

Sygn. akt: KIO 1972/18

WYROK

z dnia 15 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Poprawa**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2018 roku przez odwołującego **Foxmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce – Leszczynach (ul. Kopalniana 9a 44-230 Czerwionka-Leszczyzny)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu (ul. Strzelców Bytomskich 207 44-914 Bytom)**

przy udziale wykonawcy **Sz. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Nomet Sz. N. (ul. Sienkiewicza 16/25 41-300 Dąbrowa Górnicza)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty wykonawcy Sz. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Nomet Sz. N. (ul. Sienkiewicza 16/25 41-300 Dąbrowa Górnicza), z postępowania w zakresie części II, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu (ul. Strzelców Bytomskich 207 44-914 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 Foxmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce – Leszczynach tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego Spółki Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu na rzecz wykonawcy Foxmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce – Leszczynach kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Likwidacja obiektów budowlanych wraz z wyposażeniem oraz likwidacją przyłączy i urządzeń przesyłowych integralnie związanych z tymi obiektami, dla SRK S.A. Oddziału KWK „Kazimierz Juliusz” w Sosnowcu.” Postępowanie prowadzone jest pod nadanym przez Zamawiającego numerem referencyjnym: KWK K-J/05/18). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 lipca 2018 r. pod numerem 587386-N-2018. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, o wartości zamówienia nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 z późn. zm.) zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Dnia 1 października 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Foxmet Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach

(zwanym dalej Odwołującym), wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu, w zakresie Części II polegającej na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania w zakresie części II zamówienia wykonawcy Sz. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOMET Sz. N., ul. Sienkiewicza 16/25, 41-300 Dąbrowa Górnicza (zwanego dalej „NOMET Sz. N.”),
2. zaniechaniu odrzucenia oferty NOMET Sz. N. w zakresie Części II zamówienia, pomimo tego że oferta zawiera cenę rażąco niską a wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania,
3. dokonaniu wyboru oferty w zakresie Części II zamówienia złożonej przez wykonawcę NOMET Sz. N.,
4. zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego w zakresie Części II zamówienia,

- wskutek czego w ocenie Odwołującego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

- konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy NOMET Sz. N., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 5.3 ppkt 1 lit. [a] SIWZ) oraz warunku należytego wykonania robót budowlanych (posiadania doświadczenia) dla Części II zamówienia (pkt 5.3 ppkt 1 lit. [b] SIWZ),
 3. art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy NOMET Sz. N., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (związane z posiadanym doświadczeniem zawodowym), mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
 4. art. 24aa ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie zbadania, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu,
 5. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NOMET Sz. N., w sytuacji w której ww. oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 6. art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NOMET Sz. N., w sytuacji w której NOMET Sz. N. podlega wykluczeniu z postępowania;
 7. art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, bez zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec wskazanej czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przytoczonymi przepisami ustawy, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Części II zamówienia,
2. wykluczenia z postępowania wykonawcy NOMET Sz. N. w ramach Części II zamówienia,
3. odrzucenia oferty wykonawcy NOMET Sz. N. w ramach Części II zamówienia,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, iż jest czynnie legitymowany do wniesienia niniejszego odwołania, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia (złożona przez Odwołującego oferta posiada cechy pozwalające na uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą w ramach Części II zamówienia). W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Zamawiający błędnie ocenił spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę NOMET Sz. N., w wyniku czego bezpodstawnie zaniechał wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. W konsekwencji, sytuacja w której to oferta Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert, powoduje, że Odwołujący został narażony na znaczną szkodę, związaną z utratą spodziewanego zysku z realizacji zamówienia, które powinno zostać mu udzielone.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 25 września 2018 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że w dniu 25 września 2018 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, z którego treści wynika, że w postępowaniu w zakresie Części II zamówienia została wybrana oferta wykonawcy Sz. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOMET Sz. N. za wynagrodzeniem w wysokości 198.770,00 zł netto. Z takim rozstrzygnięciem przedmiotowego postępowania Odwołujący nie może się zgodzić.

Rażąco niska cena

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że oferta wykonawcy NOMET Sz. N. w zakresie Części II zamówienia zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podczas czynności otwarcia ofert w dniu 26 lipca 2018 r. Zamawiający zakomunikował, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi: 2.076.200,00 zł brutto (dla Części II). Cena oferty NOMET Sz. N. wynosiła zaś 1.599.000,00 zł brutto (1.300.000,00 zł netto). Ceny pozostałych sześciu ofert były wyższe, oscylowały w przedziale od 1.886.820 zł brutto do 4.157.400 zł brutto. Co ważne, cena zaoferowana ostatecznie w wyniku aukcji elektronicznej przez NOMET Sz. N. wyniosła 244.487,10 zł brutto, gdzie cena oferty Odwołującego (kolejnej w rankingu) wyniosła 1.902.540,00 zł brutto.

Zamawiający właściwie zareagował na fakt zaofiarowania tak poważnie zaniżonych cen (zarówno na etapie otwarcia ofert, jak i po zakończeniu aukcji elektronicznej zostało wystosowane wezwanie do złożenia wyjaśnień mających istotny wpływ na wysokość ceny). Jednakowoż ocena wyjaśnień złożonych w dniu 8 sierpnia 2018 r. oraz 23 sierpnia 2018 r. nie została dokonana przez Zamawiającego prawidłowo.

Przechodząc do omówienia argumentów przedstawionych w pismach NOMET Sz. N. z dnia 8 sierpnia 2018 r. oraz 23 sierpnia 2018 r. należy zauważyć, że przedmiotowe wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i lakoniczny, a co za tym idzie nie dają podstaw do obalenia domniemania wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy.

Nie sposób uznać, że oszczędność metod wykonania zamówienia sprowadza się do:

- 1) zatrudniania wyspecjalizowanej kadry inżynierskiej, doświadczonych operatorów maszyn czy kierowców samochodów ciężarowych,
- 2) posiadania własnego sprzętu wyburzeniowego,
- 3) posiadania własnych samochodów ciężarowych.

Tego rodzaju czynniki nie są zarezerwowane dla NOMET Sz. N., bowiem każdy podmiot spełniający minimalne wymagania Zamawiającego (opisane jako warunki udziału w postępowaniu) musi zatrudniać wyspecjalizowaną kadrę inżynierską operatorów maszyn czy kierowców samochodów ciężarowych oraz musi dysponować właściwym potencjałem sprzętowym.

Podobnie krytycznie należy potraktować gołosłowne twierdzenia na temat wybranych przez NOMET Sz. N. rozwiązań technicznych. Z wyjaśnień wynika, że wykonawca planuje skierować do wykonania zadania większą liczbę jednostek budowlanych (maszyn) uzbrojonych w różnorodne urządzenia specjalistyczne, co jego zdaniem spowoduje skrócenie czasu wykonania zadania, radykalnie obniży koszty itd.

Analizując powyższe można dojść do wniosku, że przytoczone czynniki nie tyle przyczyniają się do obniżenia kosztów wykonania usługi, co wręcz spowodują wzrost kosztów (dodatkowa praca maszyn). Wszak NOMET Sz. N. nie podał jak i w jakiej wysokości czynniki te miałyby spowodować "radykalne" obniżenie kosztów (brak jakiejkolwiek kalkulacji) czy skrócenie czasu wykonania zamówienia, a faktem notoryjnym jest okoliczność, iż praca każdej dodatkowej maszyny generuje dodatkowy koszt dla wykonawcy, zaś czas wykonania zamówienia uzależniony jest od wymagań technologicznych opisanych w dokumentacji projektowej. Również podane dalej „wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy” nie polegają na prawdzie. Wykonawca NOMET Sz. N. nie uzasadnił (nie podał obliczeń) w jaki sposób „niedaleka odległość od jego bazy sprzętowej” miała wpływ na wysokość zaofiarowanych cen w niniejszym postępowaniu. Co więcej, większość spośród wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego

zamówienia może poszczycić się niedalekim usytuowaniem swoich baz sprzętowych od miejsca realizacji zamówienia.

Warto zauważyć, że przedstawione założenia pozwoliły wykonawcy NOMET Sz. N. określić wysokość kosztów wykonania prac na kwotę 1.250.000 zł brutto, z czego koszty bezpośrednie wyniosły 1.215.000,00 zł brutto, koszty pośrednie 35.000,00 zł brutto, zaś zysk 349.000,00 zł brutto.

W związku z tym, że w toku aukcji elektronicznej NOMET Sz. N. obniżył cenę swojej oferty do kwoty 244.500,00 zł brutto należy zadać pytanie jak zmieniły się elementy oferty tego wykonawcy mające wpływ na wysokość ceny? Otóż, z wyjaśnień z dnia 23 sierpnia 2018 r. wynika, że zmieniły się one nieznacznie. O ile bowiem w piśmie z dnia 8 sierpnia 2018r. NOMET Sz. N. przyjął zatrudnienie 10 pracowników, których koszt wynosił 2.500,00 zł miesięcznie za każdego pracownika (dla 3-miesięcznego terminu realizacji), o tyle w piśmie z dnia 23 sierpnia 2018 r. NOMET Sz. N. zadeklarował, że jest w stanie wykonać zamówienie przy udziale 6 ludzi (również zatrudnionych w warunkach minimalnego krajowego wynagrodzenia), w zaledwie 2 miesiące! Termin wykonania zamówienia, zgodnie z SIWZ przypada na dzień 30 listopada 2018r. Wydaje się, że mając mniej czasu na wykonanie zadania (2 miesiące zamiast 3 miesięcy) NOMET Sz. N. powinien delegować większą liczbę pracowników. Takie podejście (krótki termin i ograniczenie liczebności personelu) budzi poważne wątpliwości co do terminowego i rzetelnego wykonania zamówienia.

W ten sposób zaniżone zostały koszty robocizny, które w praktyce znacznie przekraczają założenia przyjęte przez wykonawcę NOMET Sz. N.. Aktualna sytuacja na rynku pracy nie pozwala na zatrudnienie doświadczonej kadry (którą szczyli się ww. wykonawca) za wynagrodzeniem 2.500,00 zł miesięcznie. Tego rodzaju założenia nie mogą polegać na prawdzie, szczególnie w przypadku kierownika budowy, którego zatrudnienie jest konieczne dla należytego wykonania zamówienia, zaś jego doświadczenie stanowiło jedno z kryteriów oceny ofert (rynkowe wynagrodzenie doświadczonego kierownika budowy znacznie przekracza 2.500,00 zł).

Zdaniem Odwołującego w ofercie NOMET Sz. N. zaniżono nie tylko koszty pracownicze przypadające na jednego pracownika, ale również poważnie zaniżono liczbę pracowników, których zatrudnienia będzie wymagało należyte wykonanie zamówienia. W piśmie z dnia 23 sierpnia 2018 r. przyjęto liczbę 6 pracowników, co wprost kłóci się z pozostałymi wyjaśnieniami ww. wykonawcy, który deklaruje zatrudnianie wyspecjalizowanej kadry inżynierskiej, doświadczonych operatorów maszyn czy kierowców samochodów ciężarowych. O całkowitym braku wiarygodności wyjaśnień wykonawcy NOMET Sz. N. świadczy również fakt, że w wykazie osób datowanym na 24 września 2018r.

(a zatem już po złożeniu wyjaśnień z dnia 23 sierpnia 2018 r.) ww. wykonawca oświadczył, że realizację przedmiotu zamówienia wykona przy udziale 7 pracowników!

Co istotne, deklarowane przez NOMET Sz. N. warunki wykonania zamówienia przy udziale tak małej liczby pracowników w terminie zaledwie 2 miesięcy są całkowicie nierzetelne z jeszcze jednego powodu. Otóż, wykonawca ten posiada zawarte inne kontrakty z Zamawiającym, z których wykonaniem poważnie się opóźnia. Przykładowo, na zadaniu KWK B/04/18 i KWK P/03/18 wykonawca nie przejawia najmniejszego postępu prac (termin 30 listopada 2018 r.), zaś na zadaniach KWK K/06/18, KWK K/07/18, CZOK/04/18 oraz KWK MY/02/18 termin wykonania upłynął! Powyższe oznacza wprost, że zaoferowana w niniejszym postępowaniu cena nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

Również pozostałe elementy wyjaśnień, złożonych przez NOMET Sz. N. w piśmie z dnia 23 sierpnia 2018 r. potwierdzają, że w przypadku oferty tego wykonawcy mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Zaniżono wszystkie czynniki kosztowe, jak choćby transport maszyn na teren budowy i powrót, rozbiórka mechaniczna, koszty utylizacji odpadów pochodzących z rozbiórki.

Koszty utylizacji oleju, podkładów i kruszywa torowego w pierwszych wyjaśnieniach firmy NOMET Sz. N. z dnia 8 sierpnia 2018 r. zostały wycenione na 200.000,00 zł brutto, zaś w wyjaśnieniach z dnia 23 sierpnia 2018 r. obniżono te założenia do kwoty 20.000,00 zł brutto. Po zweryfikowaniu rynku okazuje się, że koszty utylizacji samych podkładów kolejowych kształtują się na poziomie od 240,00 zł netto (Firma EKO-REK z Dąbrowy Górniczej) do 370,00 zł netto (Firma EKO-JUMIR z Jaworzna).

Ilość podkładów do utylizacji według przedmiaru to 4622 szt., zaś waga 1 szt. to około 60 kg. W sumie do utylizacji należy przekazać 277,32 ton podkładów kolejowych (4622 szt. x 60 kg = 277,32 Mg).

Przyjmując cenę 240,00 zł netto + 8% VAT za 1 tonę koszt utylizacji podkładów kolejowych wyniesie zatem 71.881,34 zł brutto (277,32 tony x 200 zł = 66.556,80 zł netto / 71.881,34 zł brutto), zaś przy stawce 370,00 zł netto + 8% VAT za 1 tonę koszt utylizacji podkładów kolejowych wyniesie 110.817,07 zł brutto (277,32 tony x 370 zł = 102.608,40 zł netto / 110.817,07 zł brutto).

Rzeczywiste koszty legalnej utylizacji samych tylko podkładów kolejowych są zatem istotnie wyższe od tych które podał wykonawca NOMET Sz. N., a do tego należy doliczyć jeszcze utylizację oleju oraz kruszywa torowego.

Reasumując, w świetle wyjaśnień złożonych przez NOMET Sz. N. należy uznać, że oferta tego wykonawcy w ramach Części II zamówienia zawiera cenę rażąco niską.

Brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu

Ponadto, należy podnieść, że NOMET Sz. N. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a przy okazji w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

a) Potencjał osobowy

W treści SIWZ, w pkt 5.3 ppkt 1 lit. a) SIWZ, Zamawiający wskazał, że uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się dysponowaniem osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi posiadającymi odpowiednie uprawnienia.

W wykazie osób datowanym na 24 września 2018 r. NOMET Sz. N. oświadczył, że realizację przedmiotu zamówienia wykona przy udziale 7 pracowników, przy czym na stanowisko spawacza wskazał pracownika J. B.. Pracownik ten będzie wynajęty na umowę zlecenie. Z oferty NOMET Sz. N. wynika, że wykonawca ten nie będzie polegał na zasobach innego podmiotu oraz nie będzie korzystać z podwykonawcy. W świetle powyższego nie sposób ustalić na jakiej podstawie wykonawca miałby dysponować ww. pracownikiem (bezpośrednio czy pośrednio przez najem personelu od innego podmiotu).

Zdaniem Odwołującego informacje co do sposobu dysponowania osobami (wskazane w wykazie osób złożonym przez NOMET Sz. N.) są informacjami nieprawdziwymi. Zaistniały w powyższym zakresie wątpliwości nie są możliwe do usunięcia, a to z uwagi na zarzuty uprzednio podniesione w uzasadnieniu niniejszego odwołania (rażąco niska cena).

b) Doświadczenie wykonawcy

W treści SIWZ, Zamawiający wskazał, że uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytych wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą budowlaną lub robotami polegającymi na robotach rozbiórkowych o łącznej wartości dla Części I: minimum 500.000,00 zł brutto, dla Części II: minimum 500.000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Wykaz doświadczenia wykonawcy przedłożony przez wykonawcę NOMET Sz. N. zawiera jedną pozycję, tj. roboty rozbiórkowe na terenie Huty Małapanew o wartości 2.988.900,00 zł brutto realizowane w okresie 05.2015 -10.2017 na rzecz Dominex Sp. z o. o. Do wykazu załączono dokument referencji sporządzony przez Dominex Sp. z o. o. z siedzibą w

Świętochłowicach. Prezesem Zarządu Dominex Sp. z o.o. jest Pani E. N. (żona Sz. N.a). Z przedmiotowych referencji wynika, iż NOMET Sz. N. uczestniczył w realizacji prac rozbiórkowych na terenie Huty Małapanew Sp. z o. o. w Ozimku przy ulicy Kolejowej o wartości 2.430.000,00 zł netto, które dotyczyły obiektów o łącznej kubaturze 682.095,00 m³. Odwołujący wskazuje, że NOMET Sz. N. posługuje się przedmiotowymi referencjami w kolejnym postępowaniu przetargowym prowadzonym przez tego samego Zamawiającego. Co ciekawe, treść owych referencji nie jest stała, lecz wykonawca dostosowuje ją w zależności od potrzeb danego zamówienia. I tak warto podkreślić, że istnieją w obiegu referencje z dnia 11 lipca 2018 r. oraz dwie „wersje” referencji opatrzone datą 25 października 2017 r. Co ważne, referencje wystawione w tej samej dacie przez ten sam podmiot, różnią się m.in. kubaturą budynków (w jednym przypadku jest to 682.095,00 m³, zaś w drugim 750.000,00 m³). Pozostaje w tym miejscu zadać pytanie czy kubatura burzonych obiektów zmalała wraz z czasem jaki upłynął od chwili wykonania prac czy też przedmiotowe referencje są każdorazowo „przygotowywane” tak aby zadowolić konkretnego zamawiającego i spełnić jego wymagania.

Zdaniem Odwołującego wyżej wymienione „rozbieżności noszą znamiona zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Powyższe rzutuje na konieczności odstąpienia przez Zamawiającego od procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy, bowiem oferta wykonawcy NOMET Sz. N. podlega odrzuceniu. W zaistniałej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego jest zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy, poprzez wykluczenie z postępowania wykonawcy NOMET Sz. N., który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z orzecznictwa wynika, że przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania (wyrok KIO z dnia 2 lutego 2018 r., KIO 113/18, LEX nr 2476187). Skoro na skutek działania wykonawcy NOMET Sz. N. doszło do sytuacji, w której Zamawiający został realnie wprowadzony w błąd co do zasobów, jakimi ten wykonawca dysponuje, to niewątpliwie w tym postępowaniu ziściły się przesłanki do wykluczenia wykonawcy NOMET Sz. N., na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy.

Wobec powagi zaobserwowanych w postępowaniu nieprawidłowości Odwołujący, kierując się obowiązkiem wynikającym z art. 304 § 1 i art. 49 § 1 k.p.k., w dniu 28 września 2018 r. skierował do Prokuratury Okręgowej w Katowicach zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, którego odpis przedkłada wraz z niniejszym odwołaniem.

Dnia 5 października 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie

po stronie Zamawiającego wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący 10 października 2018 roku złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania oraz wniósł o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. Ponadto przedstawił argumentację w zakresie oddalenia odwołania.

Dnia 10 października, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania w zakresie podniesionego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, jako spóźnionego,
- 2) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, jako oczywiście bezzasadnego.

Na posiedzeniu w dniu 11 października 2018 roku, Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do stanowiska Przystępującego wyrażonego w piśmie z dnia 10 października 2018 roku.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 października 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została

przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu

z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, pisma procesowe Odwołującego i Przystępującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do wniosku podniesionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu o odrzucenia odwołania w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4) Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, jako zarzutu spóźnionego. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego jednocześnie wskazując, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp „odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż termin na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego rozpoczął swój bieg w dacie 23 sierpnia 2018 roku, kiedy to Przystępujący udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia

te podlegały ocenie przez Zamawiającego i dopiero czynność Zamawiającego podjęta w wyniku oceny wyjaśnień rozpoczęła bieg terminu na wniesienie odwołania w ww. zakresie. Zamawiający uznał wyjaśnienia za wiarygodne i w dniu 25 września 2018 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego. Czynność ta rozpoczęła bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Zatem odwołanie wniesione w dniu 1 października 2018 roku od czynności Zamawiającego podjętej w dniu 25 września 2018 roku zostało wniesione z zachowaniem 5-dniowego terminu na wniesienie odwołania.

Wobec powyższego, w ocenie Izby nie zaistniały okoliczności skutkujące odrzuceniem odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4) Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp jako zarzutu spóźnionego.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, w pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu uwzględnionego, tj. dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp:

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp:

„Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Na wstępie, Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę

obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości,

iż to na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku o sygnaturze akt KIO 17/18, zgodnie z którym nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze obecne brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przez niego cena rażąco niską nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny

być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnośnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi. Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste. To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, wskazać należy iż wyjaśnienia Przystępującego są lakoniczne, niekonkretne i nie wykazują, że zaoferowana

cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga, iż wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 8 sierpnia 2018 roku (kiedy wyjaśniał cenę w wysokości 1.559.000,00 zł) oraz z dnia 23 sierpnia 2018 roku (kiedy wyjaśniał cenę w wysokości 244.500,00 zł obniżoną w wyniku aukcji elektronicznej) przedstawił identyczną w treści argumentację, zmieniając jedynie koszty pracy przedstawione w pkt. 4. Już sam fakt, iż przy tak znacznym obniżeniu ceny, argumentacja w zakresie jej realności nie uległa zmianie i nie została poparta żadnym dowodem (mimo, iż Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zwracał się o złożenia dowodów) poddaje w wątpliwość wiarygodność złożonych wyjaśnień, zwłaszcza

że Zamawiający oszacował wartość zamówienia dla części II na kwotę 1.687.461,76 zł, a przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 2.076.200,00 zł.

Przystępujący nie wykazał przyczyn uzasadniających realność obniżenia ceny. Bardzo ogólna informacja, iż Przystępujący zatrudnia wyspecjalizowaną i doświadczoną kadrę, posiada własny sprzęt, maszyny i samochody w żaden sposób nie wskazuje, jakie ma to przełożenie dla zaoferowania tak niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższa argumentacja nie może być również uznana jako uzasadnienie dla zastosowania oszczędnej metody czy szczególnych rozwiązań technicznych, bowiem jest to działaniem typowe, standardowe, stosowanym przez przedsiębiorców. Pozyskanie personelu poza zatrudnieniem na umowę o pracę czy sprzętu wynajmowanego, generuje dodatkowe koszty, wpływające na zwiększenie ceny. Zatem argumentacja co do działań typowych, nie może stanowić wyjaśnienia w zakresie obniżania ceny w stosunku do stałych, typowych dla Przystępującego cen czy kosztów, może jedynie wskazywać dlaczego i o ile ceny te nie zostały podniesione. Ponadto, przy tak dużej rozpiętości ceny, nie można uznać za wiarygodnej argumentacji z zakresie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, którymi są bliska odległość od miejsca realizacji zamówienia od bazy sprzętowej Przystępującego oraz nieograniczony tonowo dojazd do miejsca realizacji zamówienia. Warunki te nie uległy zmianie od złożenia wyjaśnień z dnia 8 sierpnia 2018 roku, natomiast w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 23 sierpnia 2018 roku, Przystępujący znacznie obniżył ceny w zakresie transportu i wywozu, nie odnosząc się nawet jednym zdaniem do przesłanek zmiany cen związanych z odległością.

Dowód złożony przez Przystępującego na rozprawie „Informacja o wynikach aukcji elektronicznej” w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, w żaden sposób nie wskazuje i nie dowodzi jakie ma on znacznie dla obniżenia ceny w analizowanym postępowaniu, zatem nie może stanowić dowodu w sprawie. Izba nie uwzględniła również dowodów złożonych przez Odwołującego, bowiem nie stanowią one potwierdzenia, że cena Przystępującego jest ceną rażąco niską.

Wskazać należy, iż poza ogólnymi, blankietowymi sformułowaniami nie zostały wyjaśnione żadne rzeczywiste, realne wartości ekonomiczne. Przystępujący nie podał żadnych konkretnych informacji, które wyjaśniałyby ekonomiczne przesłanki zaoferowania tak niskiej ceny. Nie złożył również żadnych dowodów, potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niską.

W ocenie Izby, Przystępujący nie przedstawił wyjaśnień zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w wezwaniu, poprzestał jedynie na wskazaniu cen kosztów pracy bez jakiegokolwiek uzasadnienia dla wyliczenia poziomu zaoferowanych cen.

Podsumowując, Izba wskazuje że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień do złożenia których wzywał Przystępującego, tym samym Izba uznała, że doszło do naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy, w wyniku czego Izba nakazała odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

W zakresie pozostałych zarzutów, Izba nie stwierdziła nieprawidłowości w czynnościach Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 5.3 ppkt 1 lit. [a] SIWZ) oraz warunku należytego wykonania robót budowlanych (posiadania doświadczenia) dla Części II zamówienia (pkt 5.3 ppkt 1 lit. [b] SIWZ), w ocenie Izby zarzut nie został potwierdzony.

Ocenę ww. zarzutu należy połączyć z rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (związane z posiadanym doświadczeniem zawodowym), mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia”.

Zamawiający w SIWZ w pkt 5.3.1 lit. a i lit. b ustanowił warunki udziału w postępowaniu:

1. Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się w zakresie wszystkich części:

a) dysponowaniem osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi posiadającymi odpowiednie uprawnienia:

- (...)
- operator spawarki oraz zestawu do cięcia i palenia gazowego- posiadanie książeczki spawacza- minimum 1 osoba. Osoby wykonujące roboty spawalnicze powinny spełniać warunki Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 2 sierpnia 2016r. w sprawie kwalifikacji w zakresie górnictwa i ratownictwa górniczego,

- (...).

b) należytym wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą budowlaną lub robotami polegającymi na robotach rozbiórkowych o łącznej wartości dla Części I: minimum 500 000,00 zł brutto, dla Części II: minimum 500 000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, zaniechanie wykluczenia Przystępującego, bowiem na stanowisku spawacza zadeklarował zatrudnienie osoby na podstawie umowy zlecenia, a do oferty złożył oświadczenie, iż nie będzie polegać na zasobach podmiotów trzecich oraz nie będzie korzystać z podwykonawcy.

Izba wyjaśnia, iż zatrudnienie osoby na podstawie umowy zlecenia nie stanowi korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Decydujące jest to, czy wykonawca dysponuje daną osobą w sposób bezpośredni czy pośredni. Zawarcie umowy zlecenia powoduje, iż między zleceniodawcą a zleceniobiorcą powstaje stosunek dysponowania bezpośredniego, co oznacza iż wykonawca będzie realizował zamówienia z udziałem zasobów własnych.

Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego „W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie

usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09”.

Zatem realizacja zamówienia z udziałem osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia nie stanowi realizacji zamówienia poprzez korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego.

Dodać należy, iż podczas rozprawy Odwołujący nie odniósł się do stawianego zarzutu.

Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego braku wymaganego zatrudnienia spawacza na umowę o pracę podniesionego dopiero na rozprawie. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z uwagi na brak wykazania należytego wykazania robót budowlanych, Izba wskazuje że zarzut nie został potwierdzony.

Przystępujący złożył wykaz robót, w którym wykazał wykonanie jednej roboty rozbiórkowej na kwotę 2.988.900,00 zł w okresie 05.2015 – 10.2017, potwierdzoną referencjami.

Wykazana robota potwierdza spełnienie warunku wymaganego w SIWZ.

W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający zaprzeczył iż w dacie otrzymania referencji posiadał jakiegokolwiek informacje, że złożone referencje mogą być niewiarygodne. Zgodnie z przepisami Pzp dokonał weryfikacji doświadczenia Przystępującego i nie miał wątpliwości, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący na rozprawie nie odniósł się do stawianych zarzutów.

Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego nie zostało poparte żadnymi dowodami. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp (zdanie pierwsze) Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Wobec braku dowodów potwierdzających niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarzut nie został potwierdzony, a zatem podlega oddaleniu.

Oddaleniu podlega również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym

„z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Odwołujący nie wykazał, iż Przystępujący przedstawił w ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które mogły mieć wpływ na decyzje Zamawiającego. Wobec braku

jakiegokolwiek dowodu w tym zakresie, nie można dać wiary zarzutom stawianym przez Odwołującego.

Za chybione należy również uznać zarzuty dotyczące naruszenia art. 24aa ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zbadania czy Przystępujący nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, w której podlega on wykluczeniu.

Zgodnie z art. 24aa. 1. Pzp „Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu”.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert”.

Izba wskazuje, że zarzuty Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w aktach sprawy, w których znajdują się protokoły i opinie wskazujące na badanie przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu wraz z opinią stwierdzającą spełnienie warunków.

Wobec braku dowodów Odwołującego, zarzut należy uznać za niepotwierdzony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, bez zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba uznała zarzut za chybiony.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”.

Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście

ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert oraz zasad udzielania zamówień publicznych.

Wobec powyższego, zarzuty należy oddalić jako niepotwierdzone.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: