

WYROK

z dnia 14 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2021 r. i w dniu 10 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: **Energokon - Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S. A. z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Budrem J.R. z siedzibą w Chorzowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcę: **Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- C. wykonawcę: **Recykling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uznaje zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: **Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach** oraz **P.H.U. Complex L.W. z siedzibą w Żorach** jako ofert zawierających rażąco niskie ceny za spóźnione i w

związku z tym nie podlegające rozpoznaniu, a odwołanie w tej części uznaje za spóźnione;

2. oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
 - 3.1. 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;
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz przystępującego Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania kwotę 720 zł 00 gr (słownie: siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) tytułem zwrotu 1/5 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.3. zasądza od odwołującego na rzecz przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Budrem J.R. z siedzibą w Chorzowie, zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania kwotę 720 zł 00 gr (słownie: siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) tytułem zwrotu 1/5 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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. z siedzibą w Bytomiu - dalej: „zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie podstawowym z zastosowaniem aukcji elektronicznej, o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest Likwidacja obiektów budowlanych w rejonie szybów I i II dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I - Śląsk”, Ruch „Śląsk”; numer postępowania: ZP-S-0001/21 (dalej: „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 maja 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00045502/01.

Zamawiający 9 grudnia 2021 r. przekazał wykonawcom zawiadomienie o dokonaniu czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę: **Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach** (dalej „Dominex”).

W dniu 14 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: **Energokon - Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Dominex jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Dominex jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
3. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu (oświadczenie Dominex o braku podstaw do wykluczenia z dnia 25.05.2021 r. oraz z dnia 02.11.2021 r.), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 (Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział

w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłówice - Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary” Część I, Część II) wykonawca Dominex zawarł z innym wykonawcą (NOMET – S.N.) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu;

4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: „RLG”), jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
5. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy L.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Complex L.W. (dalej: „Complex”), jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
6. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Developer i Recykling Sp. z o. o. z siedzibą w Zabrze (Lider), ZBR Budrem J.R. z siedzibą w Chorzowie (dalej: „Konsorcjum DiR”), jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
7. zaniechaniu wykluczenia z postępowania Konsorcjum DiR, którego Lider w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu (oświadczenie Developer i Recykling Sp. z o. o. o braku podstaw do wykluczenia z dnia 25.05.2021 r.), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-BD-0006/20 (Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłówice - Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary”) Lider Konsorcjum DiR (Developer i Recykling Sp. z o. o.) zawarł z innym wykonawcą (Tree Capital Sp. z o. o.) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu;

a także z ostrożności:

8. zaniechaniu zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, po aukcji elektronicznej, do wykonawców Dominex i Complex, w sytuacji gdy istniały ku temu przesłanki faktyczne (w tym znaczne odstępstwo cen od wartości szacunkowej zamówienia), zaś od otwarcia ofert do aukcji elektronicznej upłynęło ponad pięć miesięcy, co do dodatkowo wymagało aktualizacji uprzednio złożonych przez ww. wykonawców wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Dominex jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu w powodu rażąco niskiej ceny, zaś wykonawca podlega wykluczeniu z tego postępowania;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Dominex, RLG, Complex oraz Konsorcjum DiR jako ofert zawierających rażąco niskie ceny, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawców wyjaśnień potwierdza, że oferty zawierają rażąco niskie ceny z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego 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. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do wykonawców: Dominex i Complex po aukcji elektronicznej, w sytuacji gdy istniały ku temu przesłanki faktyczne (w tym znaczne odstępstwo cen od wartości szacunkowej zamówienia), zaś od otwarcia ofert do aukcji elektronicznej upłynęło ponad pięć miesięcy, co dodatkowo wymagało aktualizacji uprzednio złożonych przez ww. wykonawców wyjaśnień;
4. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu;
5. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum DiR, którego Lider w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania odrzucenia ofert złożonych przez: (1) Dominex, (2) RLG, (3) Complex oraz (4) Konsorcjum DiR; wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex oraz Konsorcjum DiR; powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili (1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Budrem J.R. z siedzibą w Chorzowie**; (2) wykonawca: **Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach**; (3) wykonawca: **Recykling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa**.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie. W piśmie procesowym oświadczył, że uwzględnia zarzuty w zakresie, w jakim odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Dominex i Konsorcjum DiR. W zakresie zarzutów odnoszących się do zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Dominex i Complex, wniósł o ich odrzucenie jako spóźnionych.

Odwołujący złożył do akt sprawy dwa pisma procesowe z 29 grudnia 2021 r., w których prezentował swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o przeprowadzenie dowodów na okoliczności w nim wskazane.

Przystępujący Dominex złożył do akt sprawy pismo procesowe z 28 grudnia 2021 r., w którym złożył oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu, wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu w zakresie dotyczącym wykluczenia go z postępowania. Jednocześnie podniósł, że zarzut dotyczący RNC w ofercie Dominex należy uznać za spóźniony, jednakże zaprezentował swoje stanowisko w tym zakresie, odnosząc się merytorycznie do kwestii podnoszonych w odwołaniu. Ponadto w kolejnym piśmie z 29 grudnia 2021 r. Dominex wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, załączając fakturę VAT. W kolejnym piśmie procesowym z 9 stycznia 2022 r., złożonym do akt sprawy, zaprezentował swoje stanowisko w zakresie podnoszonym przez odwołującego w pismach procesowych z 29 grudnia 2021 r. Ponadto w piśmie z 9 stycznia 2022 r. wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów - informacji zamawiającego o odrzuceniu ofert wykonawców, którzy nie złożyli wyjaśnień RNC, celem wykazania, że niezłożenie wyjaśnień nie jest sytuacją nadzwyczajną, ale często spotykaną w przypadku postępowań prowadzonych przez zamawiającego.

Przystępujący Konsorcjum DiR zaprezentował swoje stanowisko w sprawie w dwóch pismach procesowych. W pierwszym z nich, z 28 grudnia 2021 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów dotyczących Konsorcjum DiR. Z kolei w piśmie z 5 stycznia 2022 r. przedstawił swoje stanowisko w zakresie dotyczącym sformułowanych przez odwołującego zarzutów.

Przystępujący LRG swoje stanowisko odnośnie zarzutów dotyczących RNC w jego ofercie, przedstawił w piśmie z 4 stycznia 2022 r., wnosząc o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy, a także po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, stanowiskiem zaprezentowanym przez zgłaszających przystąpienie do postępowania wykonawców, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, jednakże należało uznać zarzuty sformułowane w zakresie dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty Dominex i Complex, jako zawierających rażąco niską cenę - za spóźnione. Zgodnie z art. 528 ust. 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z treści odwołania wynika, że czynnością, którą kwestionował odwołujący w ramach przysługujących mu środków ochrony prawnej było wadliwe przeprowadzenie procedury wyjaśnień ceny oferty Dominex i Complex. Z kolei wyjaśnienia składane były przez ww. wykonawców w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 2 czerwca 2021 r. Pismami z 7 czerwca 2021 r. - Dominex, zaś z 9 czerwca 2021 r. - Complex wykonawcy przedłożyli stosowne wyjaśnienia, które zamawiający ocenił jako wystarczające dla uznania, że cena za realizację zamówienia w ich przypadku nie nosi znamion rażąco niskiej. Następnie zamawiający, pismem z 7 października 2021 r., na podstawie art. 287 ust. 3 ustawy Pzp, przesłał wykonawcom informację zawierającą wykaz wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu oraz punktację przyznaną poszczególnym ofertom w ramach kryteriów oceny ofert i łączną punktację przez nich uzyskaną. Następnie 12 października 2021 r. zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w toku której ceny ofert złożonych przez wykonawców Dominex i Complex, nie uległy zmianie.

W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z treścią przepisu art. 232 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Powyższy przepis nie stanowi tylko uprawnienia zamawiającego do badania i oceny ofert w zakresie prawidłowości cen przed aukcją elektroniczną, ale wprowadza wręcz obowiązek przeprowadzenia takiego badania. Jak wskazuje doktryna: „Zamawiający przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej

zobowiązany jest do dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z przyjętymi warunkami. Za dopuszczalne, a tym samym podlegające dalszej procedurze, uznaje się oferty złożone przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu, a także oferty niepodlegające odrzuceniu zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 Pzp. Zaproszenie do udziału w aukcji określonego grona wykonawców oznacza, iż zamawiający dokonał wstępnej, pełnej oceny ofert i ustalił krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, niepodlegających wykluczeniu i których oferty spełniają wymagania określone w Pzp oraz dokumentach zamówienia. (...) Na tym etapie postępowania, tj. przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej zamawiający powinien również dokonać odrzucenia ofert w zakresie, w jakim realizują się w odniesieniu do nich okoliczności, o których mowa w art. 226 ust. 1 Pzp. W tym kontekście mowa jest o pełnej wstępnej ocenie ofert, o której wspominają przepisy dyrektyw w sprawie zamówień publicznych” (red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021). Bez znaczenia dla powyższego stanowiska jest fakt, że zamawiający może oraz powinien przeprowadzić kolejną analizę cen ofert po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Jednak, z żadnego przepisu prawa nie wynika możliwość odstąpienia od badania i oceny ofert przed zaproszeniem wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej - ustawodawca wprost wskazuje bowiem na możliwość zaproszenia wykonawców „którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu”.

Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wobec tego, zamawiający miał przed wszczęciem aukcji obowiązek wezwania Dominex i Complex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, i ten obowiązek wypełnił. Z kolei wykonawcy, w odpowiedzi na wezwanie dopełnili ciążącemu na nich obowiązkowi złożenia przedmiotowych wyjaśnień.

Odwołujący z kolei, który został poinformowany pismem z 7 października 2021 r., o tym że oferty wykonawców Dominex i Complex nie podlegają odrzuceniu, uzyskał również informację, że zamawiający zakończył również badanie ofert tych wykonawców pod kątem rażąco niskiej ceny. Tym samym to od daty przekazania przedmiotowej informacji należało liczyć termin na wniesienie odwołania w zakresie, w jakim odwołujący kwestionował wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień RNC. Odwołujący nie może, na obecnym etapie postępowania, odwoływać się do wyjaśnień, złożonych przez tych wykonawców w czerwcu 2021 r. i kwestionować zawarte w nich wyliczenia ceny.

Zauważyć również należy, że zamawiający już 17 sierpnia 2021 r. dokonał odrzucenia ofert innych wykonawców z tego powodu, że zawierały w jego ocenie rażąco niskie ceny. Odwołujący nie zaskarżył wówczas zaniechań zamawiającego w odniesieniu do oferty Dominex i Complex.

Tym samym odwołanie w zakresie naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Dominex oraz Complex, jako ofert zawierających rażąco niskie ceny, należało uznać za spóźnione i w związku z tym nie podlegające rozpoznaniu, a odwołanie w tej części uznać za spóźnione. Rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zawarto w pkt 1 sentencji wyroku.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i złożył swoją ofertę w postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z czym odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Dominex, która z kolei podlega odrzuceniu (podobnie jak oferty wykonawców RLG, Complex oraz Konsorcjum DiR). Dodatkowo, wykonawca Dominex oraz Konsorcjum DiR podlegają wykluczeniu z niniejszego postępowania. Biorąc pod uwagę 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, zgodnie z żądaniami odwołującego. Po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Tym samym odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz zamawiającego, które to zamówienie mógłby pozyskać.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i pkt 4 SWZ jest likwidacja obiektów budowlanych w rejonie szybów I i II dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I – Śląsk”, Ruch „Śląsk”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 1 do SWZ, w którym przewidziano,

że zamówienie obejmuje pięć następujących zadań: (Zadanie 1) Wieża wyciągowa szybu II; (Zadanie 2) Budynek nagrzewnic przy szybie II; (Zadanie 3) Budynek maszyny wyciągowej szybu I przedział zachodni; (Zadanie 4) Budynek przetwornicy maszyny wyciągowej szybu I; (Zadanie 5) Budynek sprężarek szymb I/II (Budynek głównej stacji sprężarek powietrza GA-110).

Ponadto Izba ustaliła, że w pkt 19 SWZ opisano sposób obliczenia ceny. Zamawiający przewidział, że wykonawca może podać tylko jedną cenę (cenę brutto, która przyjęta będzie do porównania i oceny ofert) za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Wykonawca podaje cenę oferty w Formularzu Ofertowym (stanowiącym załącznik do SWZ). W pkt 21 opisano z kolei kryteria, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Jedynym kryterium w postępowaniu była cena - 100%. Do porównania zamawiający przyjmował łączną cenę za realizację przedmiotowego zamówienia.

Jednocześnie, na podstawie pkt 23 SWZ ustalono, że zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 281 ust. 17 ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu przewiduje aukcję elektroniczną, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, lub co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, gdy zamawiający zrezygnował z negocjacji. W toku aukcji elektronicznej stosowane będzie kryterium oceny ofert zgodnie z zapisami w SWZ, w toku aukcji licytowana będzie tylko cena. Sposób wyliczenia cen jednostkowych oraz ogólnej wartości umowy, po przeprowadzonej aukcji, opisano w pkt 19 SWZ. Zamawiający zapisał, że dokona wyliczenia cen jednostkowych netto przyjętych do rozliczenia umowy oraz wartości umowy w następujący sposób: (1) W pierwszej kolejności wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od wartości oferty pisemnej, uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony w górę do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru: $U = W \text{ oferty} - W \text{ aukcji} / W \text{ oferty} \times 100 \text{ pkt}$, gdzie: U - wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pisemnej uzyskanego w wyniku aukcji elektronicznej, W oferty - wartość oferty pisemnej, W aukcji - wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej; (2) Następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny jednostkowe netto poprzez obniżenie cen jednostkowych z oferty pisemnej o wartość upustu wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone w dół do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru: $C \text{ aukcji} = C \text{ oferty} - (C \text{ oferty} \times U)$ gdzie: C aukcji - cena jednostkowa netto przyjęta do umowy, C oferty - cena jednostkowa netto oferty pisemnej; (3) Wartość umowy netto zostanie wyliczona jako suma iloczynów cen jednostkowych netto obliczonych w sposób określony w pkt 2 oraz szacunkowych ilości w poszczególnych pozycjach zamówienia określonych w Formularzu cenowym.

W załączniku nr 2 do SWZ zamawiający opisał istotne postanowienia umowy, która zostanie zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. W §3 ust. 1 przewidziano, że wykonawca otrzyma za realizację zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe, w tym za poszczególne zadania (obiekty) wyodrębnione i opisane w SWZ. W §3 ust. 3 zamawiający zastrzegł sobie prawo ograniczenia zakresu rzeczowego i finansowego umowy w wartości nieprzekraczającej 50% wartości przedmiotu umowy wskazanej w dokumentach zamówienia. W przypadku gdy realizowana wartość umowy będzie niższa od maksymalnej wartości umowy, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktycznie zrealizowaną część przedmiotu umowy, jednak nie przysługuje jakiegokolwiek roszczenie odszkodowawcze z tytułu niezrealizowanej części umowy.

Otwarcie złożonych ofert odbyło się 27 maja 2021 r., przed którym na podstawie art. 222 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający podał wysokość kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 9 336 953,00 zł. brutto (wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 12 360 340,64 zł.). Izba ustaliła także, że w postępowaniu złożonych zostało czternaście ofert, w tym: (1) Dominex z ceną: 2 949 888,96 zł. brutto (oferta z najniższą ceną); (2) RLG - cena oferty: 6 978 159,00 zł. brutto; (3) Complex z ceną: 4 481 099,10 zł. brutto; (4) Konsorcjum DiR - cena oferty: 5 298 133,68 zł. brutto; (5) odwołujący - cena oferty: 8 733 000,00 zł. brutto.

W dniu 2 czerwca 2021 r. zamawiający skierował do części wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe wezwanie zostało wystosowane między innymi do wykonawców: Dominex i Complex. W odpowiedzi na powyższe wykonawcy ci złożyli stosowne wyjaśnienia, które zostały przez zamawiającego ocenione pozytywnie.

Następnie, 12 października 2021 r. odbyła się aukcja elektroniczna z udziałem ww. wykonawców, w wyniku której wykonawca Dominex nie zdecydował się na obniżenie ceny swojej oferty, podobnie wykonawca Complex podtrzymał cenę zadeklarowaną w swojej ofercie. Z kolei wykonawcy: RLG oraz Konsorcjum DiR obniżyli swoje ceny ofertowe odpowiednio: do kwoty 4 400 000,00 zł. brutto (cena obniżona w stosunku do ceny z dnia otwarcia ofert: 6 978 159,00 zł. brutto), oraz do kwoty 4 603 128,37 zł. brutto (obniżona w stosunku do ceny z dnia otwarcia ofert: 5 298 133,68 zł. brutto).

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, pismem z 14 października 2021 r., działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty do Konsorcjum DiR oraz wykonawcy RLG. Wykonawcy zostali zobowiązani przez zamawiającego do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w szczególności w zakresie: kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników; kosztów związanych z użyciem i pozyskaniem sprzętu, którym wykonawca zamierza

realizować zamówienie; kosztów zakupu urządzeń i materiałów; kosztów utylizacji odpadów powstałych podczas prowadzenia robót.

Izba ustaliła również, że wyjaśnienia złożone przez wykonawców Konsorcjum DiR oraz LRG zostały przez zamawiającego ocenione i uznane za wystarczające. W dniu 9 grudnia 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców drogą elektroniczną o dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Dominex zawierającej cenę 2 949 888,96 zł. brutto.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutów w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu - Izba uznała przedmiotowy zarzut za niepotwierdzony.

Odwołujący wskazywał w odwołaniu, że Dominex złożyło dwukrotnie oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp: 25 maja 2021 r. oraz 2 listopada 2021 r. Oświadczenie to, zdaniem odwołującego było niezgodne z prawdą, wbrew oświadczeniu zamawiający mógł bowiem stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 (Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłówice - Wesoła I” Ruch KWK „Boże Dary” Część I, Część II) wykonawca Dominex zawarł z innym wykonawcą (NOMET – S.N.) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący w treści odwołania wyjaśnił, że przedmiotowe informacje pochodzą z odwołań innego wykonawcy, wnoszonych w toku postępowań prowadzonych przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. Powoływał się na dostępną dokumentację, której analiza pozwalała na sformułowanie wniosku, że w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 S.N. (oferujący najniższą cenę) celowo zaniechał udzielenia odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia RNC aby wpłynąć na wynik postępowania. Świadoma rezygnacja przez S.N. z obrony ceny swojej oferty miała bowiem utorować drogę do wyboru przez zamawiającego znacznie droższej oferty Dominex. Powoływał się też na kilka okoliczności, które miałyby świadczyć że zaniechanie złożenia wyjaśnień RNC

w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 nie miało charakteru przypadkowego, lecz stanowiło celową próbę wywarcia wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w tym postępowaniu.

Swoją argumentację w tym zakresie odwołujący rozbudował w piśmie procesowym, złożonym do akt sprawy 29 grudnia 2021 r. Do przedmiotowego pisma załączył szereg dowodów, wnioskując o ich przeprowadzenie, na okoliczności wskazane w piśmie.

Izba uznała, że zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie z tego powodu, że nie został skutecznie podniesiony, mając na uwadze opisane w odwołaniu podstawy faktyczne, na podstawie których Izba winna stwierdzić, że w postępowaniu Boże Dary zawarte zostało jakiegokolwiek porozumienie pomiędzy wykonawcami Dominex i NOMET. Należy podkreślić, że twierdzenia podnoszone przez odwołującego w piśmie procesowym z 29 grudnia 2021 r., jak też wnioskowane dowody na poparcie okoliczności w nim wymienionych - uznać należy za spóźnione i jako takie nie mogły być one brane pod uwagę przy dokonywaniu ustaleń w niniejszej sprawie.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że jak wielokrotnie podnoszone było zarówno w orzeczeniach sądów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, przepis art. 555 ustawy Pzp stanowi, że Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu, przy czym zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Zakaz orzekania ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu związany jest zatem z koniecznością takiego skonkretyzowania zarzutów w treści wniesionego odwołania, aby zarówno zamawiający wiedział jakie czynności wykonał niezgodnie z przepisami, lub też jakich czynności zaniechał i w związku z tym jakie przepisy naruszył. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą (tak też w wyroku z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20).

Nie wystarczy zatem, aby wykonawca sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia danego przepisu ustawy Pzp, ale też musi w uzasadnieniu faktycznym wskazać wszystkie okoliczności, które chce podnieść, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie zrobi, to taki błąd nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość odebrano by zamawiającemu możliwość przygotowania się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępującym po jego stronie wykonawcom ograniczono by możliwość obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu). Nie można też pomijać kwestii, że ustawodawca

przewidział określone terminy graniczne, w których możliwe jest wniesienie odwołania, tym samym dopuszczenie możliwości rozszerzania zarzutów odwołania na rozprawie powodowałoby, że termin na złożenie odwołania zostałby wydłużony.

Tym samym, jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności, to ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (tak też w wyroku z 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; wyroku z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20).

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, iż sformułowany w odwołaniu zarzut dotyczący zмовы przetargowej, która jak sugeruje odwołujący miała zostać zawarta pomiędzy Dominex a NOMET został skonstruowany w sposób tak ogólny i lakoniczny, że nie sposób nawet odnieść się do wskazywanych w uzasadnieniu okoliczności, które miałyby rzekomo świadczyć o zawartym porozumieniu. Z kolei argumentacja zawarta w piśmie procesowym z 29 grudnia 2021 r. nie może zostać przez Izbę wzięta pod uwagę z powodów wskazywanych powyżej.

Jedynie na marginesie zaznaczyć należy, na co uwagę zwracali wykonawcy Dominex oraz Konsorcjum DiR, że okoliczności podnoszone przez odwołującego w treści pisma z 29 grudnia 2021 r., były znane odwołującemu wcześniej. Treść pisma jest bowiem tożsama z treścią skargi wniesionej do Sądu Okręgowego w Warszawie na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 5 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO 3106/21), złożonej wprawdzie przez innego wykonawcę - Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Foxmet M.C., ale który reprezentowany jest przez tego samego pełnomocnika. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby argumentację podniesioną w treści złożonej skargi powielić w treści złożonego odwołania w niniejszej sprawie. Tym samym złożenie tak obszernego pisma na kilkanaście minut przed terminem posiedzenia nie mogło zostać ocenione przez Izbę inaczej, niż jako zmierzające wyłącznie do uniemożliwienia pozostałym uczestnikom postępowania obrony przysługujących im praw i tym samym musiało zostać potraktowane jako nadużycie prawa procesowego.

Dalej należy zauważyć, że porozumienie, które miało zostać zawarte w ramach postępowania ZP-BD-0012/20 nie zostało stwierdzone ani przez zamawiającego, ani też przez sąd. Istnienie zatem powyższego wynika wyłącznie z twierdzeń odwołującego, który dokonuje w tym zakresie własnej oceny zaistniałych zdarzeń i wyciąga z nich daleko idące wnioski. Wszystkie wymienione w treści odwołania przesłanki, bez zapoznania się szczegółowo z okolicznościami, które im towarzyszyły, nie mogą zostać uznane za decydujące o tym, że doszło do zмовы pomiędzy wymienionymi przez odwołującego

wykonawcami. Nie można bowiem z samego faktu, że NOMET nie złożył w postępowaniu Boże Dary wyjaśnień RNC wywodzić, że działanie takie było podyktowane faktem zawarcia porozumienia, mającego zakłócać konkurencję.

Izba wzięła pod uwagę dowód w postaci wyjaśnień złożonych przez Pana S.N. w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3106/21, z treści którego wynika, że przyczyną braku złożenia wyjaśnień RNC było ustalenie, że zaoferowana przez niego w toku aukcji cena, została ustalona na poziomie tak niskim, że nie było możliwe zrealizowanie zamówienia bez poniesienia straty na tym kontrakcie. Osoba składająca oświadczenie stwierdziła, że działała pod wpływem presji, rywalizując z innym wykonawcą w tym postępowaniu tj. Complex i chcąc uzyskać zamówienie obniżyła swoją cenę w sposób nieuzasadniony, do poziomu nierynkowego. Ponadto, istotne w tej sprawie, są też inne okoliczności a mianowicie, że w efekcie zaniechania złożenia wyjaśnień RNC to oferta wykonawcy Complex otrzymała najwyższą liczbę punktów i to ten wykonawca miał szansę na uzyskanie zamówienia, a nie wykonawca Dominex. Na ocenę tej sytuacji nie ma z kolei wpływu to, że Dominex złożył następnie odwołanie na wybór oferty Complex, jako najkorzystniejszej, albowiem podstawą zarzutów były okoliczności, które nie istniały w momencie, w którym upływał termin złożenia wyjaśnień RNC przez NOMET.

Dodatkowo, należy zgodzić się z przystępującym Dominex, że częstym zjawiskiem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest, że wykonawcy nie odpowiadają na wezwanie zamawiających do złożenia wyjaśnień RNC. Tak też dzieje się w przypadku wyjaśnień udzielanych zamawiającemu. W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę dowód w postaci dokumentów załączonych przez Dominex do pisma procesowego z 9 stycznia 2022 r. w postaci informacji zamawiającego o odrzuceniu ofert różnych wykonawców z powodu zaniechania złożenia wyjaśnień RNC. Różne są przyczyny tego zjawiska, czasami zaniechanie takie może być spowodowane zbyt krótkim terminem na złożenie takich wyjaśnień. Jak wywodził Dominex na rozprawie w przypadku tego zamawiającego nierzadko wyznaczane są bardzo krótkie terminy na złożenie wyjaśnień w przedmiocie RNC, stąd powszechnym jest, że wykonawcy nie odpowiadają na nie z tej przyczyny, iż trudno jest takie wyjaśnienia przygotować i załączyć stosowne dowody, które wymagane są przepisami ustawy Pzp.

Z kolei pozostałe okoliczności, które wymieniał odwołujący w treści złożonego odwołania, takie jak: poleganie przez Dominex i NOMET na zasobach tego samego podmiotu trzeciego (FHU Kantoro), istnienie powiązań osobowych pomiędzy wykonawcami, czy też posługiwanie się tym samym adresem na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej - same w sobie również nie stanowią przesłanki do uznania, że w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 doszło do zмовy pomiędzy wskazanymi

wykonawcami. Tak, jak w przypadku zaniechania złożenia wyjaśnień dotyczących RNC, nie jest niczym szczególnym sytuacja, w której różne podmioty polegają na zasobach tego samego podmiotu trzeciego. Również ten sam adres, wskazany jako miejsce prowadzenia działalności nie dowodzi istnienia takiego porozumienia. Z pewnością też nie można jedynie na tej podstawie przesądzić, że zaszły okoliczności uprawniające zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania z tego powodu, że doszło do zмовy pomiędzy tymi podmiotami. Z kolei powiązania osobowe, na które odwołujący zwracał uwagę same w sobie również nie przesądzają, że taka zмова miała miejsce.

Z powyższych powodów należy stwierdzić, że odwołujący nie wykazał, jakoby w postępowaniu Boże Dary, doszło do zawarcia pomiędzy Dominex a NOMET – S.N. porozumienia, które mogłoby zakłócić konkurencję w postępowaniu, a w konsekwencji przedmiotowy zarzut należało oddalić.

Nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut polegający na zaniechaniu wykluczenia z postępowania Konsorcjum DiR, którego Lider w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu.

W odniesieniu do tego wykonawcy odwołujący wskazywał na okoliczność, że zamawiający powinien, na podstawie wiarygodnych przesłanek stwierdzić, że w postępowaniu nr ZP-BD-0006/20 (Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłowice - Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary”) Lider Konsorcjum DiR (Developer i Recykling Sp. z o. o.) zawarł z innym wykonawcą (Tree Capital Sp. z o.o.) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Oprócz tak sformułowanego zarzutu, w treści samego odwołania brak było, podobnie jak w przypadku zarzutu sformułowanego wobec wykonawcy Dominex, wskazania jakichkolwiek okoliczności, które miałyby w ocenie odwołującego świadczyć o zawarciu takiego porozumienia w postępowaniu Boże Dary.

Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że jego wiedza w tym zakresie „wynika z informacji powziętych z odwołań innego wykonawcy” oraz do wskazania dokumentów mających o tym świadczyć, a pozostających w posiadaniu zamawiającego. Również w tym przypadku odwołujący zaniechał zatem podania jakichkolwiek okoliczności faktycznych, w efekcie w ogóle nie konkretyzując wskazanego zarzutu. Analogicznie, również w tym przypadku, wszelkie ewentualne twierdzenia podnoszone w tym zakresie przez odwołującego w piśmie procesowym z 29 grudnia 2021 r. należało uznać za spóźnione, jako stanowiące rozszerzenie (a w tym przypadku sformułowanie) zarzutów odwołania.

Nie potwierdził się także, w ocenie Izby zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum DiR oraz LRG z tego powodu, że zawierają one rażąco niską cenę.

Odwołujący sformułował przedmiotowe zarzuty odwołując się do zapisów SWZ - wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ, w szczególności zapisów §3 pkt 1, według którego wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy rozpisane będzie dla każdego zadania (obiektu do rozbiórki) w sposób odrębny. Odwołujący podnosił, że powyższe postanowienia wzoru umowy narzucają wykonawcy dokonanie wyceny rozbiórki obiektów dla poszczególnych zadań w sposób całkowicie niezależny i odrębny od siebie, tak aby kwota przewidziana na realizację danego zadania pokrywała realne koszty rozbiórki obiektów budowlanych, objętych danym zadaniem. Niedopuszczalne i niemożliwe jest więc, w ocenie odwołującego, zawieranie kosztów realizacji jednego zadania w kwocie przypisanej do innego zadania.

Nie ulega wątpliwości, że z treści pism wykonawców RLG i Konsorcjum DiR wynika, że przyjęli oni inny sposób wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej, tj. dokonali wyceny dla poszczególnych zadań, w ogóle nie biorąc pod uwagę wysokości upustu, jaka wynikała z obniżenia ceny po aukcji (przy czym w przypadku Konsorcjum DiR rozbieżności te były mniej znaczące). Co jednak kluczowe, zamawiający w treści wezwania nie zawarł takiego wymagania. Tym samym wykonawcy, udzielając stosownych wyjaśnień, przygotowali wprawdzie kalkulację dla poszczególnych obiektów, ale dokonali w tym zakresie takiego podziału, jaki był ich zdaniem racjonalny, a zatem odnosili się przede wszystkim do ceny łącznej, za wykonanie całego zadania. To bowiem ta kwota była przedmiotem oceny zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert.

Odwołujący z kolei, formułując zastrzeżenia do składanych wyjaśnień odnosił się do kalkulacji ceny ofertowej dla poszczególnych obiektów podnosząc, że ta jest rażąco niska i za tą kwotę nie da się zamówienia wykonać. Izba wprawdzie zgadza się z twierdzeniem, że jeśli zamawiający przyjął już określone zasady w SWZ, zgodnie z którymi ceny ofert, po przeprowadzonej aukcji, miały zostać obniżone proporcjonalnie dla każdego obiektu - to powinien się do tych zasad stosować. Tymczasem zamawiający sam zdaje się nie dostrzegać problemu i nie wie, jakie kwoty powinien wpisać do treści przyszłej umowy: czy te wynikające z podziału kwoty po upuście, czy też te, które wskazali w swoich wyjaśnieniach wykonawcy LRG i Konsorcjum DiR.

W odniesieniu jednak do zarzutu RNC jest to kwestia o tyle bez znaczenia, że ceny, które wyliczyli i podali w swoich kalkulacjach wykonawcy wezwani do złożenia wyjaśnień, zostały skalkulowane, biorąc pod uwagę koszty dla całego realizowanego zamówienia. Odwołujący nie stawiał z kolei zarzutów, że te, jako całość, nie zostały przewidziane

na poziomie rzeczywistym, pokrywającym koszty i generującym zysk, a zatem cena za realizację całego zamówienia jest rażąco niska. Odwołujący nie kwestionował także, że za ceny które podali wykonawcy w swoich wyjaśnieniach nie jest możliwe wykonanie poszczególnych zadań, ale odnosił je do cen, które powinny być niższe, mając na uwadze przywoływane zapisy SWZ. W konsekwencji nie sposób stwierdzić, na podstawie udzielonych w toku postępowania wyjaśnień, że mamy do czynienia z RNC w ofertach wykonawców LRG czy Konsorcjum DiR.

Dodatkowo, w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum DiR należy zauważyć, że rozbieżności pomiędzy wyliczeniem ceny za realizację poszczególnych obiektów, wynikające z treści złożonych wyjaśnień, a wyliczeniem odwołującego dokonany na podstawie zapisów SWZ - nie są znaczne. Tym bardziej trudno mówić o tym, aby wykonawca ten nie był w stanie zrealizować zamówienia za podane kwoty.

Wprawdzie zysk w przypadku tego wykonawcy rzeczywiście został przyjęty na poziomie minimalnym, to jednak sam odwołujący przyznał, że wykonawca taki zysk na każdym zadaniu osiągnie. Należy podkreślić, że z RNC mamy do czynienia wtedy, kiedy wykonawca nie jest w stanie za daną cenę zrealizować zamówienia, bez straty na danym kontrakcie. Nie można zatem z tego powodu, że zysk został skalkulowany na poziomie bardzo niskim wywodzić, że taka kalkulacja jest nieprawidłowa, a w konsekwencji, że uprawniona byłaby decyzja o odrzuceniu takiej oferty, jako zawierającej RNC. To, że podczas realizacji zamówienia mogą wydarzyć się sytuacje nieprzewidziane i skalkulowany na określonym poziomie zysk może ulec obniżeniu, a niewykluczone, że wykonawca może nawet ponieść stratę – wynikać może z okoliczności, które mogą zaistnieć podczas realizacji zamówienia. Żaden wykonawca jednak, na etapie przygotowania oferty, nie jest w stanie przewidzieć wszystkich zagrożeń związanych z realizacją zamówienia, po pierwsze dlatego że nie jest to możliwe, a ponadto wykonawca chcąc skutecznie konkurować z innymi podmiotami musi przyjmować racjonalne założenia, a nie wszystkie potencjalnie możliwe przeszkody, które mogą wystąpić.

Z kolei co do ujęcia w kalkulacji kosztów pośrednich w jednej pozycji i zarzutu, że nie sposób stwierdzić co dokładnie kryje się pod tą pozycją kosztową - w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że odwołujący formułując owe zastrzeżenia referował do wyjaśnień składanych w czerwcu 2021 r. Z kolei z treści wyjaśnień składanych po przeprowadzonej aukcji elektronicznej, zamawiający skierował do konsorcjum DiR pytania dotyczące określonych kwestii tj. czy zawarł on w swoich kalkulacjach dane elementy. Na tak sformułowane wątpliwości wykonawca ten udzielił wyjaśnień potwierdzając, że w cenie jego oferty zostały ujęte wszystkie koszty związane z realizacją zadania, które budziły wątpliwości

zamawiającego. Nie sposób zarzucać zatem, że cena oferty Konsorcjum DiR jest rażąco niska, i że jakieś koszty nie zostały w niej ujęte.

W konsekwencji nie sposób stwierdzić, że cena oferty LRG lub też Konsorcjum DiR jest ceną rażąco niską tj. taką, za którą nie da się wykonać zamówienia.

Odnosząc się z kolei do zarzutu, który odwołujący sformułował z ostrożności, polegającego na zaniechaniu zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, po aukcji elektronicznej, do wykonawców Dominex i Complex - w ocenie Izby zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący upatrywał konieczności złożenia takich wyjaśnień w tym, że w przypadku tych ofert mamy do czynienia ze znacznym odstępstwem zaoferowanych cen od wartości szacunkowej zamówienia, z kolei od otwarcia ofert do aukcji elektronicznej upłynęło ponad pięć miesięcy, co do dodatkowo wymagało aktualizacji uprzednio złożonych przez ww. wykonawców wyjaśnień.

Rozstrzygając ten zarzut Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę na treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, jeżeli cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W tym przypadku zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Należało zatem rozważyć czy w niniejszej sprawie zaszyły takie okoliczności, które obligowały zamawiającego do tego, aby skierował on do wykonawców takie wezwanie, albowiem powinny po jego stronie zaistnieć wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami opisanymi w dokumentach zamówienia lub wynikające z innych przepisów. Chociaż przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z jednej strony zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia, z drugiej zaś, ustanawiając prawo do zwrócenia się o wyjaśnienia, uzależnia ją od określonych podejrzeń, których zamawiający winien nabrać. Jeśli takie wątpliwości po stronie zamawiającego nie zaktualizują się, to żądanie wyjaśnień w takich przypadkach należy uznać za bezpodstawne.

Odwołujący upatrywał takiego obowiązku w tym, że pomimo, że takie wyjaśnienia były już wcześniej składane, to z uwagi na upływ czasu i wysoką inflację, należało ponownie wezwać tych wykonawców do złożenia wyjaśnień. Izba uznała w tym zakresie, że odwołujący oprócz twierdzenia, że mamy do czynienia w ostatnim okresie z wysoką

inflacją, a zatem ceny kalkulowane ponad pięć miesięcy temu są nieaktualne, nie przedstawił żadnych dowodów, ale też choćby własnych kalkulacji z których wynikałoby, że wzrost cen w zakresie dotyczącym kosztów realizacji dla tego konkretnego zamówienia jest tak znaczący, że gdyby umowa została podpisana to zamówienia tego nie da się już zrealizować za podaną cenę. Samo wskazanie, że koszty te wzrosły, nie może być podstawą do tego, aby stwierdzić, że zamawiający powinien ponownie wezwać do wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny, która już w toku postępowania była wyjaśniana i w odniesieniu do której zamawiający uznał jej rynkowy charakter.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba w całości oddaliła odwołanie, w konsekwencji koszty postępowania w całości poniósł odwołujący. Na koszty postępowania w tym przypadku składały się koszty wpisu oraz koszty wynagrodzeń pełnomocników przystępujących, ograniczone do wysokości 1/5 kwot wskazanych na fakturach, złożonych do zamknięcia rozprawy. Izba ograniczyła wysokość wynagrodzenia pełnomocników uznając, iż były one uzasadnione ograniczonym zakresem rozpoznania odwołania do wysokości 1/5 (w ocenie Izby w niniejszej sprawie zdefiniować można 5 głównych zarzutów, które podlegały rozpoznaniu, z których jeden dotyczył przystępującego Dominex, drugi z kolei Konsorcjum DiR).

Przewodniczący: