

Sygn. akt: KIO 3474/22

WYROK

z dnia 11 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **P. D.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Rogowo w Rogowie**

przy udziale wykonawcy **K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żninie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Rogowo w Rogowie** – w zakresie części I i II postępowania – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne wezwanie wykonawcy **K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żninie** do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), dokonanie, na podstawie art. 128 ust. 4 i/lub 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych, ponownej oceny braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych

wykonawcy **K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żninie** i dokonanie ponownej oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żninie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **P. D.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żninie** – na rzecz wykonawcy **P. D.** – kwotę **14 735 zł 25 gr** (słownie: czternaście tysięcy siedemset trzydzieści pięć złotych dwadzieścia pięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rogowo w Rogowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa i modernizacja dróg gminnych i wewnętrznych na terenie Gminy Rogowo, w tym zadań:

- Przebudowa dróg gminnych 130545C ul. Jeziorna, 130550C ul. Leśna oraz 130552 ul. Ogrodowa w miejscowości Rogowo (Część I – Przedmiotu zamówienia);
- Przebudowa drogi gminnej nr 130560C ul. Spokojna w Rogowie (Część I – Przedmiotu zamówienia);
- Modernizacja drogi gminnej 130530C Wiewiórczyn – Kaczkowo od km 0+000 do km 2+220 oraz drogi wewnętrznej na dz. 7/4 obręb Wiewiórczyn, dł. 0,3 km (Część II – Przedmiotu zamówienia);
- Przebudowa wewnętrznej drogi gminnej dz. 41 obręb Budziszów dł. 0,825 km (Część II – Przedmiotu zamówienia);
- Przebudowa drogi gminnej nr 130567C Mięcierzyn od km 0+000 do km 0+737 (Część II – Przedmiotu zamówienia).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 grudnia 2022 roku wykonawca P. D. (dalej; odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których zamawiający nie był uprawniony na podstawie przepisów ustawy P.z.p. oraz następujących zaniechanych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których dokonania zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy P.z.p., tj.

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. w zakresie części I zamówienia,
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. w zakresie części II zamówienia,

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 lub art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. w zakresie części I oraz II zamówienia,
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. (dalej także: przystępujący) w zakresie części I oraz II zamówienia.

Zamawiającemu odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy P.z.p.:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (dotyczy części I zamówienia),
2. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo tego, że złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (dotyczy części II zamówienia),
3. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 lub art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo tego, że została złożona przez przystępującego podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 lub art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. (dotyczy części I oraz II zamówienia),
4. Art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego, która podlega odrzuceniu (dotyczy części I oraz II zamówienia).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie w zakresie części I oraz II zamówienia:
 - unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o.,
 - odrzucenia oferty wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o.,
 - dokonania ponownego badania i oceny ofert,
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów (przedstawionych na rozprawie);
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania .

Odwołujący – mając na względzie brzmienie art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. - oświadczył, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) i ubiega się o udzielenie zamówienia. Ponadto wskazuje, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. odwołujący poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to nie zaniechałby dokonania czynności, do których dokonania był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy oraz nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SWZ kryteriami oceny ofert, oferta odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, zarówno w części I, jak i II zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 stycznia 2023 roku oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca K. Budownictwo Sp. z o.o. w Żninie. Pismem z dnia 5 stycznia 2023 roku przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Przebudowa i modernizacja dróg gminnych i wewnętrznych na terenie Gminy Rogowo zostało wszczęte 08 listopada 2022 r. Zamówienie było podzielone na dwie części.

Wartość szacunkowa zamówienia: netto: 4 718 370,14 zł (1 059 450,81 EURO), VAT (23%): 1 085 225,13 zł, brutto: 5 803 595,27 zł.

Zgodnie z SWZ (rozdział VIII ust. 1 pkt 2):

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych:

- 1) w art. 108 ust. 1 Pzp.;
- 2) w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7 Pzp, tj.:

a) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;

b) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

c) który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zgodnie z rozdz. IX ust. 1 SWZ, do oferty wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ.

Stosownie do pkt XIII ust. 3 pkt 1 wykonawcy wraz z ofertą obowiązani byli złożyć kosztorys ofertowy.

Do wyznaczonego terminu składania ofert zostały złożone cztery oferty (na część I zamówienia) oraz pięć ofert (na część II zamówienia) w tym: oferta odwołującego oraz przystępującego.

Oferty złożone w części I:

Oferta nr 1 – IZBRUK M. R. – cena 3.356.781,67 zł

Oferta nr 3 – odwołujący – cena 2.656.222,69 zł

Oferta nr 4 – Firma Budowlano-Remontowa-Drogowa D. B. – cena 5.284.512,87 zł

Oferta nr 5 – przystępujący – cena 2.234.781,56 zł

Oferty złożone w części II:

Oferta nr 1 – IZBRUK M. R. – cena 2.886.009,28 zł

Oferta nr 2 – Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe – cena 2.589.004,38 zł

Oferta nr 3 – odwołujący – cena 2.318.700,69 zł

Oferta nr 4 – Firma Budowlano-Remontowa-Drogowa D. B. – cena 4.545.360,75 zł

Oferta nr 5 – przystępujący – cena 2.000.614,48 zł

Przystępujący wraz z ofertą złożył między innymi kosztorys ofertowy oraz oświadczenie, zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ, iż nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p.

W dniu 5 grudnia 2022 roku zamawiający poinformował o wyborze – jako najkorzystniejszej w części I i II zamówienia – oferty przystępującego za cenę 4 244 396,04 zł (2 234 781,56 zł za I część zamówienia i 2 009 614,48 zł za drugą część zamówienia).

Pismem z dnia 12 grudnia 2022 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i o przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 12 grudnia 2022 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p.:

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) zwanej dalej Pzp informuję, że złożona przez Państwa oferta na „Przebudowa i modernizacja publicznych dróg gminnych i wewnętrznych na terenie Gminy Rogowo” w tym:

a) *Przebudowa dróg gminnych 130545C ul. Jeziorna, 130550C ul. Leśna oraz 130552 ul. Ogrodowa w miejscowości Rogowo (Część I — Przedmiotu zamówienia);*

b) *Przebudowa drogi gminnej nr 130560C ul. Spokojna w Rogowie (Część I — Przedmiotu zamówienia);*

c) *Modernizacja drogi gminnej nr 130530C Wiewiórczyn — Kaczkowo od km 0+000 do km 1+900 oraz drogi wewnętrznej na dz. 7/4 obręb Wiewiórczyn, gł. 0,3 km (Część II — Przedmiotu zamówienia);*

d) *Przebudowa drogi gminnej dz. 41 obręb Budziszlaw długości 0,825 km (Część II — Przedmiotu zamówienia);*

e) *Przebudowa drogi gminnej nr 130567C Mięcierzyn od km 0+000 do km 0+737 (Część II — Przedmiotu zamówienia) została oceniona najwyżej na podstawie kryteriów oceny ofert, które zostały przedstawione w rozdziale XVIII Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), ponieważ przedstawiała najkorzystniejszą cenę wykonania przedmiotu zamówienia dla Zamawiającego.*

W nawiązaniu do powyższego w z y w a m Państwa do wyjaśnienia w sprawie złożenia przez państwa fałszywego oświadczenia dotyczącego brak podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w którym wykonawca

oświadcza, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 5 i 7 ustawy Pzp. W załączeniu przesyłam stosowne dokumenty.

W nawiązaniu do powyższego Zamawiający informuje, że oświadczenia i dokumenty powinny być aktualne na dzień ich złożenia pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym za pomocą poczty internetowej inwestycie@rogowo.paluki.pl na Platformie Zakupowej Urzędu Gminy Rogowo dostępnej pod adresem do dnia ZA.grud-nia.20ZZLdQ-godz2-AO;O.0z

Nie złożenie przez Państwa w wyznaczonym terminie wyjaśnień będzie skutkowało wykluczeniem z postępowania, a oferta Państwa będzie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2a Pzp.

Pismami z dnia 12 grudnia 2022 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w części I i II zamówienia:

„Zawiadamiam, iż podczas oceny Państwa złożonej oferty w niniejszym postępowaniu cena zaproponowana przez Państwa budzi wątpliwości zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) zwanej dalej Pzp, cena w pierwszej części zamówienia jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

W związku z powyższym wnioskuję o udzielenie wyjaśnień i złożonych dowodów, że cena została prawidłowo przeliczona i nie jest zaniżona.

Przekazanie wyjaśnień dotyczących wyżej wskazanej informacji należy przekazać na adres: Platforma Zakupowa Urzędu Gminy Rogowo dostępnej pod adresem <https://platformazakupowa.pl/pn/rogowo> do dnia 19 grudnia 2022 r. do godz. 10.00.

Przedkładana informacja winna zawierać dane aktualne na termin składania ofert.

Nieuzupełnienie informacji lub nieudzielenie wyjaśnień dotyczących wyżej wskazanej informacji we wskazanym powyżej terminie spowoduje odrzucenie Państwa oferty z niniejszego postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp.”

„Zawiadamiam, iż podczas oceny Państwa złożonej oferty w niniejszym postępowaniu cena zaproponowana przez Państwa budzi wątpliwości zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) zwanej dalej Pzp, cena w drugiej części zamówienia jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert oraz wartość szacunkową zamówienia.

W związku z powyższym wnioskuję o udzielenie wyjaśnień i złożonych dowodów, że cena została prawidłowo przeliczona i nie jest zaniżona.

Przekazanie wyjaśnień dotyczących wyżej wskazanej informacji należy przekazać na adres:

Platforma Zakupowa Urzędu Gminy Rogowo dostępnej pod adresem <https://platformazakupowa.pl/pn/rogowo> do dnia 19 grudnia 2022 r. do godz. 10.00.

Przedkładana informacja winna zawierać dane aktualne na termin składania ofert.

Nieuzupełnienie informacji lub nieudzielenie wyjaśnień dotyczących wyżej wskazanej informacji we wskazanym powyżej terminie spowoduje odrzucenie Państwa oferty z niniejszego postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp.”

Pismem z dnia 19 grudnia 2022 roku przystępujący udzielił wyjaśnień w zakresie dotyczącym braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p.:

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.12.2022 r. w sprawie złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, poniżej wyjaśniam, co następuje:

Zaznaczam, że w treści wezwania Zamawiający określił, że „Wzywam do wyjaśnienia fałszywego oświadczenia” – co stanowi nadużycie, ponieważ o fałszywości oświadczenia może zdecydować sąd wydając określony wyrok albo sam Wykonawca, jeżeli uzna, że faktycznie nastąpił jego błąd i takie oświadczenie powinno zostać zmienione. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca.

Wykonawca oświadcza, że złożone przez niego oświadczenie w ramach prowadzonego postępowania jest zgodne z prawdą, ponieważ wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na przesłanki określone przez Zamawiającego w ramach postępowania, w tym wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp. Złożone oświadczenie jest zgodne ze stanem faktycznym i aktualne.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 109 ust. 1 pkt 7 określa, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP jest dopuszczalne tylko w przypadku wystąpienia łącznie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie i wymaga ustalenia czy doprowadzenie do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, było konsekwencją niewykonania albo nienależytego wykonania w znacznym stopniu lub zakresie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, z przyczyn leżących po jego stronie.

Istotnym jest, że jedną z najważniejszych zmian, jaka nastąpiła w nowej ustawie PZP w zakresie przesłanek wykluczenia, jest ta, że przesłanka określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 została doprecyzowana w odniesieniu do poprzedniego brzmienia:

doprecyzowano, że wykluczenie może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy Wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie wynikające z umowy dotychczas ustawa poprzednia odnosiła się do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jako całości.

Biorąc od uwagę stan faktyczny w zakresie realizacji zadań:

Przebudowa drogi gminnej nr 321001 P Promno- Góra Etap III,

Przebudowa drogi Podarzewo-Łagiewniki,

Przebudowa drogi gminnej na nieruchomościach od Dębiniac 3 do Dębiniac 1a:

odstąpienie od umowy przez Zamawiającego miało miejsce w okolicznościach, gdzie Wykonawca został na wyraźne życzenie Zamawiającego zobligowany do wykonywania robót nie znajdującego się w zakresie zawartej umowy, np. w przypadku zadania „Przebudowa drogi gminnej na nieruchomościach od Dębiniac 3 do Dębiniac 1a” na wykonawcę niezasadnie scedowano m.in. obowiązek sporządzenia zamiennej dokumentacji projektowej, jednak umowa z tym zakresie nie została zmieniona. Nie została wypełniona więc przesłanka, o której mowa powyżej, czyli zobowiązanie wynikające z umowy.

Nie znajduje więc uzasadnienie stanowisko, że przesłanka określona art. 109 ust. 1 pkt 7 i pkt 5 zostały wypełnione. Stan faktyczny temu przeczy, ponieważ zawarta umowa takiego zobowiązania i zakresu nie zawierała. Drugą kwestię stanowi wina wykonawcy- co w przypadku ww. umów nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym, co potwierdza korespondencja załączona do niniejszego pisma.

Wykluczając wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP zamawiający nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło np. do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy. W niniejszym przypadku stwierdzenie w treści wezwania przez Zamawiającego,

że wykonawca złożył fałszywe oświadczenie jest jak już wskazano nadużyciem nie znajdującym uzasadnienia.

Zamawiający musi więc wykazać, że do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy doszło, ponieważ wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji nie wykonał. Nie jest to możliwe w przypadku ww. zadań. To uniemożliwia kwalifikację zaistniałych sytuacji do "pełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W świetle ponadto dyrektywy 2014/24/UE oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znacznym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Jako przykład nienależytego wykonywania umowy Ustawodawca unijny podaje znaczące wady dostarczonego produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, niemniej jednak zamawiający w zakresie każdej konkretnej umowy zobowiązany jest każdorazowo sprecyzować, co zostało niewykonane lub nienależycie wykonane i jakie okoliczności przesądzają o tym, że to niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało charakter znaczący lub uporczywy, a zatem było istotne dla realizacji umowy, Ponadto niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, zamawiający musi jeszcze wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Powody, dla których wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wnikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego. z którym była zawarta wcześniejsza umową lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy.

Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

Elementem warunkującym zastosowanie tej fakultatywnej przesłanki jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy i to w znacznym stopniu lub zakresie. Tym samym oprócz wskazania na okoliczność wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy,

zamawiający powinien wskazać, dokładne powody wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, mające swoje źródło w postanowieniach wcześniejszej umowy.

Potwierdza powyższe orzecznictwo sądowe:

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r. XXIII Zs 22/22:

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zachowującego aktualność w obowiązującym stanie prawnym co do sposobu rozumienia pojęcia zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa”, jakiegokolwiek uchybienie terminowi i ewentualne naliczenie kar umownych nie kwalifikuje się jednak z automatu jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo skutkujące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1383/16). Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego nie zasługuje na aprobatę argumentacja skarżącego zmierzająca do uznania, iż sam fakt mających miejsce nieprawidłowości oraz odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania tychże nieprawidłowości, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu. Zarzut naruszenia przez Izbę art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 p.z.p. okazał się zatem niezasadnym.

W niniejszym przypadku wykluczenie wykonawcy z postępowania byłoby działaniem pochopnym. Na tym etapie wykonawca nie może złożyć oświadczenia w zakresie podlegania wykluczeniu, ponieważ byłoby to niezgodne ze stanem faktycznym, jak i w zakresie podjętych kroków w ramach samooczyszczenia z racji tego, że sprawa odstąpienia od umowy jest sporna i nie została rozstrzygnięta, jest w toku, zostały ponadto naliczone kary umowne zarówno przez Wykonawcę jak i Zamawiającego, a zamawiający nie ma wystarczających dowodów dla stwierdzenia, że wykonawca faktycznie dopuścił się uchybień i naruszeń. To Zamawiający w ramach poprzedniej umowy — Gmina Margonin - nie dochował należytej staranności w celu opisu przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przepisami ustawy PZP, wymagał projektu zamiennego od Wykonawcy, gdzie to do Zamawiającego należy wypełnienie obowiązku opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, a ponadto w ogóle nie posiadał zezwolenia na wycinkę drzew. Jaki więc odpowiedzialny Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z dofinansowaniem zewnętrznym — musiał więc tym samym liczyć się z konsekwencjami w zakresie nie uzyskania tego zezwolenia i nie wykonania zadania. Dlaczego więc postępowanie zostało wdrożone mimo to? Następnie w treści odstąpienia od umowy winą za zaistniałą sytuację obarcza tylko Wykonawcę, pomimo, że we wcześniejszej korespondencji przyznaje, że okoliczności uniemożliwiają realizowanie zadania przez Wykonawcę to jednak wina Zamawiającego.

W umowie nr ZP.272.S.2021 z dnia 3 lutego 2021 r. w par. 1 wskazano, że przedmiot umowy to zakres rzeczowy określony w dokumentacji robót Zamawiającego stanowiącej jej integralną część na podstawie której realizowany jest przedmiot umowy. Wykonawca zobligowany był więc do wykonania przedmiotu umowy i z niewykonania tego zakresu może ponosić konsekwencje. Natomiast trakcie realizacji przedmiot umowy uległ zmianie- Zamawiający żądał przedłożenia dokumentacji projektowej zamiennej. Nawet jeżeli Wykonawca zgodził się na to, to zakres ten nie wynikał z zawartej umowy, lecz stanowił dodatkowy zakres i nie może tym samym kwestia z tym związana stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 cz pkt 5.

W par. 5 ust. 1 zawartej umowy określono, że przekazanie placu budowy nastąpi w terminie do 7 dni od podpisania umowy. W par. 5 ust. 2 natomiast, że przedmiot umowy zostanie zrealizowany w terminie 60 dni od przekazania placu budowy.

W par. 13 ust. 3 pkt b umowy określono, że Zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli wykonawca w kolejnych okresach następujących po sobie nie realizuje umowy w terminie określonym w umowie na przykład z powodu zbyt małego zaangażowania zasobów ludzkich i podstawę odstąpienia od umowy podał Zamawiający gmina Margonin. Biorąc pod uwagę stan faktyczny, określenie podstawy odstąpienia od umowy jest niewłaściwe i chybione- sam Zamawiający już w piśmie z dnia 18.02.2021 r, poinformował Wykonawcę, że przekazanie placu budowy nastąpi po dniu 28.02.2022 r. Sam Zamawiający więc zmusił Wykonawcę do niezrealizowania umowy zgodnie z jej treścią - zapisami par. 5 ust. 1 – przekazanie placu budowy nastąpi w terminie do 7 dni od podpisania umowy.

Termin realizacji umowy w pierwotnej umowie był ustalony na 60 dni od daty przekazania placu budowy, Po otrzymaniu dokumentacji zamiennej termin został ustalony o wiele krótszy — na kilkanaście dni roboczych i co ważniejsze- był to już okres zimowy. Wykonywanie robót drogowych w takich uwarunkowaniach jest często po prostu niemożliwe, o czym Wykonawca informował Zamawiającego.

W treści pisma z dnia 29.09.2021 r. Zamawiający — Gmina Margonin informuje, że zadanie musi być wykonane do końca listopada 2021 r., po czym w dniu 15.11.2021 r. Zamawiający odstępuje od umowy. Jest to co najmniej niezrozumiałe postępowanie Zamawiającego.

Jeżeli zaszły zmiany w realizacji zawartego kontraktu, powinny one zostać odzwierciedlone w treści umowy poprzez jej aneksowanie. Tak się nie stało. Wykonawca wykonywał więc część robót nie na podstawie umowy, ale na odrębny wniosek Zamawiającego i to Zamawiający sam uniemożliwił Wykonawcy realizację umowy w zakresie w niej określonym i w terminie wskazanym w jej treści.

Nie znajduje więc uzasadnienia postępowanie Zamawiającego, gdzie sam doprowadza do realizacji umowy niezgodnie z jej postanowieniami, w zakresie przekazania placu budowy i przedmiotu zamówienia — czyli kwestiami kluczowymi w procesie realizacji zadania — a następnie konsekwencjami niezrealizowania umowy zgodnie z pierwotnymi założeniami obarcza tylko i wyłącznie Wykonawcę i odstępuje od umowy z jego winy.

Zamawiający przecież w piśmie z dnia 21.09.2021r. do Wykonawcy sam podkreśla, że cyt.: powstała sytuacja jest spowodowana winą Zamawiającego. Akurat w tym jednym konkretnym przypadku to nie wykonawca robót ponosi odpowiedzialność za zaistniałą sytuację.

Nie jest więc zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Zamawiającego — Gminy Margonin, w treści odstąpienia od umowy, że za zaistniałą sytuację żadna ze stron nie ponosi winy. Obowiązkiem Wykonawcy była realizacja zawartej umowy, ale na warunkach i w zakresie w niej określonym. Każda zmiana tych uwarunkowań wpływa na zmianę okoliczności realizacji zadania- a już z pewnością tak istotna jak konieczność przeprojektowania czy braku koniecznych zezwoleń. To Zamawiający jest winien opóźnienia, ponieważ sam nie posiadał tych zezwoleń na wycinkę i do tego w sposób wadliwy opisał przedmiot zamówienia, co wymagało sporządzenia projektu zamiennego. To Zamawiający, a nie Wykonawca ponosi odpowiedzialność za skutki w tym zakresie. Brak możliwości realizacji zadania w pierwotnie określonych uwarunkowaniach określonych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jedynie następstwo sytuacji spowodowanej przez Zamawiającego. Co najmniej dziwi cała sytuacja zwłaszcza w kontekście dofinansowania zadania ze środków zewnętrznych i tego, że Zamawiający wdrażając postępowanie bez posiadania zezwoleń i braku znajomości daty przekazania placu budowy Wykonawcy, jednak umowę podpisał i zobowiązał Wykonawcę do jej realizacji, tak na prawdę wiedząc że jest to niemożliwe. Brak jest uzasadnienia do obarczenia Wykonawcy winą za zaistniałą sytuację.

Odstąpienie od umowy czy naliczenie kar umownych są jednymi z elementów konstrukcji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i to elementami wtórnymi oraz wynikowymi. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie umowy albo jej długotrwałe nienależyte wykonywanie w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednocześnie wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia

określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata."- wyrok KIO z 23.07.2021 r., KIO 1482/21.

Również KIO w wyroku z 14 czerwca 2019 r. (sygn. akt KIO 988/19) określa, że: Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku, że choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym, to należy wziąć pod uwagę fakt, że może być ono wadliwe lub bezskuteczne.

Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków przede wszystkim kontraktowych, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Z punktu widzenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy bazowanie wyłącznie na jednostronnych oświadczeniach zamawiających, które to wskazują przyczyny odstąpienia od umów, bez analizy stanowiska drugiej strony umowy czy dowodów składanych przez wykonawcę nie może być uznane za wyczerpującą i wszechstronną ocenę powodów odstąpienia przez instytucję zamawiającą od realizacji umowy. W ocenie KIO zamawiający niesłusznie nie odniósł się do stanowiska odwołującego dotyczącego przyczyn opóźnień w realizacji inwestycji oraz nie przeanalizował argumentów odwołującego dotyczących przyczyn opóźnień związanych z realizacją umów, przywoływanych wad dokumentacji projektowej bądź zmian na rynku budowlanym. Nie ma również żadnego uzasadnienia, dlaczego dał wiarę wyłącznie twierdzeniom innych zamawiających, a pominął twierdzenia odwołującego i przedłożone przez niego dowody w tym m.in. opinię dotyczącą zasadności żądania przedłużenia czasu realizacji umowy.

W wyroku z dnia 8 stycznia 2018 r., KIO 2711/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP 2004 (aktualnie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą.

KIO w wyroku z dnia 5 lipca 2022 r., KIO 1588/22 orzekła, że wykazania jednak wymaga, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

KIO w wyroku z dnia 25.01.2021 r. , KIO 3301/20 orzekła, że: udowodnienie, że strony były związane umowami i że umowy te nie doprowadziły do założonego rezultatu, a także, iż powstał w związku z tym spór, jest zdecydowanie niewystarczające do wykazania, że zaistniały przesłanki art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, nakazujące wykluczyć z przetargu wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależyście

wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Udowodniono powstanie sporu i jego podstaw faktycznych, natomiast zebrany materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie faktów, które mogłyby stanowić podstawę do rozstrzygnięcia jak ten spór się zakończy. Innymi słowy, zgromadzone dowody dają podstawy do przyjęcia istnienia sporu, ale nie pozwalają na ustalenie która ze stron w tym sporze ma rację, co jest konieczne do wykazania zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

W ocenie Wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. odstąpienie od umowy przez Zamawiającego jest oświadczeniem wadliwym i nieskutecznym, Dlatego też jeżeli Zamawiający Gmina Margonin nie podejmie czynności w zakresie doprowadzenia zaistniałej sytuacji do zgodności ze stanem faktycznym, Wykonawca wystąpi na drogę sądową w celu chociażby rozliczenia wykonanych robót, za które do dziś nie otrzymał wynagrodzenia.

W przedmiotowych przypadkach, przesłanka wykluczenia może ziścić się dopiero, gdy sąd orzeknie o winie wykonawcy. Chociaż przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. nie wymaga stwierdzenia naruszenia przez sąd, wymagając jedynie jednostronnej negatywnej decyzji zamawiającego o np. wypowiedzeniu umowy to nie możemy zapominać, że ciężar dowodowy w przypadku wykluczenia wykonawcy spoczywa na zamawiającym tzn., że w sytuacji, w której zamawiający jednak nie uzna wyjaśnienia wykonawcy, musi on udowodnić, że przesłanka zaistniała, czyli wykonawca faktycznie dopuścił się zarzucanych mu przez poprzedniego inwestora uchybień i naruszeń. Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, jest to niemożliwe, ponieważ obowiązki, którymi wykonawcę obarczał każdy z przedmiotowych Zamawiających wykraczały poza zawartą umowę, a wina wykonawcy odstąpienia od umowy nie znajduje uzasadnienia stanie faktycznym.

Jak wynika z dokumentacji, w szczególności z pisma pełnomocnika do Zamawiającego z dnia 13.12.2021 r. które stanowi swoistą reasumpcję stanu faktycznego, sam Zamawiający w piśmie z dnia potwierdził, że to nie Wykonawca jest winien zaistniałej sytuacji. To w sposób klarowny i nie budzący wątpliwości potwierdza, że nie można jednoznacznie przypisać winy za zaistniały stan faktyczny tylko Wykonawcy.

Przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 5 p.z.p. ponadto abstrahuje od tego, co jest przyczyną naruszenia obowiązków wykonawcy, zawężając jednak odpowiedzialność wykonawców do poważnego i zawinionego naruszenia tych obowiązków. Z kolei „wina” zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa może być kwalifikowana jako umyślna (wykonawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) — wykonawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że

ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć.

W niniejszym stanie faktycznym przesłanka ta nie została wypełniona.

Oдноśnie dwóch pozostałych umów:

l) Przebudowa drogi Podarzewo-Łagiewniki- umowa ZP.2720.15.2021 z dnia 29.06.2021 r z pierwotnym terminem zakończenia do dnia 26.11.2021 r. Wartość kontraktu brutto-1.847.468,36 zł (jeden milion osiemset czterdzieści siedem tysięcy czterysta sześćdziesiąt osiem złotych 36/100 groszy)

W toku dotychczasowej realizacji przedmiotu niniejszej umowy wystąpiły następujące bardzo istotne okoliczności mające bezpośredni i kluczowy wpływ na brak dotrzymania określonego terminu zakończenia robót budowlanych tj.

a) pismem L.dz.2020/372/ŁK/232/009 z dnia 1.09.2021 r wykonawca poinformował o wszystkich zaistniałych okolicznościach faktycznych które na skutek wystąpienia w lipcu 2021 r intensywnych i długotrwałych opadach deszczu mających bezpośredni wpływ na fizyczne prowadzenie robót budowlanych czyli ich uniemożliwienie koniecznym stało się zaktualizowanie harmonogramu rzeczowo finansowego powyższego przedsięwzięcia.

b) 14.09.2021 r pismem L.dz.2021/372/ŁK 232/010 wykonawca powiadamia Zamawiającego o bardzo istotnym stwierdzonym problemie natury technicznej uniemożliwiającym zastosowanie materiału przyjętego w dokumentacji projektowej nie pozwalającego na uzyskanie właściwej nośności dla tej kategorii drogi publicznej jako podbudowy pod samą jezdnię oraz pobocza. W tej kwestii jest prowadzona korespondencja pomiędzy stronami zawartego kontraktu którą na potrzeby uwiarygodnienia wszystkich tych okoliczności również załączam. Sprawa w tej kwestii zostaje sfinalizowana dopiero 26.11.2021 r poprzez zawarcie Aneksu nr I do niniejszej umowy.

c) w zakresie ustalenia ostatecznego terminu zakończenia wszystkich robót budowlanych wnioskowałem i argumentowałem w skierowanym piśmie L.dz.2021/372/ŁK 232/016 wskazując wyraźnie że wszystko jest uzależnione od warunków atmosferycznych gdyż to one zważywszy na porę roku determinują ich wykonanie zgodnie z wiedzą, doświadczeniem i sztuką budowlaną- nie można w poczuciu odpowiedzialności i troski aby wybudowany obiekt budowlany miał walory trwałości i spełniał wszystkie wymogi użytkowe jako docelowa jego funkcjonalność. Stąd też 15 grudnia 2021 r wobec faktycznie występujących i niepodważalnych już warunków atmosferycznych całkowicie uniemożliwiających kontynuowanie robót budowlanych skierowałem do Zamawiającego

stosowny wniosek pismem L.dz.2021/372/ŁK/232/018. Pragnę również podkreślić że we wskazanym powyżej czasookresie zaszła również konieczność dokonania zmiany technologii prowadzenia robót zgoła odmiennie od tej zakładanej w dokumentacji projektowej co zostało podniesione w piśmie wykonawcy L.dz.2021/372/ŁK/232/013 z dnia 23.09.2021 r.

2) Przebudowa drogi gminnej Promno-Góra etap III - umowa ZP.2720.16.2021 z dnia 7.07.2021 r z pierwotnym terminem zakończenia do 30.11.2021 r. Wartość kontraktu - 809.537,70 zł (osiemset dziewięć tysięcy pięćset trzydzieści siedem złotych 70/100 groszy)

W toku dotychczasowej realizacji przedmiotu niniejszej umowy wystąpiły następujące bardzo istotne okoliczności mające bezpośredni i kluczowy wpływ na brak dotrzymania określonego terminu zakończenia robót budowlanych tj.

a) bardzo istotne dla możliwości kontynuowania robót budowlanych na przedmiotowym zadaniu są podniesione argumenty przez wykonawcę w zakresie kolizji projektowanej drogi i chodnika z istniejącym zadrzewieniem które całkowicie zostało pominięte w dokumentacji projektowej która stanowiła podstawę do złożenia oferty cenowej oraz warunków realizacyjnych zawartego kontraktu co odzwierciedla stosowne pismo skierowane do Zamawiającego L.dz.2020/373/ŁK/233/007 z dnia 16.09.2021 r co znalazło swoje konkretne przełożenie w przedłożonej inwentaryzacji która została opracowana przez wykonawcę a szczegóły ustaleń sformułowane w piśmie L.dz.2020/373/ŁW233/012 z dnia 5.11.2021 r.

b) całokształt wszystkich stwierdzonych i udokumentowanych problemów natury technicznej pod kątem możliwości wykonawczych wskazują że rozmiar oraz waga wszystkich niezgodności bardzo istotnych z punktu przedłożonej ze strony Zamawiającego dokumentacji projektowej uniemożliwia prowadzenie robót budowlanych z wszystkimi wymogami reżimu budowlanego oraz ich fizyczne zakończenie w roku 2021. Te wszystkie bardzo istotne i kluczowe aspekty zostały szeroko zaprezentowane w piśmie L.dz.2020/373/ŁK/233(015 z dnia 23.11.2021 r.

Kompletnie niezrozumiałym - wręcz nieracjonalnym, nie mającym merytorycznego uzasadnienia stały się oświadczenia złożone przez Zamawiającego w lutym 2022 roku o odstąpieniu od zawartych umów i próba przerzucenia ciężaru odpowiedzialności całkowicie na wykonawcę. Odwrotnie wykonawca na przedmiotowe czynności dokonane przez Zamawiającego stanowczo zanegował co zostało wyrażone odpowiednio w pismach tj. L.dz.2020/373fŁW233/022 z dnia 10.02.2022 r oraz L.dz.2020/373/ŁK/233/024 z dnia 21.02.2022 r. Bezspornym pozostają fakty że przez cały czas wykazywałem pełną gotowość ukończenia wszystkich robót budowlanych objętych wskazanymi powyżej kontraktami, lecz musiały tylko zaistnieć odpowiednie warunki atmosferyczne. W toku ich dotychczasowych

realizacji wykazywałem pełną wolę współpracy, co więcej wobec tak wadliwych dokumentacji projektowych których konieczność dokonania zmian i weryfikacji uprzednio przyjętych rozwiązań zachodziła, firma wykazała poprzez swoje doświadczenie i wiedzę aktywny udział w ich rozwiązaniu przedstawiając konkretne rozwiązania problemu, choć nie mogła tego uczynić w pełnym zakresie choćby tylko nawet w rozwiązaniu konieczności usunięcia drzewostanu kolidującego z wybudowaniem drogi. Zamawiający w tej przykładowo kwestii wręcz pominął i nie przyjął na siebie rozwiązania powstałego problemu, gdzie w pierwszej kolejności winien uzyskać stosowne i prawomocne decyzje administracyjne. Nadmieniam również że jestem w pełni gotowy bronić swoich racji w procesie sądowym jeżeli zamawiający zdecyduje się wystąpić na drogę sądową. Stanowisko firmy odnośnie zanegowania czynności odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy wykonawcy nie ulega zmianie- jest stanowcze - odmawiające również uznania not księgowych z tytułu kar umownych wynoszących adekwatnie 10% wartości wynagrodzenia brutto ustalonego w tych umowach.

Reasumując, wypełnienie przesłanek, o których mowa w wezwaniu skutkuje zastosowaniem wobec wykonawcy najdotkliwszej sankcji w postaci jego wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z postępowania, dlatego decyzja taka powinna zostać podjęta w oparciu o dowody w wysokim stopniu wykazujące kumulatywne zaistnienie omawianych przesłanek.

W niniejszym przypadku w zaistniałych sytuacjach powyższe przesłanki nie zostały wypełnione w odniesieniu do żadnego z Zamawiających, o których mowa powyżej w związku z zawartymi umowami w sprawie zamówienia publicznego.

Nadmieniam ponadto, iż w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że kara umowna stanowi zryczałtowane odszkodowanie wyrażone w umowie, należne wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego. Między innymi wynika to z faktu, iż zgodnie z art. 483 § 2 Kodeksu cywilnego można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Można zatem przyjąć, że kara umowna zastępuje odszkodowanie należne wierzycielowi.

Zamawiający —Gmina Nakło nad Notecią naliczył wykonawcy kary umowne w ramach realizacji jednego z zadań, jednak zgodnie z powyższym samo naliczenie nie stanowi o wypełnieniu przesłanki wykluczenia.

Powyższe stanowisko i wyjaśnienia Zamawiającego w sposób jednoznaczny potwierdzają, że to nie Wykonawca jest winien zaistniałych sytuacji, a przesłanki w zakresie

wykluczenia stanowiące przedmiot Państwa wezwania i wątpliwości nie zostały wypełnione. Oświadczenie złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zgodne ze stanem faktycznym i aktualne.

Podkreślam ponadto, że w przypadku nie uznania przez Zamawiającego — Gminę Rogowo złożonych wyjaśnień i dowodów za wystarczające w celu wykazania i potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, Wykonawca złoży odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Biorąc pod uwagę szerokie orzecznictwo KIO potwierdzające stanowisko Wykonawcy, jak wykazano powyżej, KIO potwierdzi w wyroku prawidłowość stanowiska Wykonawcy.

Pismem z dnia 19 grudnia 2022 roku przystępujący złożył wyjaśnienia w kwestii zaoferowanej ceny w części I zamówienia:

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.12.2022 r. pismo nr RIDiGP.271.1.21.2022.ZP w sprawie złożenia wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny na cz. I zamówienia, wyjaśniam, co następuje:

Zamawiający wskazuje, że cena określona przez Wykonawcę budzi jego wątpliwości w zakresie art. 224 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r, Poz. 1710 ze zmian.), ponieważ cena w pierwszej części zamówienia jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, Zamawiający oczekuje złożenia wyjaśnień i złożenia dowodów, że cena została prawidłowo przeliczona i nie jest zaniżona.

W art. 224 ust. 2 ustawodawca wymienia okoliczności, na podstawie których zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnień ceny wskazanej w ofercie, którą należy uznać za rażąco niską. Treść art. 224 ust. 2 pkt 1 pzp wskazuje, iż za rażąco niską cenę zamawiający może uznać cenę całkowitą wskazaną w ofercie, która jest o 30% niższą od ubruttowionej wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 (została złożona po terminie) j pkt 10 (zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu), Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że „rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

Niejednokrotnie ceny wskazane w ofertach odbiegają od pozostałych znacząco. Bez wątplenia zamawiający powinien przeprowadzić wnikliwą analizę cen złożonych ofert oraz wykazać się niezwykłą roztropnością przy ewentualnym nieuwzględnieniu niektórych ofert przy obliczaniu ceny rażąco niskiej, które mogłyby ukazać zafałszowany obraz cen rynkowych. Taka sytuacja ma miejsce, gdy jedna z ofert jest bardzo wysoka i przy

uwzględnieniu jej podczas obliczeń mogłaby zawyżyć średnią arytmetyczną, od której cena będzie uznawana za rażąco niską. Pamiętać trzeba, że ustawodawca wyposażył zamawiającego w art. 224 ust. 2 pkt 1 pzp, który pozwala zamawiającemu na odstąpienie do wzywania wykonawcy do wyjaśnień w sytuacji, gdy rażąco niska cena wynika z okoliczności oczywistych.

W niniejszym postępowaniu w cz. I jedna z ofert — złożona przez Firmę Budowlano Remontowa-Drogową D. B. Os. Kazimierza wielkiego 14A/1 62-200 Gniezno określona została na poziomie znacznie odbiegającym od cen rynkowych:

Oferta nr 1 cena 3.356.781,67 zł

Oferta nr 3 cena 2.656.222,69 zł

Oferta nr 4 cena 5.284.512,87 zł

Oferta nr 5 cena 2.234.781,56 zł

Średnia cena przy braniu pod uwagę ofert nr 4 to : $3.383.074,70 \text{ zł} - 30 \% = 2.368.152,30 \text{ zł}$

Jest to więc różnica i tak nieznaczna, ponieważ wynosi tylko 133.370,73 zł w odniesieniu do ceny oferty Wykonawcy.

Jeżeli nie bierzemy pod uwagę zawyżonej względem wartości rynkowej robót oferty nr 4, to: Średnia cena przy nie braniu pod uwagę ofert nr 4 to : $2.749.261,93 \text{ zł} - 30 \% = 1.924.483,38 \text{ zł}$

W takim przypadku przesłanka określona w art. 224 ust. 2 PZP nie zostaje wypełniona.

Biorąc pod uwagę czynności przeprowadzone w ramach postępowania i odstąpienie na etapie badania i oceny ofert od Wezwania nas przez Zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty w związku z art. 224 ust. 2 Pzp, w pełni podzielamy pogląd Zamawiającego o braku potrzeby wezwania. Naszą wątpliwość budzi kwestia zmiany stanowiska przez Zamawiającego i jednak wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, co jest spowodowane jest z pewnością pismem złożonym przez konkurencyjnego Wykonawcę.

Dlatego też, pomimo stanowiska, że takie wezwanie jest niezasadne z uwagi na złożenie jednej oferty odbiegającej istotnie od wartości rynkowej robót, z daleko idącej ostrożności wyjaśniamy, co następuje:

W zakresie bezspornym odbiega istotnie od cen pozostałych ofert. To wypełnia przesłankę określoną w 224 ust. 2 pkt 1 pzp, która uzasadnia odstąpienie od badania rażąco niskiej ceny, ponieważ w takim przypadku czynność ta ma charakter jedynie formalny, nie

wyczerpuje bowiem znamion takiego zachowania Wykonawcy- gdzie tylko jedna oferta znacznie odbiega od pozostałych ponieważ jest cena jest bardzo niska.

Urząd zamówień Publicznych w wydanej opinii: Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji określa, że:

Wszystkie wskazane wyżej mierniki nie mają, zgodnie ze znowelizowanymi przepisami ustawy PZPR charakteru automatycznego i bezwzględnego do zastosowania, tzn. wypełnienie się którejkolwiek ze wskazanych okoliczności (różnica 30% w cenie oferty badanej w stosunku do któregośkolwiek ze wskazanego wyżej mierników) nie powoduje konieczności każdorazowego wezwania wykonawcy do wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny. W każdym bowiem przypadku zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnej sprawy, skutkuje powstaniem owego podejrzenia. W przypadku miernika wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywistość takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Przepis ten daje zamawiającemu prawo a nie obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna to za stosowne w określonych realiach.

Opinia została wydana na podstawie poprzednich przepisów. W nowej ustawie treść tych przepisów jest analogiczna. Opinia ta jest więc aktualna także w świetle obecnie obowiązującej ustawy Pzp.

Wykonawca wyjaśnia, że cena zaoferowana na cz. I i zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną wiarygodną i porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy.

Z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że zaniechanie weryfikacji ceny ofertowej jest odstępstwem od reguły, z zatem może dotyczyć jedynie wyjątkowej sytuacji, która nie

może być interpretowana rozszerzająco, rezygnacja z badania rażąco niskiej ceny może nastąpić jedynie w przypadku zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania głębszej analizy

Przykładem okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, są:

1) zawyżona wartość szacunkowa — ustalenie wartości szacunkowej na poziomie wyższym niż rynkowy może stanowić przesłankę do odstąpienia do badania rażąco niskiej ceny. Najlepszym potwierdzeniem zawyżenia szacunku jest sytuacja, w której wszystkie lub przynajmniej większość złożonych ofert ma ceną znacznie poniżej kwoty oszacowanej przez zamawiającego;

2) zawyżona średnia arytmetyczna ofert - jeżeli jedna ze złożonych ofert jest znacznie wyższa od pozostałych, to można przyjąć, że w sztuczny sposób zawyża ona średnią cen złożonych ofert. Jeżeli ceny innych ofert są zbliżone do siebie, to zamawiający ma prawo uznać, że to one wyznaczają rynkowy poziom cen. Jeszcze bardziej klarowna jest sytuacja, gdy ceny większości ofert są zbliżone nie tylko do siebie, lecz również do kwoty oszacowanej przez zamawiającego. W takim przypadku można przyjąć, że wyliczając średnią arytmetyczną ofert, można pominąć zawyżoną ofertę. takim wypadku średnia będzie odzwierciedlać realny (rynkowy) poziom cen.

Sytuacja zaistniała w zakresie cz. I pozwala na uznanie, że rozbieżność pomiędzy ceną wykonawcy, a średnią arytmetyczną złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych nie wymagających wyjaśnienia. Tą okolicznością oczywistą jest fakt, że to cena oferty Wykonawcy z Gniezna została zawyżona i sztucznie wpłynęła na wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Wykonawcy zamawiający był zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy K. Budownictwo do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, Takie postępowanie zamawiającego, które miało miejsce przed wyborem oferty najkorzystniejszej jest dla Wykonawcy w pełni uzasadnione. W konsekwencji nie zachodzi także podstawa do stwierdzenia, że cena oferty wykonawcy test ceną rażąco niską.

- w wyroku z dnia 13.04.2022 r., svgn. akt KIO 823/22 Izba orzekła, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską nie może sprowadzać się do wskazania na bezsporną wagę składnika ceny i proste porównanie wartości arytmetycznych ze złożonych ofert. Zgodnie bowiem z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa „okoliczność, że cena zaoferowana przez jednego z wykonawców jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, nie przesądza automatycznie o tym, iż oferta zawierająca najniższą cenę powinna zostać automatycznie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4

p.z.p. [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. przyp. Izba] Innymi słowy niedopuszczalne jest automatyczne uznanie ceny zawartej w ofercie za rażąco niską wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium i odrzucenie oferty poniżej pewnego poziomu. Okoliczność, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od średniej cen zawartych w pozostałych ofertach, może jedynie rodzić przypuszczenie, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska, nie przesądza zaś automatycznie o jej odrzuceniu". (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 29.07.2016 r. sygn. akt: III Ca 548/16). Podobnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach „Cena "rażąco niska" to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu". (wyrok z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10).

Istotnym jest ponadto, że Zamawiający powinien dochować staranności, aby wezwanie skierowane do Wykonawcy wypełniało przesłanki dotyczące szczegółowości wezwania - konkretne wskazanie kwestii budzących wątpliwość Zamawiającego. Wezwanie Zamawiającego dotyczące cz. I nie wypełnia tej obowiązkowej przesłanki - wezwanie jest bardzo ogólne. Nie ma więc obowiązku realnie Wykonawca odnosić się w sposób szczegółowy do wezwania, które jest bardzo ogólne, co świadczy o tym, że zostało jedynie wystosowane pod względem formalnym, ponieważ inny Wykonawca się tego domaga.

Zamawiający, jeżeli nie uszczegółowi elementów wezwania, winien wówczas liczyć się z tym, że wykonawca może nie uznawać za istotne tych samych kosztów, czy okoliczności, które uznaje za istotne zamawiający. Wykonawca więc w ramach niniejszego pisma udziela wyjaśnień w zakresie elementów istotnych w jego ocenie. Nie ma zaś Zamawiający uprawnienia do negocjowania wskazanych elementów istotnych, ponieważ sam takich nie wskazał w treści wezwania.

Krajowa Izba Odwoławcza w;

- wyroku o sygn. akt KIO 1976/20 z dnia 13.10.2020 r. orzekła, że: Zamawiający nie wskazał konkretnych obszarów, których wyjaśnienia oczekiwał szczególnie. W sytuacji, gdy cena jest sumą wartości wielu czynności składających się na przedmiot zamówienia, wykonawca może mieć problem z ustaleniem, które konkretnie prace wzbudziły wątpliwości

Zamawiającego. Wykonawca nie może przy tym ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z poglądem doktryny: w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. (...). Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu." (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 708 i 712.) . W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania.- wyrok KIO z 4.05.2022 r., KIO 989/22, LEX nr 3399619.

- wyroku o sygn. akt KIO 820/21 z dnia 27.04.2021 r. orzekła, że: dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych, (...)istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których — ze względu na ich merytoryczne znaczenie — zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym , mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości,

Dlatego też w treści niniejszych wyjaśnień i załączników do nich Wykonawca sam wskazuje istotne elementy mające wpływ na wycenę zamówienia, potwierdzając tym samym prawidłowość ich wyceny z zachowaniem wszelkich koniecznych uwarunkowań prawnych i rynkowych.

Wyjaśniam, że w zakresie cz. I zamówienia, cena za roboczogodzinę pracy jest realna i wynosi 26,50 pln brutto. a założona wielkość nakładu pracy odpowiada potrzebom zamawiającego. Nie można uznać więc, że cena oferty jest rażąco niska (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3706/21). Kalkulacja ceny oferty uwzględnia wynagrodzenie pracowników, kwotę ZUS i podatków, osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę z uwzględnieniem kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na

podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę .

KIO w wyroku o sygn. akt: KIO 3706/2 z dnia 2022-01-10 podkreśliła, że: zważywszy, że podstawowym elementem kosztotwórczym, a finalnie cenotwórczym, jest nakład pracy rodzący koszty osobowe wymagający wynagrodzenia, wykonawca dokonał kalkulacji roboczogodziny i uwzględnił liczbę niezbędnego wymaganego czasu pracy z uwzględnieniem wszystkich koniecznych czynników. W ramach wyceny oferty na cz. I Wykonawca tak właśnie postąpił, wyceniając wszystkie konieczne elementy na odpowiednim poziomie.

Cena została obliczona w sposób prawidłowy i nie jest zaniżona ani rażąco niska.

Wypełniając z nadto treść wezwania, Wykonawca załącza oferty potwierdzające zastosowane ceny w ramach wyceny przedmiotu zamówienia.

Wykonawca podkreśla, że odrzucenie jego oferty na cz. I zamówienia stanowić będzie podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej - odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Podkreślam ponadto, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania, ale nie może w sposób dowolny i podyktowany subiektywnymi ocenami swoimi i innych Wykonawców, nie popartymi uzasadnionymi przestankami dokonywać czynności nie mających umocowania realnego, potwierdzonego okolicznościami.

Wykonawca potwierdza, że cena zaoferowana na cz. I zamówienia jest realna, nie została określona poniżej kosztów wytworzenia, zawiera wycenę całego przedmiotu zamówienia i nie wypełnia przesłanek dot. rażąco niskiej ceny określonych w art. 224 ust. 2 Pzp.

Pismem z dnia 19 grudnia 2022 roku przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące ceny zaoferowanej w części II zamówienia. Wyjaśnienia te są analogiczne, jak dla części I.

Pismem z dnia 22 grudnia 2022 roku zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w części I i II.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana 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 w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast w myśl ust. 6, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, treść wyjaśnień ceny złożonych przez przystępującego w dniu 19 grudnia 2022 r. nie wykazuje, by jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odpowiedzi udzielone przez przystępującego są lakoniczne, ogólnikowe i w przeważającej części sprowadzają się do kwestionowania samej zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień. Tym samym w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Podkreślenia wymaga, iż ciężar dowodu oznacza, że składane wyjaśnienia nie mogą ograniczać się do deklaracji wykonawcy co do poziomu ponoszonych przez niego kosztów, ale powinny zmierzać do wykazania, że koszty te zostały oszacowane rzetelnie i na rynkowym poziomie oraz odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia. Wykonawca wezwany do wyjaśnień zobowiązany jest również do przedstawienia - bezpośrednio w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., dowodów potwierdzających ponoszone przez niego koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego.

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, jako jedyną konkretną wartość podał cenę za roboczogodzinę pracy, wynoszącą 26,50 zł brutto. Ponadto załączył do wyjaśnień ofertę potwierdzającą cenę masy asfaltowej oraz ofertę potwierdzającą cenę betonu, kruszyw, kostki betonowej, krawężnika betonowego, opornika i obrzeża. Przystępujący nie wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny i nie wykazał, o ile umożliwiły mu one obniżenie ceny oferty.

Przystępujący w żaden sposób nie wykazał wysokości zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, jak również nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty płacowe, a

w sytuacji, gdy pracownicy dopiero mają być zatrudnieni – złożone oferty. Nie wiadomo zatem, czy przystępujący gwarantuje pracownikom wynagrodzenie nie niższe niż obowiązujące najniższe wynagrodzenie.

Przystępujący nie wykazał również żadnych informacji dotyczących kosztów wykorzystania sprzętu przy realizacji przedmiotu zamówienia.

W wyroku z dnia 10 listopada 2017 r. KIO 2256/17, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła: „To na wykonawcy spoczywa obowiązek dowiedzenia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Dlatego wykonawca musi przedstawić konkretne przyczyny zaoferowania niskiej ceny i poprzeć te wyjaśnienia stosownymi dowodami, co wynika z zacytowanego wyżej art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 9339 ze zm.)”. Analogicznie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 31 października 2016 r. KIO 1903/16: "Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tej. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.

Przystępujący zobowiązany był zatem do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. Przystępujący powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Złożone przez przystępującego wyjaśnienia pozwalają na stwierdzenie, że podmiot ten nie sprostął obowiązkowi wykazania, że cena została wyznaczona prawidłowo.

Izba, uznając argumentację podniesioną w odwołaniu za słuszną, uznała jednakże, że nakazywanie zamawiającemu, by odrzucił ofertę przystępującego na tym etapie postępowania, byłoby przedwczesne. Wskazać należy, że – co do zasady – wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinno mieć miejsce jeden raz wobec danego wykonawcy, niemniej jednak z ugruntowanego w tym zakresie orzecnictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że wystosowanie ponownego wezwania do tego samego wykonawcy jest możliwe w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu zamawiający nie doprecyzował, jakie informacje i dotyczące jakich kosztów wykonawca powinien w szczególności przedstawić. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 150/16, *powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy,*

że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często.

Analizując treść wezwań z dnia 12 grudnia 2022 roku Izba doszła do przekonania, że wezwania te są zbyt ogólne, by wykonawca mógł powziąć wystarczającą wiedzę, jakie w szczególności obszary zamówienia interesują zamawiającego pod względem dokonanej wyceny. Podkreślić należy, że wezwanie nie może być ogólnikowe. Zamawiający powinien wskazać elementy oferty, które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Takie działanie wynika z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., który wymaga, aby zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów, w sytuacji, gdy zamawiający w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 lub art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 lub 5, Izba wskazuje, co następuje:

Zgodnie z art. 109 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę:

5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

7) który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Wskazane wyżej podstawy wykluczenia są fakultatywne, co oznacza, że zamawiający nie musi decydować się na ich stosowanie w danym postępowaniu. Jeżeli jednak na to się

zdecyduje, obowiązany jest, zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy P.z.p., wskazać podstawy zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający zdecydował się na zastosowanie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p., czemu dał wyraz w rozdz. VIII SWZ.

Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Przystępujący złożył takie oświadczenie wraz z ofertą. Oświadczenie zostało złożone na formularzu, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p., zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. W myśl ust. 5, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień w zakresie braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p. Takie wyjaśnienia przystępujący złożył w piśmie z dnia 19 grudnia 2022 roku.

Analiza treści złożonych wyjaśnień nie pozwala na stwierdzenie, że wobec przystępującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. Wątpliwości w tym zakresie dotyczą następujących inwestycji realizowanych przez przystępującego: przebudowa drogi gminnej nr 321001 P Promno- Góra Etap III, przebudowa drogi Podarzewo-Łągiewniki, przebudowa drogi gminnej na nieruchomościach od Dębiniec 3 do Dębiniec 1a.

Z wyjaśnień przystępującego wynika, że przy realizacji wskazanych wyżej robót doszło do sytuacji, w których wskazane zamówienia nie zostały wykonane lub nie były wykonywane należycie. Przystępujący w wyjaśnieniach przedstawił wyłącznie swój punkt widzenia, w którym wykazywał brak odpowiedzialności po jego stronie za zaistniałą sytuację,

niemniej jednak ze złożonych wyjaśnień wynika, że w wykazanych inwestycjach doszło do odstępiania od ich realizacji bądź naliczenia kar umownych z przyczyn, które zamawiający uznali za leżące po stronie przystępującego.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał dalszego wyjaśnienia wskazanych informacji. Pierwotnie zamawiający uznał je za wystarczające i nie wykluczył przystępującego z postępowania, a następnie – po wniesieniu odwołania – uwzględnił zarzuty odwołania.

Wobec powyższego Izba uznała za konieczne zobowiązanie zamawiającego do przeprowadzenia ponownego postępowania wyjaśniającego w zakresie podstaw do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p. Podkreślenia wymaga, że przeprowadzenie takiego postępowania należy do czynności zamawiającego, który w tym celu może korzystać z uprawnień wskazanych w art. 128 ust. 4 i 5 ustawy P.z.p. Zamawiający może żądać w tym zakresie stosownych wyjaśnień od wykonawców (ust. 4), jak i zwrócić się do innych podmiotów posiadających stosowne informacje lub dokumenty (ust. 5). Zamawiający, który zaniechał przeprowadzenia takiego postępowania, nie może być w tym zakresie zastępowany przez Izbę.

W związku z tym, że Izba nakazała zamawiającemu ponowne przeprowadzenie postępowań wyjaśniających, zarówno w zakresie zaoferowanej ceny, jak i braku podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p., należało oddalić wnioski dowodowe odwołującego złożone w celu wykazania tychże okoliczności, jako że będą one jeszcze przedmiotem badania przez zamawiającego.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

