

Sygn. akt: KIO 1226/21

**WYROK**  
**z dnia 9 czerwca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**           **Ewa Sikorska**

**Protokolant:**               **Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 4 czerwca 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2021 roku przez wykonawcę **Gross Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Tauron Dystrybucja Spółka akcyjna w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **J. P.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

**orzeka:**

1.       uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Tauron Dystrybucja Spółka akcyjna w Krakowie**:

– w zakresie zadania 4 - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy **J. P.** i dokonanie ponownej oceny ofert;

- w zakresie zadania 9 – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej, oferty, wezwanie wykonawcy **J. P.** do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących

wyliczenia ceny lub kosztu, na podstawie art. 90 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.);

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Tauron Dystrybucja Spółka akcyjna w Krakowie** i wykonawcę **Gross Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i :

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gross Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego - **Tauron Dystrybucja Spółka akcyjna w Krakowie** na rzecz wykonawcy **Gross Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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**

Zamawiający – Tauron Dystrybucja SA w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze działania Tauron Dystrybucja SA Oddziały w Jeleniej Górze, Legnicy, Wałbrzychu i we Wrocławiu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 25 kwietnia 2021 roku wykonawca Gross Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego i zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy, polegających na:

1. Braku odrzucenia oferty wykonawcy PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, składającego oferty na zadania nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), a nadto została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy P.z.p.);
2. Braku wykluczenia z postępowania wykonawcy PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, składającego oferty na zadania nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nadto, który w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w postaci prowadzenia prac w okresie ostatnich trzech lat, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy P.z.p.);
3. Braku odrzucenia oferty PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, składającego oferty na zadania nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, która w zakresie zadań nr 4, 9 i 11 zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p.);
4. Wyborze jako najkorzystniejszej oferty dla zadań nr 4, 9 i 11 wykonawcy PHU TELBUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, którego oferta podlegała odrzuceniu;

5. Zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zadaniach 4, 9 i 11 spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Brak odrzucenia oferty Wykonawcy PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, składającego oferty na zadania nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postaci:

a. niespełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej, polegającej na wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – wykonywaniu usługi wycinki drzew i krzewów, podrostów i gałęzi w pasach czynnych linii elektroenergetycznych nN, SN, WN, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, z podaniem ich wartości, przedmiotu (zakresu rzeczowego) dat wykonywania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane, o łącznej wartości (w odniesieniu do wykonawcy PHU TEL-BUD J. P.) 5.340.000,00 zł (3.1.1.3 s.i.w.z.), albowiem wykonawca przedstawił nierzetelne i wprowadzające w błąd zaświadczenie w zakresie wykonanych usług, na rzecz PKP Energetyka S.A., w odniesieniu do zadania nr 4, które w rzeczywistości nigdy nie zostały przez wykonawcę wykonane;

b. Niespełnienia warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej polegającego na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (3.1.1.2. s.i.w.z.) i w konsekwencji niewypełnienia obowiązku przedstawienia opłaconej polisy (brak dowodu opłaty) zgodnie z 3.3.8 w zw. z 3.4.1 s.i.w.z., a nadto została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy P.z.p.);

2. braku wykluczenia z postępowania wykonawcy PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, składającego oferty na zadania nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, który:

a. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej poprzez przedstawienie opłaconej polisy, zgodnie z 3.3.8 w zw. z 3.4.1 s.i.w.z.;

b. nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej poprzez przedstawienie nierzetelnych i wprowadzających w błąd oświadczeń i zaświadczeń (referencji) w zakresie przeszłych usług realizowanych w ramach wycinki drzew i krzewów w zakresie zadania nr 4 poprzez przedstawienie co najmniej nierzetelnego lub wręcz nieprawdziwego zaświadczenia z PKP Energetyka S.A., zgodnie z 3.4.2 s.i.w.z.; a nadto, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, poprzez

przedstawienie nierzetelnych i wprowadzających w błąd oświadczeń i zaświadczeń (referencji) w zakresie przeszłych usług realizowanych w ramach wycinki drzew i krzewów odnośnie zadania nr 4 poprzez przedstawienie co najmniej nierzetelnego lub wręcz nieprawdziwego zaświadczenia z PKP Energetyka S.A, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 p.z.p.);

3. braku odrzucenia oferty PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, składającego oferty na zadania nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9,10, 11, 12, która w zakresie zadań nr 4, 9 i 11 zawiera rażąco niską cenę, a która na żądanie zamawiającego, nie została przez wykonawcę w sposób rzetelny, wyczerpujący i poparty dowodami wyjaśniona, co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń i uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p.).

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 4, 9 i 11;
2. odrzucenie oferty Wykonawcy PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, składającego oferty dla zadania nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9,10, 11, 12, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy P.z.p.);
3. wykluczenie z postępowania wykonawcy PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nadto, który w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w postaci prowadzenia prac w okresie ostatnich trzech lat, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy P.z.p.);
4. odrzucenie oferty Wykonawcy PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, składającego oferty dla zadania nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9,10, 11, 12, która w zakresie zadania nr 4, 9 i 11 zawiera rażąco niską cenę;
5. dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej w zadaniach nr 4, 9 i 11, spośród ofert nie podlegających wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w postaci opłaty od odwołania oraz kosztów zastępstwa adwokackiego lub radcowskiego, jeżeli takie powstaną.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. zeznań świadków:
  - a. S. D., adres do doręczeń: ul. Tulipanów 1, 46-048 Zębowice, e- mail: s.@wp.pl, tel: 601845401, na okoliczność ustalenia rzetelności oświadczeń składanych przez Wykonawcę PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20 w zakresie posiadanej zdolności zawodowej lub technicznej, w tym wprowadzenia w błąd zamawiającego odnośnie usług wykonanych przez wykonawcę na rzecz PKP Energetyka S.A. w sposób świadomy lub na skutek rażącego niedbalstwa;
  - b. R. M., adres do doręczeń: PKP Energetyka S.A. EZSZ 6 Jelenia Góra, ul. Krakowska 27, 58-500 Jelenia Góra, na okoliczność ustalenia, czy wykonawca PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20 wykonywał usługi na rzecz PKP Energetyka S.A. w zakresie określonym w referencjach z dnia 08 kwietnia 2019 r. oraz za kwoty wskazane w treści referencji, rzetelności sporządzenia przedmiotowych referencji;
2. Dokumentów:
  - a. Polisy Wykonawcy PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20 (bez dołączonej opłaty) na okoliczność niespełniania przez Wykonawcę warunku zdolności finansowej i ekonomicznej;
  - b. Oświadczenia Wykonawcy PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20 złożonego na druku Załącznika nr 3 w zakresie zadania nr 4 na okoliczność złożenia przez Wykonawcę oświadczeń w sposób świadomy wprowadzających w błąd lub nierzetelnych;
  - c. Referencji wystawionych przez PKP Energetyka S.A. z dnia 08 kwietnia 2019 r. na okoliczność nieprawdziwych informacji zawartych w przedmiotowym dokumencie;
  - d. Pisma wykonawcy z dnia 02 kwietnia 2021 r. na okoliczność ustalenia, że wykonawca nie udowodnił, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny;
3. Zwrócenie się przez Izbę do PKP Energetyka S.A., ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa, z zapytaniem, czy Wykonawca PHU TEL-BUD J. P., z siedzibą w Wałbrzychu, ul. Wańkowicza 20, w związku z wykonaną usługą wykonania korekcyjnej wycinki gałęzi, krzewów, podrostów, wycinki drzew wzdłuż trakcji kolejowej i liniach 20 kV Potrzeb Nietrakcyjnych wystawił faktury do zapłaty przez PKP Energetyka S.A. (ESZS 6 Jelenia Góra) na kwoty: 261.000,00 zł w 2016 r., 300.000,00 zł w 2017 r., 910.000,00 zł w okresie od 2017 r. do 2019 r.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 4 czerwca 2021 roku odwołujący doprecyzował żądania odwołania w taki sposób, że domaga się wykluczenia wykonawcy J. P. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w zakresie zadań 4, 9 i 11.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 czerwca 2021 roku wniósł o:

- I. oddalenie Odwołania w całości;
- II. dopuszczenie i przeprowadzenie poniższych dowodów na okoliczności wskazane
- (a) s.i.w.z. (w aktach);
  - (b) Pisma zamawiającego do wykonawcy Tel-Bud z dnia 9 marca 2021 r. wraz ze zrzutem ekranu z platformy zakupowej TAURON potwierdzającym datę wysłania pisma do Tel-Bud (Załącznik nr 4);
  - (c) Zrzutu ekranu z platformy zakupowej TAURON potwierdzającego datę przesłania przez Tel-Bud dokumentów zamawiającemu w dniu 19 marca 2021 r. (Załącznik nr 5);
  - (d) Zrzutu ekranu z platformy zakupowej TAURON potwierdzającego korespondencję pomiędzy odwołującym i zamawiającym w zakresie udostępnienia dokumentów (Załącznik nr 6);
  - (e) Pisma zamawiającego — wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. wraz ze zrzutem ekranu z platformy zakupowej TAURON potwierdzającym datę i godzinę zwrócenia się do wykonawcy (Załącznik nr 7)
  - (f) Dokumentów uzupełnionych przez wykonawcę Tel-Bud w dn. 12 kwietnia 2021 r. wraz ze zrzutem ekranu z platformy zakupowej TAURON (Załącznik nr 8);
- III. pominięcie zawartych w odwołaniu wniosków dowodowych, w szczególności pominięcie wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków S. D. i R. M. oraz pominięcie wniosku o przeprowadzenie dowodu z dokumentu referencji wystawionych przez PKP Energetyka S.A. z dnia 8 kwietnia 2019 r. i oświadczenia wykonawcy Tel-Bud, złożonego na druku Załącznika nr 3 w zakresie zadania nr 4 w dniu 19 marca 2021 r.;
- IV. pominięcie wniosku odwołującego o zwrócenie się przez Izbę do PKP Energetyka S.A., o ustalenie informacji wskazanych w odwołaniu;
- V. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z przedłożonym rachunkiem (fakturą VAT).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca J. P. (dalej także: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze działania TAURON Dystrybucja S.A. Oddziały w Jeleniej Górze, Legnicy,

Wałbrzychu i we Wrocławiu”, nr postępowania: 2020/TD-CN/TD-CN/02598/S, które zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2020/S 252-637832 z dnia 28 grudnia 2020 r..

Zamawiający określił w s.i.w.z. warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, jakie powinni spełniać wykonawcy, które obejmowały m.in. wykazanie, że wykonawca wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych — wykonuje usługi wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasach czynnych linii elektroenergetycznych nN, SN, WN, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu (zakresu rzeczowego), dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane (odbiorców) oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż kwoty wskazane w pkt 3.1.1.3 lit. a si.w.z.

W dniu 9 marca 2021 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego, który złożył ofertę najkorzystniejszą ofertę w zadaniach nr 4, 9 i 11, o złożenie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. z 2004 r. oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.8 s.i.w.z. w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie zadania nr 4,9,11.

W dniu 19 marca 2021 r. przystępujący przesłał zamawiającemu żądane dokumenty. W zakresie zadania 4 przystępujący wykazał realizację wykonania korekcyjnej wycinki gałęzi, krzewów, podrostów, wycinki drzew wzdłuż trakcji kolejowej i liniach 20 kV Potrzeb Nietrakcyjnych. Przystępujący złożył referencję z dnia 8 kwietnia 2019 roku wystawioną przez PKP Energetyka, z której wynika, że:

*PKP Energetyka SA Sekcja Zasilania Elektroenergetycznego w Jeleniej Górze ul Krakowska 27 zaświadcza, że firma PHU TEL-BUD J. P. mająca siedzibę w Wałbrzychu ul. Wańkowicza 20 wykonała prace w pobliżu urządzeń elektroenergetycznych polegającą na wykonaniu korekcyjnej wycinki gałęzi, krzewów, podrostów, wycinki drzew wzdłuż trakcji kolejowej i liniach 20kV Potrzeb Nietrakcyjnych.*

*Usługa była realizowana :*

- lipiec 2016 do wrzesień 2016 na kwotę 261 tys.*
- czerwiec 2017 do wrzesień 2017 na kwotę 300 tys.*
- wrzesień 2017 do luty 2019 na kwotę 910 tys.*

*Potwierdzam , że usługa została wykonana z należyłą starannością zgodnie z obowiązującymi przepisami, przyjętymi do stosowania normami technicznymi a jej jakość oceniam jako dobrą co pozwala polecić firmę Tel-Bud innym inwestorom.*



W dniu 7 kwietnia 2021 r. (godz. 03:22) zamawiający udostępnił ww. dokumenty odwołującemu, na jego wniosek.

W tym samym dniu, tj. 7 kwietnia 2021 r., o godz. 14:14, zamawiający zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do przystępującego o uzupełnienie dokumentów w zakresie dokumentów wymaganych w pkt 3.4.2. lit. a s.i.w.z.

Zamawiający wskazał, że w wykazach usług dla zadania 4, 9 i 11 wskazano usługi, które nie spełniają wymogu kwotowego oraz terminowego, tj. wykonania usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Przystępujący przedłożył w dniu 12 kwietnia 2021 r. następujące dokumenty:

- dla zadania nr 4 - wykaz wykonanych usług obejmujący wykonanie wycinki drzew i krzewów przy czynnych liniach energetycznych nN, SN, WN, na kwotę 779 000 zł netto, tj. 841 320,00 zł brutto, w okresie od 5 sierpnia 2019 r. do 28 grudnia 2020 r. i referencje od AER Sp. z o.o.;
- dla zadania nr 9 - wykaz wykonanych usług obejmujący wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, porostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych WN na obszarze działania TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Legnicy w okresie 25 lipca 2016 do 31 grudnia 2019 r. na kwotę 1 900 000,00 zł, w tym okresie od marca 2018 do grudnia 2019 r. na kwotę 820 800 zł brutto wraz z protokołami odbiorów i fakturami oraz obejmujący wykonanie ścink drzew i krzewów w pasach czynnych linii energetycznych nN na rzecz Zakładu Usług Leśnych H. K., w okresie 3 lutego 2020 r. do 29 stycznia 2021 r. na kwotę 673 585,19 zł netto, tj. 727 472,00 zł brutto oraz referencje od tego podmiotu;
- dla zadania nr 11 - wykaz wykonanych usług obejmujący m.in. wycinkę gałęzi i porostów przy czynnych liniach napowietrznych liniach oświetleniowych wraz z protokołem odbioru prac wykonanych dla ZDKiUM Wałbrzych, na kwotę 525 320,12 zł netto, tj. 567 345,73 zł brutto, w okresie od 11 czerwca 2018 r. do 26 kwietnia 2019 r., wraz z referencjami.

Dla obliczenia kwoty referencyjnej dla posiadanego przez wykonawcę doświadczenia na potrzeby nin. postępowania powinny być brane pod uwagę wartości brutto usług zrealizowanych w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a zatem licząc od 23 lutego 2018 r. do 23 lutego 2021 r. Zsumowanie kwot brutto łącznie daje kwotę 2 956 937,73 zł (841 320,00 zł + 820 800 zł + 727 472,00 zł + 567 345,73 zł).

W postępowaniu zamawiający określił w pkt 3.1.1 oraz 3.4. s.i.w.z., że w odniesieniu do dokumentów dotyczących ubezpieczenia, będzie żądał od wykonawców następujących dokumentów:

31.1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i ust. 5 ustawy P.z.p., z

zastrzeżeniem art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., oraz spełniają warunki, określone na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p., które zgodnie z art. 22 ust. 1b dotyczą:

#### 3.1.1.2 Sytuacji ekonomicznej lub finansowej

Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeżeli wykonawca wykaże, że: posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z Przedmiotem Zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż równowartość zgodnie z poniższą tabelą (...).

W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie, zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeśli Wykonawca udowodni posiadanie polisy OC lub innego dokumentu potwierdzającego, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej o wartości nie niższej niż określona dla zadania, dla którego wymagania są wyższe. Z kolei, zgodnie z pkt 3.4.1 s.i.w.z.:

3.4 W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p., Wykonawca powinien przedłożyć następujące dokumenty/oświadczenia:

3.4.1 W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 3.1.1.2: a) Opłacona Polisa a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Przystępujący przedłożył, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, dokument polisy nr 1057244838 na okres od 15 lutego 2021 r. do 14 lutego 2022 r. Na polisie widnieje informacja o płatności składki w 4 ratach, przy czym termin zapłaty pierwszej składki ustalony był na dzień 1 marca 2021 roku.

Cena zaoferowana przez przystępującego dla zadania 9 była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Pismem z dnia 30 marca 2021 roku zamawiający skierował do przystępującego pismo następującej treści:

*TAURON Dystrybucja S.A. – Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (dalej „p.z.p.”) niniejszym zwraca się do Wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta Wykonawcy złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*Zaofferowana przez Wykonawcę cena oferty brutto wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, ponieważ jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert – dla zadania 9.*

*Wobec powyższego, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaofferowana cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 p.z.p.*

*Zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p., Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Pismem z dnia 2 kwietnia 2021 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

*W nawiązaniu do treści pisma znak DW/WZA/AL./90 (7)/159/2021 z dnia 30.03.2021r. wzywającego do rażąco niskiej ceny uprzejmie informuję, że w ocenie Wykonawcy przedstawiona cena ofertowa, która wynosi 2 688 984,00 zł brutto nie stanowi rażąco niskiej ceny.*

*Powyższe ma uzasadnienie w tym, że przy wycenie Wykonawca uwzględnił wszystkie czynniki mające wpływ na wysokość ceny ofertowej, w tym pełen zakres usług, który jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia.*

*Wykonawca pragnie zauważyć, że zrealizował dla TAURON Dystrybucja S.A. umowę nr 2016/TD-OLG/TD-OLG/01683/L na serwisową usługę wycinki drzew pod liniami WN i SN w oddziale Legnica, za kwotę 2 052 000,00 zł brutto uzyskując przy tym zysk na poziomie 15%. Wykonawca informuje, że w trakcie realizacji ww. umowy zdobył wszelkie informacje geodezyjne, mapy, przebieg linii inwentaryzacji, kontaktów do właścicieli gruntów. Znany wszelkie procedury uzgodnień wycinek na terenach Lasów Państwowych, co pozwala na zaofferowanie takiej, a nie wyższej kwoty ofertowej. Firma nasza otrzymała referencje za wykonane usługi, które to zostały dołączone do oferty. Pragnę zauważyć, że podczas ww. umowy nie została naliczona przez Zamawiającego żadna kara za nieprzestrzeganie zasad BHP oraz żadna inna kara umowna, wynikająca z treści umowy.*

*Wykonawca w swojej cenie ofertowej uwzględnił fakt posiadania przez nas w pełni skompletowanego, wysokiej jakości sprzętu potrzebnego do realizacji niniejszego zamówienia, który jest własnością Wykonawcy (bez jakichkolwiek kredytów, pożyczek czy leasingów), co ma duże przełożenie na wysokość oferowanej ceny.*

Wykonawca również uwzględnił w cenie ofertowej koszty utrzymania swoich wyspecjalizowanych pracowników, którzy będą bezpośrednio uczestniczyć w realizacji niniejszego zamówienia, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, potrzebnych do realizacji usługi, która zostanie zrealizowana na najwyższym poziomie.

Wykonawca poniżej przedstawia Zamawiającemu informację na temat wynagrodzenia swoich pracowników, tj.

- osoba z uprawnieniami (świadectwo kwalifikacyjne „E” do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci w zakresie urządzeń, instalacji i sieci o napięciu znamionowym powyżej 1 kV) : miesięczne wynagrodzenie kształtuje się w granicach 4 500,00 zł brutto;

- arborysta posiadający odpowiednie kwalifikacje zawodowe: miesięczne wynagrodzenie kształtuje się w granicach 4 000,00 - 4 500,00 zł brutto.

Powyższe wynagrodzenie pracowników Wykonawcy utrzymane jest w granicach 4 500,00 zł brutto (w załączeniu umowa z pracownikiem), tj. powyżej minimalnego wynagrodzenia za pracę, pamiętając przy tym o odprowadzaniu wszelkich stosownych składkach, które są wymagane prawem polskim.

Wykonawca nadmienia, że zgodnie z treścią oferty (oświadczenie — załącznik nr 1 do SIWZ) pkt. 7 cały zakres usług zostanie zrealizowany siłami własnymi, bez pomocy podwykonawców, co przyczyni się do szybkiej i sprawnej realizacji usług, ponieważ Wykonawca zatrudnia i gwarantuje wysoko wyspecjalizowaną i doświadczoną kadrę, która w sposób fachowy i terminowy zrealizuje zakres usług zgodny z zapisami SIWZ, co ma bardzo duże przełożenie na cenę ofertową.

Ponadto, Wykonawca pragnie zauważyć, że zaoferowana cena jednostkowa przedstawiona na zadaniu 9 tj. 3 184,87 zł brutto, jest bardzo porównywalna w stosunku do ceny jednostkowej przypisanej innym zadaniom, na które została złożona oferta, np. - zadanie 1 — cena jednostkowa — 3 939,18 zł brutto

- zadanie 4 — cena jednostkowa — 3 776,83 zł brutto
- zadanie 7 — cena jednostkowa — 2 695,74 zł brutto
- zadanie 8 — cena jednostkowa — 3 174,08 zł brutto
- zadanie 11 — cena jednostkowa — 3 178,76 zł brutto

Mając na uwadze powyższe Wykonawca w zadaniu nr 9 przedstawił cenę jednostkową, która (zgodnie z w/w zestawieniem) jest bardzo zbliżona do kwot ujętych w innych zadaniach i zdaniem Wykonawcy absolutnie nie tworzy rażąco niskiej ceny ofertowej.

Wykonawca zapewnia, że nie dokonał niedoszacowania ceny ofertowej. Cena ofertowa była starannie przeanalizowana i skalkulowana wielokrotnie za pomocą doświadczonych specjalistów, przy uwzględnieniu powyższych czynników, pamiętając również o zysku przysługującym Wykonawcy na poziomie 15 %. Jesteśmy Wykonawcą, który poprzez swoje

*nabyte doświadczenie potrafi racjonalnie dokonać wyceny robót, nie nadszarpując zbytnio budżetu Zamawiającego, a nawet przynoszącym oszczędności, o czym świadczą liczne przez nas postępowania przetargowe.*

*Reasumując, Wykonawca zapewnia, że zaoferowana cena w zupełności jest kwotą adekwatną do zakresu usług przedstawionych przez Zamawiającego i pozwoli na zrealizowanie przedmiotu zamówienia w sposób rzetelny.*

W przypadku zadań nr 4 i 11, cena zaproponowana przez przystępującego nie była o więcej niż 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie tych zadań.

W dniu 24 kwietnia 2021 roku odwołujący, na podstawie art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 roku (Dz. U. Nr 112, poz. 1198) zwrócił się do PKP Energetyka SA w Warszawie z wnioskiem o udzielenie następujących informacji:

1. Czy PHU „TEL-BUD” J. P. (...) wykonywał prace w pobliżu urządzeń elektroenergetycznych polegające na wykonaniu korekcyjnej wycinki gałęzi, krzewów, podrostów, wycinki drzew wzdłuż trakcji kolejowej i liniach 20 kV Potrzeb Nietrakcyjnych?
2. W jakim okresie była realizowana usługa?
3. Czy PHU „TEL-BUD” J. P. (...), w związku z wykonaną usługą wystawił faktury na kwoty:
  - 261.000,00 zł w 2016 r.;
  - 300.000,00 zł w 2017 r.;
  - 910.000,00 zł w okresie od 2017 r. do 2019 r.?

*Jeżeli tak, to proszę o wskazanie w jakich datach zostały wystawione przedmiotowe faktury i w jakich zapłacone?*

W odpowiedzi na ww. wniosek PKP Energetyka pismem z dnia 12 maja 2021 roku poinformowała, że firma PHU „TEL-BUD” J. P. (...) w okresie od 2016 roku do 2019 roku nie wykonywała prac w pobliżu linii energetycznych polegających na korekcyjnej wycince drzew i krzewów.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest częściowo zasadne.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie wnoszone jest po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm.) - dalej: nP.z.p.

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

Izba uznała za zasadny zarzut braku wykluczenia z postępowania przystępującego, który nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej poprzez przedstawienie nierzetelnych i wprowadzających w błąd oświadczeń i zaświadczeń (referencji) w zakresie przeszłych usług realizowanych w ramach wycinki drzew i krzewów w zakresie zadania nr 4 poprzez przedstawienie co najmniej nierzetelnego lub wręcz nieprawdziwego zaświadczenia z PKP Energetyka S.A., zgodnie z 3.4.2 s.i.w.z.; a nadto, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, poprzez przedstawienie nierzetelnych i wprowadzających w błąd oświadczeń i zaświadczeń (referencji) w zakresie przeszłych usług realizowanych w ramach wycinki drzew i krzewów odnośnie zadania nr 4 poprzez przedstawienie co najmniej nierzetelnego lub wręcz nieprawdziwego zaświadczenia z PKP Energetyka S.A, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy P.z.p.).

Izba przeprowadziła dowód z wykazu wykonanych przez przystępującego usług w zakresie zadania 4 z dnia 19 marca 2021 roku, referencji z dnia 8 kwietnia 2019 roku, wniosku odwołującego o udzielenie informacji publicznej z dnia 24 kwietnia 2021 roku, odpowiedzi PKP Energetyka z dnia 12 maja 2021 roku i stwierdziła, co następuje:

Wykaz wykonanych usług oraz referencja z dnia 8 kwietnia 2019 roku zostały złożone przez przystępującego w wyniku wezwania z dnia 9 marca 2021 roku. Następnie – w związku z kolejnym wezwaniem z dnia 12 kwietnia 2021 roku – przystępujący przedłożył nowy wykaz i nową referencję, potwierdzającą wykonanie usługi na rzecz wykonawcy AER Sp. z o.o. Odwołujący zakwestionował fakt przez przystępującego wykonania usługi wskazanej w pierwszym wykazie i potwierdzonym pierwszą referencją.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 nP.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to, że – co do zasady – najpierw odwołujący, jako podmiot podnoszący zarzuty wobec czynności zamawiającego, musi uzasadnić swoje racje. Przepisu tego nie należy jednak interpretować jako zobowiązania wyłącznie wobec odwołującego. Po tym, jak udowodni on zasadność zarzutu, ciężar dowodu zostaje przeniesiony na stronę przeciwną.

W ocenie Izby, odwołujący, za pomocą wniosku o udzielenie informacji publicznej oraz udzielonej odpowiedzi PKP Energetyka, udowodnił, że przystępujący nie wykonywał usług na rzecz tego podmiotu. Strona przeciwna (tj. zamawiający i przystępujący po jego stronie) nie złożyli dowodu, który obaliliby twierdzenia podnoszone przez odwołującego w tym zakresie, a to na nich, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodowego, spoczywał obowiązek wykazania, że argumentacja odwołującego nie znajduje podstaw. Wskazać należy, że wniosek odwołującego był złożony i wydany na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Zamawiający i przystępujący na podstawie treści odwołania wiedzieli, że odwołujący taki wniosek złożył i istnieje duże prawdopodobieństwo, że informację, którą otrzymał, złoży jako dowód w sprawie. Jeżeli – w ich ocenie – argumentacja odwołującego była sprzeczna z faktami, winni byli wskazać wnioski dowodowe wykazujące, że taka usługa była w istocie przez przystępującego wykonana. W związku z tym, że żaden dowód w tym zakresie nie został złożony, a także w związku z treścią art. 533 § 2 nP.z.p., zgodnie z którym, gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba, mając na uwadze wynika całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane, Izba uznała, że przystępujący nie wykonywał usługi na rzecz PKP Energetyka.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż argumentacja podnoszona w tym zakresie przez odwołującego jest bezprzedmiotowa, ponieważ usługa wykonywana dla PKP Energetyka nie była brana pod uwagę przy ocenie oferty przystępującego, Izba wskazuje, że fakt podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji musi być brany pod uwagę na każdym etapie oceny ofert. Wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje, wypełniając tym samym dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy P.z.p., podlega wykluczeniu z postępowania niezależnie od faktu, że w następnej kolejności podał już informacje prawdziwe. Zgodnie bowiem z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji, wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., zaś ocenie zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (tak m.in. wyrok KIO z 2.04.2015 r., KIO 526/15; wyrok KIO z 11.02.2015 r., KIO 177/15, wyrok KIO z 13.07.2015 r., KIO 1370/15). Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie

oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazany wyżej przepis ustanawia obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę w każdym przypadku, gdy spowodował on zdarzenie, o którym mowa we wskazanym unormowaniu.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

- 1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania, Izba wskazuje, co następuje:

W ocenie Izby fakt zaistnienia pierwszej przesłanki, tj. przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, został przez odwołującego wykazany za pomocą dokumentów: wniosku o udzielenie informacji publicznej oraz samej informacji zawartej w piśmie z dnia 12 maja 2021 roku.

W ocenie Izby nie ulega także wątpliwości, że wskazane przez przystępującego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem wykazać posiadaną przez odwołującego zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Co do przesłanki wykazania, że podanie nieprawdziwych informacji było wynikiem lekkomyślności czy niedbalstwa, Izba wskazuje, że wykazanie określonej postaci winy nieumyślnej jest niezwykle trudne, gdyż przystępujący w ogóle nie wypowiedział się w zakresie tego, czy przedstawione przez niego informacje były prawdziwe czy nie. Uzyskanie przez odwołującego dowodów na tę okoliczność jest mało prawdopodobne. Takie podejście ograniczałoby znacząco zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., co w ocenie Izby nie było celem ustawodawcy. Celem bowiem przepisu jest ochrona zamawiającego przed



nieuczciwym, jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy, decydując się na udział w postępowaniu, winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów.

Co do trzeciej przesłanki wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że wskazane przez przystępującego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem wykazać posiadaną przez przystępującego zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący zaoferowania przez przystępującego ceny, która nie została przez wykonawcę rzetelnie i wyczerpująco wyjaśniona, jedynie w zakresie zadania 9. Izba stwierdziła jednak, że ustalony stan faktyczny i obowiązujący stan prawny nie uzasadniają nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, ale ponowne wezwanie go do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 i nast. ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 90 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 i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W myśl ust. 1a, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Ponieważ cena oferty przystępującego była niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert o ponad 30%, czynność zamawiającego dotycząca wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia

wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Jedyne konkretne wartości, jakie podał zamawiający to wysokość wynagrodzenia pracowników. Wskazać należy, że wynagrodzenie pracownika jest jedynie jednym z elementów kosztów pracy obciążających pracodawcę. Do kosztów tych należą również składki na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy, FGŚP itp.

Przystępujący wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. posiadanie wysokiej jakości sprzętu, brak obciążeń z tytułu kredytów, pożyczek czy leasingów, zatrudnianie wykwalifikowanych pracowników, wykonanie przedmiotu zamówienia własnymi siłami itp. Wszystkie te czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi żadnymi konkretnymi kwotami. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie.

Przystępujący nie wykazał przy tym, iż wskazane wyżej okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, którzy złożyli oferty z wyższymi cenami.

W ocenie Izby fakt złożenia zbyt ogólnych i niewystraszających wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w tym konkretnym przypadku nie może być jednak podstawą do odrzucenia oferty przystępującego, bez jego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień. 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.*

Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, wzywając przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, ograniczył się wyłącznie do wskazania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Nie podał przy tym 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, co konkretnie wzbudziło wątpliwości zamawiającego. Wykonawca nie może przy tym ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie zamawiającego.

Izba uznała za bezzasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na zaferowanie przez niego rażąco niskiej ceny w zadaniach nr 4 i 11. Ceny przystępującego w tych zadaniach nie były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zatem zamawiający nie był obowiązany do wzywania przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego z powodu niespełnienia warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej polegającego na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (3.1.1.2. s.i.w.z.) i w konsekwencji niewypełnienia obowiązku przedstawienia opłaconej polisy (brak dowodu opłaty).

Zgodnie z pkt 3.4.1 s.i.w.z, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 3.1.1.2, wykonawca powinien przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku – inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Zamawiający nie żądał przedłożenia dowodu potwierdzenia opłaty polisy. Przystępujący przedłożył wymagany dokument polisy i brak jest podstaw do przyjęcia, że polisa ta nie została opłacona. Odwołujący, o ile podnosił, że przystępujący nie opłacił polisy, winien był ten fakt udowodnić. Tymczasem odwołujący zarzut nieopłacenia polisy wywodził z faktu, iż z przedłożonej przez przystępującego polisy wynikało, iż okres odpowiedzialności ubezpieczyciela rozpoczynał się wcześniej niż termin zapłaty pierwszej składki, natomiast dzień składania ofert przypadał już po dniu 1 marca 2021 roku, czyli po dniu, w którym przystępujący powinien był zapłacić pierwszą składkę.

W ocenie Izby okoliczność, iż data objęcia wykonawcy ubezpieczeniem była wcześniejsza niż data zapłaty pierwszej składki nie oznacza, że w dniu składania ofert przystępujący nie posiadał wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Objęcie wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej jest możliwe pomimo nieopłacenia polisy przed dniem, w którym rozpoczął się okres ubezpieczenia. Wniosek taki wynika z przepisów art. 814 §§ 1 i 2 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 814 § 1 K.c. jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Natomiast z dyspozycji § 2 wynika możliwość odpowiedzialności ubezpieczyciela jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty.

W sytuacji, gdy termin zapłaty polisy przypadał po dniu składania ofert, polisa ta powinna być w tym dniu opłacona. Niemniej jednak zamawiający – jak to już wyżej wskazano – nie wymagał od wykonawców przedłożenia dowodu opłaty polisy, natomiast odwołujący – o ile kwestionował fakt opłacenia polisy przez przystępującego – winien był przedłożyć dowody na tę okoliczność. W związku z tym, że taki dowód nie został przedłożony, Izba uznała podniesiony w tym zakresie zarzut za nieudowodniony.

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. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....