r.), a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego po aukcji elektronicznej, a w tym zakresie odwołanie jest nieuzasadnione.

Czynności/zaniechania czynności z pkt 1 powyżej zostały sformułowane po terminie, bowiem najpóźniej w dniu 25.05.2022 r. Odwołujący pozyskał wiedzę, że oferta Przystępującego jako niepodlegająca odrzuceniu podlega zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Wtedy Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania wyniki aukcji elektronicznej, z wyszczególnieniem jej uczestników, w tym Przystępującego. W tym samym dniu Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o przekazanie całości korespondencji prowadzonej z Przystępującym, w tym wyjaśnień ceny oferty z dnia 10.05.2022 r. Zgodę na udostępnienie ww. dokumentów Zamawiający wyraził w dniu 30.05.2022 r. i w tym samym dniu przekazał w formie mailowej całość dokumentacji Odwołującemu. Najpóźniej zatem od dnia 30.05.2022 r. należało liczyć termin do złożenia odwołania na błędną ocenę wyjaśnień ceny oferty Przystępującego z dnia 10.05.2022 r., a w konsekwencji na zaniechanie odrzucenia jego oferty i zaproszenie go do udziału w aukcji elektronicznej. W sytuacji, w której odwołanie w tym zakresie zostało złożone dopiero w dniu 16.08.2022 r., to z uwagi na przepis art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp zarzut w tej części winien zostać uznany za spóźniony i nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu. O wynikach oceny drugich wyjaśnień ceny oferty Przystępującego (wyjaśnienia z dnia 27.05.2022 r.), po aukcji elektronicznej, Odwołujący dowiedział się natomiast w dniu 10.08.2022 r. (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej). W tym zakresie odwołanie złożone jest zatem w terminie. W odniesieniu ww. zarzutu w treści odwołania (str. 8) sformułowane zostało jedynie następujące uzasadnienie: „W odpowiedzi na powyższe, w dniu 27 maja 2022 r. wykonawca NOMET złożył wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej oferty, których treść i zakres nie odpowiada wezwaniu Zamawiającego. W szczególności, wykonawca NOMET nie udzielił

wyczerpującej i szczegółowej aktualizacji kosztorysu / kalkulacji popartej aktualnymi dowodami.” Z powyższego wynika, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z wyjaśnieniami ceny oferty złożonej w toku aukcji elektronicznej uzasadniony jest jedną okolicznością: „wykonawca NOMET nie udzielił wyczerpującej i szczegółowej aktualizacji kosztorysu / kalkulacji popartej aktualnymi dowodami”. Przystępujący podniósł, że tak uzasadniony zarzut jest bezzasadny. Po pierwsze, w treści drugich wyjaśnień Przystępujący wskazał, że pierwsze wyjaśnienia ceny oferty, sprzed aukcji elektronicznej z dnia 10.05.2022 r. pozostają obowiązujące, z wyjątkiem informacji o wysokości zysku. Przystępujący wskazał, że w wyniku aukcji, cena oferty została obniżona jedynie o 119.028,06 zł netto tj. 146.404,51 zł brutto (z 6.781.343,51 zł brutto do 6.634.939,00 zł brutto). Przystępujący wyjaśnił, że obniżka ceny oferty o ww. kwotę jest wyłącznie skutkiem obniżenia oczekiwanego pierwotnie zysku (1.164.690,14 zł netto). Do tych wyjaśnień Przystępujący załączył zaktualizowany zbiorczy kosztorys, który potwierdzał, że zmianie uległa jedynie pozycja „zysk”. W treści wyjaśnień ceny z dnia 10.05.2022 r. w sposób jednoznaczny wyliczył i uzasadnił koszty dla każdego z obiektów podlegających rozbiórce. Dla każdego z tych obiektów wskazał poziom szacowanego zysku, który łącznie wyniósł 1.164.690,14 zł netto. Odwołujący tych wyjaśnień, w tym realności założonego zysku nie kwestionował. Skoro tak, to nie może obecnie twierdzić, że samo obniżenie tego zysku o kwotę 119.028,06 zł netto skutkowało powstaniem rażąco niskiej ceny. Skoro zmiana ceny była wyłącznie efektem obniżenia poziomu zysku, to bezprzedmiotowe było przedkładanie przez Przystępującego nowych, aktualnych dowodów. Przedkładanie ich w odniesieniu do okoliczności obniżenia zysku też było bezprzedmiotowe. Założony poziom zysku był jedynie pochodną wykazanych w pierwszych wyjaśnieniach pozycji kosztowych oraz ceny oferty. Skoro Odwołujący nie kwestionował tych pozycji kosztowych, ich realności, a tym samym poziomu zysku w wysokości 1.164.690,14 zł netto, to bezzasadne jest twierdzenie, że obniżenie ceny oferty w wyniku aukcji o kwotę 119.028,06 zł netto skutkowało powstaniem rażąco niskiej ceny. Zakres udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień ceny oferty po aukcji był adekwatny do obiektywnie zaistniałej sytuacji. Całość dotychczasowych wyjaśnień pozostawała w mocy, gdyż poza samym zyskiem nic nie uległo zmianie. Tym samym bezprzedmiotowe było ponowne składanie tych samych wyjaśnień i wystarczało powołanie się na ich aktualność. Z kolei, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jak wskazano wyżej, aktualizacja kosztorysu uwzględniająca obniżony poziom zysku została złożona.

Odnosząc się do czwartego zarzutu Przystępujący podał, że niezależnie od jego bezzasadności i trudności z ustaleniem czym konkretnie Odwołujący uzasadnia twierdzenie o czynie nieuczciwej konkurencji, zarzut ten jest spóźniony. Jak bowiem wynika z

uzasadnienia ww. zarzutu oparty jest on na treści wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Przystępującego w dniu 10.05.2022 r. Treść wyjaśnień ceny oferty Przystępującego, w tym ujawniona w nich okoliczność współpracy Przystępującego ze S. N. oraz SME EQUITY Sp. z o.o. znana była Odwołującemu już w dniu 30.05.2022 r. Skoro uważał, że treść tych wyjaśnień winna była skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i brakiem zaproszenia go do udziału w aukcji to winien był zarzut ten sformułować w terminie liczonym co najmniej od dnia 30.05.2022 r. Najpóźniej wtedy pozyskał wiedzę, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego i bezzasadnie zaprosił go do udziału w aukcji elektronicznej. Zapraszając Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej w dniu 24.05.2022 r. Zamawiający już wtedy podjął decyzję, że w świetle treści tych wyjaśnień nie widzi podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Odnośnie do zarzutu nr 5 Przystępujący wskazał m.in., że w treści odwołania (część „uzasadnienie”) brak jest uzasadnienia dla ww. zarzutu. Lakoniczne uzasadnienie zawarte jest natomiast w treści samego zarzutu, a także z uzasadnienia dla zarzutu nr 4 wynika, że zarzut podania nieprawdy oparty jest o informacje przekazane przez Przystępującego w dniu 10.05.2022 r. tj. wyjaśnienia ceny oferty. Tym samym zarzut jest spóźniony. Jeżeli Odwołujący uważał, że treść tych wyjaśnień winna była skutkować zastosowaniem przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp i brakiem zaproszenia go do udziału w aukcji, to winien był zarzut ten sformułować w terminie liczonym co najmniej od dnia 30.05.2022 r. Najpóźniej wtedy pozyskał on bowiem wiedzę, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego pomimo ww. przyczyn i bezzasadnie zaprosił go do udziału w aukcji elektronicznej.

Do pisma zostały załączone: Specyfikacja warunków zamówienia dotycząca postępowania nr ZP-K-0014/21 oraz dokumenty tego postępowania w postaci: informacji z otwarcia ofert, wykazu doświadczenia „ZK” S.C.K.G. Ż., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty („ZK” S.C.K.G. Ż.), wyniki aukcji elektronicznej oraz zarzut ze strony internetowej postępowania, wniosek Odwołującego z 25 maja 2022 r. o przekazanie całości korespondencji prowadzonej z Przystępującym wraz z odpowiedzią Zamawiającego z 30 maja 2022 r.

Pismem z 30 sierpnia 2022 r. Odwołujący przedstawił swoje stanowisko i odniósł się do twierdzeń Przystępującego zaprezentowanych w ww. piśmie z 29 sierpnia 2022 r.

Odwołujący podał m.in., że biorąc pod uwagę wartość szacunkową zamówienia (11 517 277,51 zł), wysokość kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (11 517

277,51 zł) a nawet cenę oferty Przystępującego (6 634 939,00 zł) należy wskazać, że z punktu widzenia potrzeby selekcji wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia (ustalenia minimalnych poziomów zdolności wykonawcy) prawidłowa wykładnia wymagania opisanego w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ prowadzi do wniosku, że intencją Zamawiającego było ustalenie, że warunki udziału w postępowaniu spełni tylko ten podmiot, który posiada doświadczenie w należyтым wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej (która mogła być realizowana w ramach jednej umowy lub kilku umów) polegającej na rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł brutto. Przyjmując odmienną logikę, prezentowaną przez Przystępującego, okazałoby się, że nawet podmiot, który wykonał należycie 10 rozbiórek o wartości każdej z nich na poziomie 400 000,00 zł (w okresie ostatnich 5 lat) gwarantowałby należyte wykonanie zamówienia, którego wartość Zamawiający oszacował na ponad 11 milionów złotych. Takie rozumowanie jest w sposób oczywisty błędne, albowiem tego rodzaju doświadczenie (w realizacji wielu drobnych zamówień) nie może gwarantować, że dany podmiot poradzi sobie organizacyjnie z prawidłowym i terminowym wykonaniem zamówienia o wartości odpowiadającej chociażby cenie oferty Przystępującego (6 634 939,00 zł). Odnosząc się do przytoczonego przez Przystępującego orzecznictwa, Odwołujący wskazał, że w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ Zamawiający wyraźnie wykluczył możliwość sumowania wartości robót referencyjnych, co jest uzasadnione przedmiotem i celami zamówienia oraz proporcjonalne. Przedmiotem zamówienia są bowiem roboty rozbiórkowe o znacznych rozmiarach, obejmujące likwidację kilku sąsiadujących obiektów. W związku z powyższym, oczekiwanie posiadania doświadczenia w należyтым wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej (która mogła być realizowana w ramach jednej umowy lub kilku umów) polegającej na rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł brutto jest również w pełni proporcjonalne do wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Przyjęcie interpretacji przedstawionej przez Przystępującego czyniłoby warunek opisany w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ jako nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i oderwany od jego istoty. Z kolei okoliczność, iż w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia ten sam Zamawiający również błędnie ocenił potencjał innego wykonawcy nie może rzutować na ocenę jego zachowania w niniejszym postępowaniu. Błędy popełnione przez Zamawiającego w postępowaniu numer ZP-K-0014/21 nie mogą konwalidować naruszenia przepisów ustawy w aktualnie omawianym postępowaniu numer ZP-K-0020/21.

Odnosząc się do kwestii terminu do wniesienia odwołania w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący stwierdził, że wbrew stanowisku Przystępującego zarzut związany z rażąco niską ceną w jego ofercie nie jest zarzutem spóźnionym, lecz został podniesiony w odpowiednim momencie, skorelowanym z zakończeniem przez Zamawiającego procedury

oceny oferty Przystępującego. Stanowisko Odwołującego opiera się m.in. na najnowszym orzecznictwie KIO, jakie Izba wypracowała na kanwie postępowań prowadzonych przez SRK S.A. W wyroku z dnia 20 lipca 2022 r., KIO 1724/22 Izba rozpoznała oraz uwzględniła zarzut związany z rażąco niską ceną, podczas gdy cena kwestionowanej oferty podlegała jednokrotnym wyjaśnieniom (przed aukcją elektroniczną), zaś odwołanie wniesiono na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej (gdzie wykonawca nie został nawet ponownie wezwany do złożenia wyjaśnień RNC). Biorąc pod uwagę potrzebę ujednoczenia wykładni przepisów ustawy oraz zagwarantowania wykonawcom należytego dostępu do środków ochrony prawnej, należy uznać, że również w niniejszym postępowaniu dopuszczalne jest formułowanie zarzutów skierowanych wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień RNC składanych przez Przystępującego zarówno przed jak i po aukcji elektronicznej.

Następnie Odwołujący podał, że w odpowiedzi na wezwanie, Przystępujący pismem z dnia 10 maja 2022 r. przedłożył oświadczenia o poprawności i kompleksowości złożonej oferty, a także wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny wraz z dowodami. Następnie, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, w dniu 26 maja 2022 r. Zamawiający ponownie wezwał NOMET do złożenia wyjaśnień, co nastąpiło pismem wykonawcy z dnia 27 maja 2022 r., w którym poinformowano o obniżeniu ceny z uwagi na zmniejszenie zysku. Odnosząc się szczegółowo do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny Odwołujący wskazał, że Przystępujący NOMET w swoich kalkulacjach przyjął stawkę 30 zł za roboczogodzinę dla wszystkich zatrudnionych pracowników, tj.: kierownika robót, kierownika budowy, osoby dozoru technicznego, spawacza/przepalacza, brygadzysty, pracowników fizycznych do prac porządkowych. Wykonawca NOMET założył zatem identyczne wynagrodzenie dla wszystkich osób zatrudnionych do wykonania zamówienia – niezależnie od ich kwalifikacji, doświadczenia i funkcji każdy ma otrzymać wynagrodzenie liczone według tej samej stawki godzinowej, tj. 30 zł za godzinę. W pkt 8.1.2. SWZ Zamawiający wymagał dysponowania przez wykonawcę określonymi osobami, w tym np. kierownikiem budowy, który musi posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń, oraz kierownikiem robót rozbiórkowych z uprawnieniami budowlanym do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno – budowlanej. Całkowicie nieprawdopodobne jest, aby osoby z wyższym wykształceniem oraz uprawnieniami i wysokimi kwalifikacjami zarabiałły tyle samo, co pracownicy fizyczni – takie założenie jest całkowicie sprzeczne z praktyką rynkową. Wykonawca nie może zakładać, że skoro oferuje wynagrodzenie zgodne z przepisami regulującymi minimalne wynagrodzenie za pracę, to taka oferta jest prawidłowa – a jednocześnie Zamawiający nie może oceniać kalkulacji przedstawione przez wykonawcę wyłącznie pod kątem prawidłowości obliczeń

matematycznych. Konieczna jest bowiem kompleksowa ocena sposobu obliczenia ceny, w tym również w zakresie zgodności przyjętych przez wykonawcę założeń z cenami rynkowymi. Nawet dla całkowitego laika w zakresie zamówień na roboty budowlane oczywiste jest, że pracownicy otrzymują wynagrodzenie obliczane nie tylko na podstawie przepracowanych godzin, ale również z uwzględnieniem ich wykształcenia, doświadczenia, kwalifikacji, zakresu obowiązków, odpowiedzialności. Nadto pozycja „robocizna” nie jest minimalną wartością w kosztorysie NOMET, bowiem dla poszczególnych zadań jej wartość to: zadanie nr 1 – budynek nadszybia: 87 500 netto (w dodatku bez wynagrodzeń pracowników obsługujących sprzęt budowlany, ten bowiem w całości jest wynajmowany wraz z obsługą) – 2 499 223,25 zł; zadanie nr 2 – wieża wyciągowa 65 930,00 zł netto (w dodatku bez wynagrodzeń pracowników obsługujących sprzęt budowlany, ten bowiem w całości jest wynajmowany wraz z obsługą) – 1 637 377,89 zł netto; zadanie nr 3 – zbiornik przeciwpożarowy – 9 470,00 zł netto (bez operatorów koparek) – całość 189 304,22 zł netto; zadanie nr 4 – budynek lampiarni – 40 050,00 zł (bez operatorów sprzętu) – całość 1 068 353,99 zł netto. Wykonawca w treści wezwania został poinformowany, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na Wykonawcy. Wobec powyższego wykonawca nie spełnił wyżej przywołanego obowiązku i nie wyjaśnił oraz nie udowodnił, że zaproponowana przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy NOMET są niekompletne i niewiarygodne, dlatego oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Zdaniem Odwołującego podobnie jak w przypadku rażąco niskiej ceny, również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk został zgłoszony w ustawowym terminie. Zarzut ten jest bowiem bezpośrednio skorelowany z zakończeniem przez Zamawiającego procedury oceny oferty Przystępującego, w wyniku czego oferta ta została wybrana. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z wydruków z KRS NOMET Sp. z o. o. i SME EQUITY Sp. z o. o. oraz CEIDG (NOMET S. N.) w celu wykazania faktu istnienia powiązań osobowych i kapitałowych pomiędzy tymi podmiotami oraz faktycznego kontrolowania ich przez S. N. .

Odwołujący podtrzymał także zarzut dotyczący posłużenia się świadomie przez Przystępującego informacjami wprowadzającymi Zamawiającego w błąd, co do możliwości oddania do utylizacji olejów pochodzących z rozbiórki. Przystępujący powołał się w swoich wyjaśnieniach RNC na „ofertę handlową” z dnia 12 kwietnia 2022 r., gdzie S. N. oferuje m.in. usługę utylizacji oleju elektroizolacyjnego w cenie 3 000,00 zł za 1 tonę. S. N. powołuje się przy tym na obowiązującą decyzję nr ROII.6233.045.2014.BS. Analiza treści tej decyzji ujawnionej w innych postępowaniach przetargowych wskazuje, że NOMET S. N. nie posiada decyzji uprawniającej do przyjęcia do utylizacji odpadu o kodzie 13 03 07\* - tj. mineralne



oleje i ciecze stosowane jako elektroizolatory oraz nośniki ciepła nie zawierające związków chlorowcoorganicznych. W związku z potrzebą wykazania ww. okoliczności Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci decyzji nr ROII.6233.045.2014.BS.

Do pisma zostały załączone: odpis wyroku Izby z 20 lipca 2022 r. wydanego w sprawie KIO 1724/22, wydruk z KRS NOMET sp. o.o., wydruk z KRS SME EQUITY sp. z o.o., wydruk z CEiDG NOMET S. N., decyzja nr ROI.6233.045.2014.BS.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, ww. dowody załączone do pism złożonych przez Odwołującego i Przystępującego oraz dowód złożony na rozprawie przez Przystępującego w postaci oferty z 12 stycznia 2022 r. odbioru i zagospodarowania olei z grupy kodu odpadu nr 13, skierowanej do S. N. NOMET przez WMP Recycling sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego wynika z faktu, iż złożył ofertę postępowaniu, która nie podlega odrzuceniu, w związku z czym ma realną szansę na uzyskanie zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę NOMET, która podlega odrzuceniu. Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności Zamawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, Zamawiający dokona wyboru oferty Odwołującego. W wyniku zaszyfrowanych naruszeń ustawy Odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz Zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu. W konsekwencji, Odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest Rozbiórka 4 obiektów budowlanych zlokalizowanych na terenie SRK S.A. Oddział w Suszcu KWK „Krupiński” wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia. Zgodnie z OPZ, przedmiot zamówienia składa się z czterech elementów zbiorczych (obiektów):

- 1) Budynek nadszybia szybu II - ob. 5 (Budynek nadszybia szybu II wraz z budynkiem peryferyjnym)
- 2) Wieża wyciągowa szybu II z rozdzielnicami 6 kV OR-7 i OR-8 i fundamenty wind EPR z budynkiem peryferyjnym - ob. 10 (Budynek wieży szybu II)
- 3) Zbiornik przeciwpożarowy przy szybie II - ob. 37.1 (Zbiornik wody p. poż. obok szybu II)
- 4) Budynek lampiarni - lampowni - ob. 55 (Budynek lampowni)

W dniu 26 kwietnia 2022 r. odbyło się otwarcie ofert, przed którym – na zasadzie art. 222 ust. 4 Pzp Zamawiający podał wysokość kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 11 517 277, 94 zł brutto.

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że w postępowaniu złożono 8 ofert, w tym zawierające najniższe ceny oferty:

- 1) Energokon-Plus Sp. z o. o. (cena oferty: 6 634 939,80 zł brutto).
- 2) NOMET Sp. z o. o. (cena oferty 6 781 343,51 zł brutto).

Pismem z 5 maja 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę NOMET do wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty, wskazując w nim m.in. *„Jak wynika z powyższego, cena Państwa oferty jest niższa o 41,12% od wartości szacunkowej oraz o 31 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy/OPZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. (...) Prosimy o informację na temat uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji, w kwestiach wskazanych poniżej (...) 6. Prosimy o wyjaśnienie, jakiego rodzaju sprzęt zamierza pozyskać wykonawca/jaka będzie forma pozyskania tego sprzętu (np. leasing) /jaki dodatkowy*

*potencjał kadrowy zamierza zatrudniać wykonawca/na podstawie jakiego stosunku prawnego/jakie środki transportu i w jakiej liczbie Wykonawca zaangażuje na etapie realizacji umowy? (...) Wyjaśnienia należy składać drogą elektroniczną poprzez Platformę EFO, na elektroniczne wezwanie w określonym przez Zamawiającego terminie do dnia 10.05.2022 r.”*

*W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca NOMET podał m.in.: „Dodatkowo pragniemy poinformować Zamawiającego, iż kalkulacja cenowa, stanowiąca załącznik nr 1 do niniejszych wyjaśnień Wykonawcy oparta została o wszystkie pozycje wskazane w przedmiarach robót, załączonych do dokumentacji przetargowej. Oferta Wykonawcy obejmuje wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, koszty związane z opłatami na rzecz stron trzecich, a także całkowity koszt i koszty towarzyszące wykonania przedmiotu zamówienia. (...) Zgodnie z naszą ofertą zamierzamy powierzyć część prac podwykonawcy: PPHUT STALBET2 A. S., ul. Generała Hallera 18A, 41-709 Ruda Śląska firmą posiadającą duże doświadczenie w zakresie w/w zadania. Oświadczamy, że powierzenie w/w prac podwykonawcy zostało w całości ujęte w kalkulacji cenowej i nie spowoduje to wystąpienie dodatkowych kosztów. Dla minimalizacji kosztów zatrudnienia po stronie NOMET Sp. z o.o., w zakresie prac budowlanych, stanowiących nieznaczną część w stosunku do przedmiotu zamówienia, podwykonawcą będzie np. firma SME Equity, bądź inna, której oferta na etapie realizacji będzie atrakcyjniejsza cenowo. Zakres robót zleconych innym podmiotom będzie zgodny z przedłożonymi do pisma ofertami oraz opisem szczegółowej kalkulacji. (...) 6.*

*Wykonawca oświadcza, iż przewidział w swojej ofercie wystarczającą dla realizacji prac ilość sprzętu, personelu oraz pojazdów. Oszacowano przy tym, dla każdego z zadań dodatkowe środki finansowe związane z koniecznością zwiększenia nakładów. Sprzęt przewidziany do prac stanowi własność, bądź jest w dyspozycji podmiotów, których oferty przedkładamy. Personel, którego stawka wynagrodzenia wliczona jest w oferty sprzętowe bądź przyjęta w kwocie 30,00 zł brutto zatrudniony jest w oparciu o umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu Pracy. Z firmami zewnętrznymi zawarte zostaną umowy o podwykonawstwo, umowy cywilno-prawne oraz zlecenia wykonania usług geodezyjnych, sprzętowych i transportowych. 7.Sposób organizacji prac obejmuje system pracy jednozmianowej oraz dwuzmianowej w przypadku ewentualnej konieczności intensyfikacji prac związanych z demontażem dźwigowym wieży wyciągowej. 8. Porozumienia czy umowy wstępne na podwykonawstwo nie zostały zawarte w formie pisemnej Wykonawca dysponuje zobowiązaniami firm zewnętrznych w postaci ofert cenowych. 9.Ryzyka związane z realizacją zamówienia zostały opracowane w oparciu o doświadczenie Wykonawcy. Wstępnie, koszty dodatkowe związane z ryzykiem przyjęto na wysokim poziomie albowiem rozbiórka wysokiego, wielkogabarytowego obiektu przemysłowego może okazać się skomplikowana technologicznie. Do kosztów nieprzewidzianych zaliczmy przede wszystkim*

*konieczność mobilizacji/ wynajmu dodatkowego sprzętu, zmiany technologii prac w związku z istniejącymi, czynnymi elementami infrastruktury kopalni, zwiększenie ilości pozyskanego złomu w stosunku do przedmiarów (większy nakład pracy sprzętu i robocizny), koniecznością wywozu i zagospodarowania większej ilości wytworzonych odpadów, ujawnienie odpadów nie wskazanych w dokumentacji przetargowej. Uwzględniając:*

- *założone przez Wykonawcę wolne środki finansowe w ramach pokrycia dodatkowych kosztów, związanych z oceną ryzyka,*
- *zakładany zysk wynoszący 30% wartości oferty netto,*
- *koszty pośrednie oszacowane na poziomie 4,5 %*

*(...)*

*Załączniki:*

- 1) Kalkulacja z uwzględnieniem kosztów robocizny, materiału oraz sprzętu,*
- 2) Oferty firm,*
- 3) Dowody na poparcie zastosowanych w kalkulacji cen jednostkowych,*
- 4) Zaświadczenia ZUS i US Wykonawcy.*

*W Załączniku nr 1 do wyjaśnień RNC w ramach ZP-K-0020/21 Przystępujący przedstawił kalkulację z uwzględnieniem kosztów robocizny, materiału oraz sprzętu w odniesieniu do każdego z obiektów, np. w odniesieniu do I. Budynek nadszybia szybu II - ob. 5 zostało m.in. podane: (...)*

*4. Mobilizacja maszyn na teren rozbiórki (oferty przewoźników z jakich korzysta podwykonawca Stalbet):*

- a) Koparka gaśnicowa z wysokim wysięgiem ramienia - 8.500,00 zł w obie strony*
- b) koparka gaśnicowa o wysięgu ok 11 m 2 szt.- 6.000,00 zł w obie strony x 2 = 12.000,00 zł*

*(...) Robocizna: (...)*

*7. Operatorzy koparek, ładowarki teleskopowej, dźwigu, podnośnika samochodowego kosztowego wliczeni w pracę sprzętu wynajętego od innych podmiotów, zgodnie z przedłożonymi ofertami oraz poniższym wykazem pracy sprzętu.*

*8. Pracownicy fizyczni przeznaczeni do wykonania zaślepienia otworu o powierzchni 150,00 m<sup>2</sup> wliczeni zostali wraz z materiałem w ofertę prac budowlanych, jaką otrzymaliśmy od SME Equity Sp. z o.o.*

Suma: 87.150,00 zł netto

**Sprzęt:**

1. Praca koparki o wysokim wysięgu wraz z obsługą operatora 120 motogodzin x 500,00 zł = 60.000,00 zł
2. Praca koparek wyburzeniowych o wysięgu ramienia ok 11 m oraz z wymiennym osprzętem 1.144,00 motogodzin x 300,00 zł = 343.200,00 zł
3. Praca koparki do załadunku 225 motogodzin x 250,00 zł = 56.250,00 zł

(...)

**Materiały:**

1. Wywóz i zagospodarowanie gruzu (przyjęto całość odpadu) = 12.792,636 Mg x 25,00 zł za 1 tonę = 319.815,90 zł (oferta zakłada nieodpłatne zagospodarowanie, tj. przekruszenie gruzu oraz ponowne wprowadzenie go do obrotu gospodarczego przez odbiorcę WMP Recycling i W&G T. G.)
2. Przyjęcie odpadu w postaci papy 31,2 mg x 500,00 zł za l/mg = 15.600,00 zł
3. Przyjęcie odpadu w postaci szkła 51,00 mg x 450,00 zł l/mg = 22.950,00 zł
4. Przyjęcie odpadu w postaci podkładów kolejowych 50,00 mg x 1.000,00 zł l/mg zł
5. Przyjęcie odpadu w postaci kruszywa łamanego z rejonu torowiska pod budynkiem nadszybia 204,00 mg x 250,00 zł l/mg zł

(...)

Suma: 746.268,01 zł netto (...)"

Z załączonej do wyjaśnień oferty PPUHT STALBET 2 A. S. wynika, że:

A. "(...) zgodnie z prowadzonymi w kwietniu rozmowami w sprawie współpracy firm na rzecz SRK S.A. przedkładam poniżej ceny wynajmu sprzętu budowlanego wraz z obsługą operatorską:

- 1) koparka gaśnicowa o wysokim wysięgu ramienia - cena jednej motogodziny 500,00 zł netto,
- 2) koparki gaśnicowe o wysięgu do ok 11 m - cena jednej motogodziny 300,00 zł netto
- 3) koparka do załadunku odpadów i złomu wyposażona w chwytak - cena jednej motogodziny 250,00 zł netto.

Oświadczam, sprzęt budowlany przeznaczony do realizacji zlecenia jest w pełni sprawny, nie jest uszkodzony, nie posiada wad ukrytych i jest zdalny do używania zgodnie z jego przeznaczeniem. Operatorzy sprzętu posiadają odpowiednie uprawnienia do jego obsługi, szkolenia bhp, badania lekarskie oraz psychologiczne. Koparki wyposażone są w osprzęt wymienny tj. łyżki, młoty, nożyce do stali, nożyce tnąco-kruszące, chwytaki.

Stalbet zapewni bieżącą dostawę oleju napędowego oraz innych płynów eksploatacyjnych, niezbędnych dla prawidłowego funkcjonowania sprzętu. Mobilizacja sprzętu na teren świadczenia usługi leży po stronie Stalbet z zastrzeżeniem refaktury kosztów transportu na Nomet Sp. z o.o.

Przewidywane koszty mobilizacji (maj 2022 r.):

- koparka z wysokim ramieniem (transportowana z krótkim) - około 8.000,00 zł netto (obie strony)
- transport ramienia - około 2.500,00 zł netto
- koparki o wysięgu ok 11 m - około 5.000,00 zł netto - koparka do załadunku — około 4.000,00 zł netto.

Współpraca dot. wynajmu maszyn obowiązuje pod rygorem jej pisemnego wypowiedzenia. Podstawą comiesięcznego rozliczenia będzie zestawienie zbiorcze dni i ilości przepracowanych na rzecz Nomet Sp. z o.o. godzin sprzętu budowlanego, potwierdzone obustronnie przez przedstawicieli w miejscu prowadzenia prac. Płatność w terminie nieprzekraczającym 30 dni od daty wystawienia i doręczenia do Nomet Sp. o.o. faktury VAT.”

## B. „(...) OŚWIADCZENIE

Dotyczy postępowania publicznego pn.: „Rozbiórka 4 obiektów budowlanych zlokalizowanych na terenie SRK S.A. Oddział w Suszcu KWK „Krupiński” wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia”. Nr ZP-K-0020/21

W ślad za oświadczeniem z dnia 19.04.2022 r., załączonym do Oferty Nomet Sp. z o.o. (załącznik nr 2 oraz załącznik nr 3), w imieniu PPUHT STALBET 2 ANDRZEJ SZYBKA, z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Generała Hallera 18a, oświadczam, iż firma posiada własne/ w dyspozycji maszyny i urządzenia potrzebne do realizacji w/w zadania. Sposób zarządzania procesem świadczonych usług oraz metody prowadzenia robót — zarządzanie i dobór metod wykonywanych zadań będzie prowadzony przez doświadczoną i wyspecjalizowaną kadrę.

*Pracownicy, skierowani do współpracy z Nomet Sp. z o.o. dla niniejszego zadania zatrudnieni są na podstawie umów o pracę, a ich miesięczne wynagrodzenie jest wyższe bądź równe kwocie najniższej krajowej. Koszty robocizny zawierają w sobie podatki i opłaty ZUS zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz obejmują wszystkie koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę.”*

Oferta handlowa S. N. zawiera:

*„Dotyczy: Przyjęcie i zagospodarowanie odpadów porozbiórkowych dla zadania Rozbiórka 4 obiektów budowlanych zlokalizowanych na terenie SRK S.A. Oddział KWK „Krupiński” wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia 0 nr. ZP-K-0020/21*

*W imieniu NOMET S. N., z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Sienkiewicza 16/25, oferuję przyjęcie w. w. odpadów:*

#### *ODPAD KOSZT*

- 1 papa odpadowa 500zł /t netto*
- 2 szkło 450zł /t netto*
- 3 odpady mieszane 400zł /t netto*
- 4 wełna mineralna 700zł /t netto*
- 5 podkłady drewniane 1000zł /t netto*
- 6 olej elektroizolacyjny 3000zł /t netto*
- 7 drewno 300zł /t netto*
- 8 tworzywa sztuczne 700zł /t netto*
- 9 Kruszywo łamane /tłuczeń Do 250,00zł/t netto w zależności od kwalifikacji kodu odpadu oraz stopnia zanieczyszczenia*

*\*cena nie obejmuje transportu*

*Ceny uwarunkowane są od ilości odpadów. Odbiorca wystawi Kartę Przekazania Odpadów zgodnie z odebrany tonażem.*

*Oferta pozostaje ważna przez 90 dni.*

*W załączeniu przekładam obowiązującą decyzję środowiskową nr. ROII.6233.045.2014.BS”*

Oferta SME EQUITY sp. z o.o.: zawiera:

*„Działając w imieniu SME Equity Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, deklaruje współpracę w zakresie wykonania prac budowlanych związanych z zaślepieniem otworów powstałych po rozebranych obiektach oraz zabezpieczeniem infrastruktury dla zadań postępowania o numerze ZPK-0020/21, prowadzonego przez SRK S.A. na terenie KWK „Krupiński” w Suszcu.*

*Zgodnie z opisem SIWZ, projektem, przedmiarami oferuję:*

- 1) dla budynku nadszybia - wykonanie zaślepienia z blachy trapezowej w kwocie 67.500,00 zł netto, przy czym w przypadku możliwości wykorzystania materiałów z odzysku wskazana cena obniżona zostanie o koszty materiałów.*
- 2) dla budynku wieży wyciągowej szybu II- wykonanie zabezpieczenia, koniecznego uzupełnienia płyty w kwocie 48.220,00 zł netto*
- 3) dla budynku lampiarni — wykonanie zaślepienia powierzchni z blachy trapezowej oraz zabezpieczenie istniejącej estakady i rurociągów w kwocie 154.304,00 zł netto.*

*Zaproponowane ceny, są cenami opartymi o wstępne koncepcje zabezpieczeń oraz konieczność zakupu nowych materiałów budowlanych. Oferta zostanie doprecyzowana cenowo, w przypadku pozyskania kontraktu przez Nomet Sp. z o.o., na etapie opisywania szczegółowej technologii i organizacji robót. Oferta podlega negocjacom cenowym.*

*Deklaruję zapewnienie odpowiedniej ilości pracowników ogólnobudowlanych oraz materiałów i sprzętu od wykonania prac.*

*Termin płatności 30 dni w oparciu o odbiór wykonanych prac przez Strony.”*

*24 maja 2022 r. odbyła się aukcja elektroniczna z udziałem ww. wykonawców. Odwołujący nie zmienił ceny swojej oferty, zaś wykonawca NOMET obniżył swoją ofertę do ceny niższej o 0,80 zł od ceny oferty Odwołującego, tj. do kwoty 6 634 939,00 zł.*

*Pismem z 26 maja 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę NOMET do wyjaśnień ceny oferty wskazując:*

*„W związku z obniżeniem wartości Państwa oferty podczas aukcji elektronicznej w dniu 24.05.2022 r., Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej PZP), zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w zakresie wyliczenia ceny, celem ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*Cena Państwa oferty po aukcji wynosi: 6 634 939,00 zł brutto.*



Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi: 11 517 277,94 zł brutto.

Jak wynika z powyższego, cena Państwa oferty jest niższa o 42,39 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Biorąc pod uwagę złożone szczegółowe wyjaśnienia z dnia 10.05.2022 r. dotyczące braku rażąco niskiej ceny wskazanej w ofercie z dnia 25.04.2022 r. wraz z przedłożonymi dowodami, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wskazania pozycji, które uległy zmianie po złożeniu oferty podczas aukcji elektronicznej.

Prosimy o informację czy zaoferowana cena wskazana podczas aukcji elektronicznej obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz o przedłożenie aktualizacji kosztorysu/kalkulacji, z uwzględnieniem: robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu.

Wykonawca w celu udokumentowania Zamawiającemu, że cena jego oferty nie jest/jest rażąco, niska może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 PZP.

Jednocześnie wskazujemy, że zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wyjaśnienia wraz z dowodami należy składać drogą elektroniczną poprzez Platformę EFO, na elektroniczne wezwanie w określonym przez Zamawiającego terminie: do dnia 31.05.2022 r.”

„W odpowiedzi na ww. wezwanie z 27 maja 2022 r. wykonawca NOMET podał: „W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nr SRK/MZ/1851/KB z dnia 27.05.2022r., dotyczące ceny oferty wykonawcy po przeprowadzonej w dniu 24.05.2022 r. aukcji elektronicznej w postępowaniu nr ZP-K-0020/21, w imieniu Nomet Sp. z o.o., oświadczam, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 10.05.2022 r. pozostają obowiązujące.

W wyniku aukcji elektronicznej wykonawca obniżył jedynie zakładany przez siebie zysk z szacowanych +/- 30 % do +/- 19%, tj. z zakładanego w kwocie 1.164.690,14 zł netto zysku odjęto 119.028,06 zł. Ceny jednostkowe, koszty bezpośrednie i pośrednie, w tym treść wyjaśnień Wykonawcy z dnia 10.05.2022 r., pozostają bez zmian.

Oferty firm, na które powołuje się wykonawca pozostają aktualne, co w dniu licytacji potwierdzono telefonicznie.

*Ponownie deklaruję, iż oferta obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, wszystkie pozycje wskazane w przedmiarach oraz kalkulacje własne z uwzględnieniem wizji lokalnej.*

*W przypadku zapytań Zamawiającego pozostajemy do dyspozycji.*

*Załączniki:*

- 1) Kalkulacja zbiorcza cen dla poszczególnych zadań z uwzględnieniem pomniejszonego o 119.028,06 zysku Wykonawcy.*
- 2) Aktualny, uwzględniający pomniejszenie zysku kosztorys z podziałem na robociznę, sprzęt i materiał.”*

*Stosownie do pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ: „Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jeżeli wykonawca wykaże się: 1. należyтым wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą budowlaną realizowaną w ramach jednej umowy lub kilku umów polegającej lub polegających na rozbiórce obiektów budowlanych wraz z likwidacją wyposażenia o łącznej wartości - minimum 4 000 000,00 zł brutto, wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.”*

Zgodnie z pkt 9.2.2. SWZ zawierającym wykaz podmiotowych środków dowodowych, jakie zobowiązany będzie złożyć wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, lub wykonawcy, których Zamawiający wezwie do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych w przypadkach, o których mowa w art. 274 ust. 2 ustawy Pzp:

*„9.2.2. wykaz robót wykonanych, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ.,,*

**Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Ad zarzuty nr 1 i 3 dotyczące braku spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu

Art. 116 ust 1. Stanowi: *W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.*

Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4: *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.*

W sprawie nie jest sporne, że złożony przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu robót zawiera 7 robót, z których żadna nie jest o wartości minimum 4 mln zł. Spór dotyczy tego, czy dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia możliwe było sumowanie wartości robót wskazanych w tym wykazie. Odwołujący stoi na stanowisku, że nie było to możliwe, natomiast Przystępujący uważa, że jak najbardziej było możliwe i w związku z tym Zamawiający zasadnie uznał, że spełnia on ten warunek udziału w postępowaniu, natomiast uwzględnienie odwołania jest wyrazem taktyki procesowej Zamawiającego.

W ocenie Izby sposób, w jaki został opisany sporny warunek udziału w postępowaniu, pozwala na zsumowanie wartości robót wymienionych w złożonym przez Przystępującego wykazie.

Jak wyżej ustalono, stosownie do pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ, wykonawca był obowiązany wykazać się należytych wykonaniem robót budowlanych we wskazanym okresie, tj.:

- co najmniej jedną robotą budowlaną
- realizowaną w ramach jednej umowy lub kilku umów

- polegającej lub polegających na rozbiórce obiektów budowlanych wraz z likwidacją wyposażenia
- o łącznej wartości - minimum 4 000 000,00 zł brutto

Jakkolwiek w treści warunku jest wskazanie na co najmniej jedną robotę budowlaną, co podkreśla Odwołujący, jednak towarzyszy temu m.in. użycie liczby mnogiej: „polegającej lub polegających na rozbiórce obiektów budowlanych ...”, przy czym nie jest jasne czy ten fragment odnosi się do roboty budowlanej czy do umowy / umów. Zwraca natomiast uwagę użycie liczby mnogiej w odniesieniu obiektów budowlanych, a także wskazanie na łączną wartość.

Zamawiający w SWZ nie zawarł definicji roboty budowlanej. Ustawa Pzp nie zawiera takiej definicji. Zgodnie natomiast z definicją zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 poz. 2351) *przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego, a zatem sposób rozumienia roboty budowlanej odnosi się do obiektu budowlanego, przez który, zgodnie z definicją zawartą w pkt 1 tego artykułu, należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych*. Z kolei zgodnie z definicją obiektu budowlanego, która jest zawarta w ustawie Pzp przez obiekt budowlany *należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcje gospodarczą lub techniczną*.

W konsekwencji, odniesienie w warunku do obiektów budowlanych (liczba mnoga), które miały podlegać rozbiórce oraz wskazanie na łączną wartość, pozwala na przyjęcie, że jest możliwe sumowanie wartości robót wskazanych w wykazie, skoro te odnoszą się do obiektów budowlanych. Tym bardziej, że tak rozumiany warunek koresponduje z opisem obecnego przedmiotu zamówienia. Jak słusznie podnosił Przystępujący przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie jednej roboty budowlanej, lecz czterech robót, które obejmują rozbiórkę odrębnego obiektu budowlanego, dla których SWZ przewiduje odrębną dokumentację projektową, w tym odrębne pozwolenia na rozbiórkę. Obiekty te nie są ze sobą połączone, a jedynie położone są na tym samym terenie.

Niezależnie od powyższego zaznaczenia wymaga, że w sytuacji, gdy sposób opisu warunku udziału w postępowaniu nie jest jasny i precyzyjny, wątpliwości co do tego opisu, nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to na nim ciąży obowiązek sporządzenia dokumentów zamówienia w sposób jednoznaczny. Nadto zauważenia wymaga, że dla zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b

Pzp wymagane jest uprzednie wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Takie wezwanie nie zostało skierowane do Przystępującego, a Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie jego wystosowania. Odwołujący jedynie w żądaniach oczekuje nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego ewentualnie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót.

Nie jest podnoszony w odwołaniu zarzut, że roboty wskazane w wykazie robót złożonym przez Przystępującego nie odpowiadają wymaganiom pod względem przedmiotu, jak też, że nawet po zsumowaniu nie przedstawiają wymaganej wartości.

W związku z tym zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego należy uznać za nietrafione, w tym nie potwierdził się zarzut dotyczący wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, który jest związany z zaniechaniem odrzucenia tej oferty. Odwołujący nie podniósł, że Zamawiający dokonał wyboru oferty na podstawie innych kryteriów, niż określone w SWZ.

Ad zarzuty nr 2, 4 i 5

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp: 6) *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;*

Zgodnie z art. 16 Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Z dwóch pierwszych z ww. przepisów wynika, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w dokumentach zamówienia. Przed zastosowaniem ww. przepisu Zamawiający, gdy cena oferty danego wykonawcy budzi jego wątpliwości, winien wystąpić do tego wykonawcy o stosowne wyjaśnienia, odpowiednio formułując treść wezwania. Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w kontekście treści wezwania do ich złożenia, opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentach zamówienia, oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, przy czym zawsze punktem odniesienia do określenia istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia.

W okolicznościach analizowanej sprawy w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że zgodnie z treścią przepisu art. 232 ust. 1 Pzp, *zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.*

Z przepisu tego wynika, że zaproszenie do udziału w aukcji oznacza, iż zamawiający dokonał wstępnej oceny ofert i ustalił krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, niepodlegających wykluczeniu i których oferty spełniają wymagania określone w Pzp oraz dokumentach zamówienia. Wynik badania i oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert, w tym liczbie przyznanych punktów, powinien znaleźć wyraz w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia dokonywana przed aukcją opiera się o złożone wraz z ofertą oświadczenia własne wykonawców, w tym JEDZ. Po przeprowadzeniu aukcji zamawiający wzywa do złożenia wymaganych przez niego podmiotowych środków dowodowych i na ich podstawie dokonywana jest ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu lub stwierdzany brak podstaw wykluczenia wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Następnie zaznaczenia wymaga, że stosownie do art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym na zarzut składa się nie tylko podanie postawy prawnej, ale w szczególności wskazanie okoliczności faktycznych, które zdaniem odwołującego świadczą o naruszeniu przez zamawiającego wskazanego przepisu ustawy.

W związku z powyższym zauważenia wymaga, że zawarte w odwołaniu zarzuty odwołania dotyczące wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego przed zaproszeniem go do aukcji elektronicznej, co do zasady należy uznać za spóźnione i w związku z tym za niepodlegające rozpoznaniu, podobnie jak dodatkowe zarzuty, zawarte w piśmie procesowym z 30 sierpnia 2022 r., dotyczące np. przyjętej przez Przystępującego stawki rbh, które nie zostały wskazane w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego, z uwagi na to, iż w wyjaśnieniach ceny złożonych przez Przystępującego po aukcji elektronicznej, na wezwanie Zamawiającego, który żądał zarówno wskazania pozycji, które uległy zmianie po złożeniu oferty podczas aukcji elektronicznej, jak też podania informacji czy zaoferowana cena wskazana podczas aukcji elektronicznej obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz o przedłożenie aktualizacji kosztorysu/kalkulacji, z uwzględnieniem: robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu, a Przystępujący w odpowiedzi podał żadaną pozycję (zysk) i

ponownie przedłożył swój kosztorys, za niepozbowione racji Izba uznała odniesienie się także do tych zarzutów.

W tym zakresie podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie stwierdził, a w konsekwencji nie przedstawił argumentów, wskazujących, że za cenę oferty Przystępującego nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Jak wyżej natomiast ustalono, cena oferty Odwołującego jest wyższa jedynie o 0,80 zł od zakwestionowanej przez niego ceny oferty Przystępującego. Tymczasem przez cenę rażąco niską przyjmuje się cenę, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym oraz postęp technologiczno-organizacyjny.

Skoro ceny ofert Odwołującego i Przystępującego są niemal identyczne, to oznacza, że trudno przyjąć, że nie występują one na rynku. Odwołujący powinien zatem wskazać, co przemawia za nierealistycznym charakterem ceny oferty Przystępującego. Odwołanie koncentruje się na odpowiedzi Przystępującego na pytanie nr 6 zadane w pierwszym wezwaniu do wyjaśnień i nie zawiera w tym zakresie przekonujących argumentów. Za taki bowiem nie można m.in. uznać argumentu dotyczącego np. koparki gąsiennicowej o wysokim zasięgu ramienia, co do której Odwołujący wskazał na brak podania wysokości roboczej tej koparki oraz braku przekazania informacji, ile faktycznie będzie pracowała koparka, a ile dźwig i zwyżka. Odwołujący nie kwestionuje bowiem cen zaoferowanych przez Przystępującego w tym zakresie, jak też nie wykazuje z czego miałyby wynikać oczekiwany przez niego stopień szczegółowości wyjaśnień w tym zakresie. Podobne uwagi dotyczą podnoszonych kwestii dotyczących np. przepalaczy, czy hakowego. Przystępujący załączył do wyjaśnień oferty podwykonawców na wynajem sprzętu, z których wynika, że jest on wynajmowany wraz z obsługą operatorską. Nadto jak zauważył na rozprawie Przystępujący, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, na str. 12 projektu rozbiórki wieży wyciągowej szyb 2, wskazano, że jest wymagane zastosowanie koparki o zasięgu roboczym 12m, a nie jak przedstawia to Odwołujący - 35m. Wskazał też na swoje wyjaśnienia, gdzie jest mowa o pomocnikach spawacza oraz na złożony Wykaz osób, gdzie jest wskazanie osób z uprawnieniami hakowymi. Nadto zaznaczył, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że z jego wyjaśnień dotyczących wieży wyciągowej wynika, że chodzi o czterech przepalaczy, a nie dwóch jak wskazuje Odwołujący twierdząc, że nie są w stanie przeciąć 900t złomu.

W odniesieniu do drugich wyjaśnień ceny, zauważenia wymaga, że Przystępujący podał, iż obniżenie ceny w wyniku aukcji dotyczy pozycji zysku i wskazał, o ile ten zysk został przez niego obniżony w wyniku aukcji elektronicznej. Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu poziomu zysku założonego przez Przystępującego zarówno w pierwszych, jak i

drugich wyjaśnieniach ceny i nie twierdził, że jego obniżenie w wyniku aukcji powoduje wystąpienie w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny.

W odwołaniu Odwołujący jedynie podniósł odnośnie do tych wyjaśnień, że Zamawiający w wezwaniu wykonawcy NOMET do wyjaśnień, wystosowanym po aukcji w szczególności zażądał przedłożenia aktualizacji kosztorysu / kalkulacji, z uwzględnieniem: robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz pracy sprzętu, a wykonawca NOMET w odpowiedzi złożył wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej oferty, których treść i zakres nie odpowiada wezwaniu Zamawiającego. W szczególności, wykonawca NOMET nie udzielił wyczerpującej i szczegółowej aktualizacji kosztorysu / kalkulacji popartej aktualnymi dowodami.

Jak natomiast wynika z powyższych ustaleń, w wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający wymagał podania pozycji, które uległy zmianie po złożeniu oferty podczas aukcji elektronicznej, a także prosił o informację czy zaoferowana cena wskazana podczas aukcji elektronicznej obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz oczekiwał przedłożenia aktualizacji kosztorysu/kalkulacji, z uwzględnieniem: robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu.

Wbrew stanowisku Odwołującego Przystępujący zastosował się do tego wezwania wskazując pozycję zysku jako tą, która uległa obniżeniu o wskazaną przez niego kwotę, oświadczył, że jego oferta obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, wszystkie pozycje wskazane w przedmiarach oraz kalkulacje własne z uwzględnieniem wizji lokalnej, a także załączył kalkulację zbiorczą cen dla poszczególnych zadań z uwzględnieniem pomniejszonego o 119 028,06 zł zysku oraz aktualny, uwzględniający pomniejszenie zysku kosztorys z podziałem na robociznę, sprzęt i materiał.

Oznacza to, że zarzut istnienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny, łączony przez Odwołującego z wadliwymi - w jego ocenie - wyjaśnieniami ceny, składanymi przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, należy uznać za niepotwierdzony.

Nie potwierdził się także zarzut zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, że np. w analogicznej sytuacji Zamawiający inaczej ocenił wyjaśnienia innego wykonawcy.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*



Jeśli chodzi o zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji, to Odwołujący powołał się na przepisy art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Wskazane przepisy ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) stanowią:

*Art. 14 ust. 1: Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.*

*Art. 15 ust. 1 pkt 1: Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;*

Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać naruszenie przez Przystępującego ww. przepisów. Z treści odwołania można wywieść, że za jego zasadnością tego zarzutu miałyby przemawiać to, że dwie z szeregu ofert, jakie zostały załączone przez Przystępującego do wyjaśnień ceny, pochodzą od podmiotów z nim powiązanych, co miałyby – zdaniem Odwołującego - wskazywać na ich pozorny charakter.

Odwołujący nie przedstawia argumentów przemawiających za tym, że samo powiązanie osobowe pomiędzy tymi podmiotami stanowi naruszenie wskazanych przez niego przepisów prawa, jak też nie podaje na czym takie naruszenia miałyby polegać i dlaczego takie oferty są pozorne. Argument o krótkim czasie występowania na rynku jednego z podmiotów, bez wykazania, że nie prowadzi on działalności w danym zakresie trudno uznać za wystarczający dla stwierdzenia pozorności oferty. Zauważenia w tym aspekcie wymaga m.in., że Odwołujący nie stawia zarzutu, że ceny tych ofert są nierealistyczne, że nie występują na rynku, że nie jest możliwe wykonanie za nie przedmiotu zamówienia przez te podmioty.

W związku z tym zarzut ten należy uznać za niewykazany.

Z kolei zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, Odwołujący wiąże z tym, że z decyzji posiadanej przez podmiot gospodarczy NOMET S. N., którego oferta została załączona do pierwszych wyjaśnień ceny, wynika, że nie ma on prawa do przyjęcia do utylizacji odpadu o kodzie 13 03 07, co wynika z decyzji, która nie została załączona przez Przystępującego do pierwszych wyjaśnień ceny.

Zgodnie natomiast wskazanym jako podstawa zarzutu przepisem art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp: *1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przepis ten wymaga łącznego wystąpienia wymienionych w nim przesłanek. W pierwszej kolejności wymaga wykazania, iż wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje.

Odwołujący, chociaż to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, nie wykazał, że zostało złożone nieprawdziwe oświadczenie przez Przystępującego w zakresie utylizacji odpadów o wskazanym w odwołaniu kodzie, jak też, że odpady o tym kodzie będą utylizowane w ramach przedmiotu zamówienia, a także, że złożenie przez Przystępującego wskazanej przez Odwołującego decyzji było wymagane w postępowaniu. Nie podniósł i nie wykazał, aby Zamawiający wymagał legitymowania się na dzień składania ofert decyzją na odbiór odpadów o kodzie 13 03 07.

W związku z tym również ten zarzut nie został wykazany.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia zarzucanych przez Odwołującego przepisów Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....