

Sygn. akt KIO 714/21

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 marca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez wykonawcę **ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu**

przy udziale wykonawcy **BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Gramar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołania, dotyczącego naruszenia art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez odmową udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia utajnienia dokumentów oraz dokumentów składających się na ofertę Gramar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu w postaci wykazu osób, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego ww. zarzutu.**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą 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 ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Zakładu Komunalnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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

Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa Wykonawstwa Nadzoru Inwestorskiego dla Inwestycji Budowa Stadionu Miejskiego w Opolu, wraz z parkingami oraz infrastrukturą techniczną*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 213-522153.

W dniu 8 marca 2021 r. wykonawca ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 96 ust. 3 i 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez ich błędne zastosowanie skutkujące odmową udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia utajnienia dokumentów oraz dokumentów składających się na ofertę Gramar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu, dalej „Gramar”, w postaci wykazu osób, podczas gdy dokumenty te nie zawierają informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a brak udostępnienia uzasadnienia tajemnicy uniemożliwia w ogóle weryfikację postępowania Zamawiającego w zakresie oceny tego wykonawcy pod kątem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Gramar, pomimo że podmiot ten podał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w zakresie wynagrodzenia inspektorów mających pełnić funkcję na tym zadaniu, nieprawdziwe informacje, które wprowadziły w błąd Zamawiającego i skutkowały uznaniem, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty Gramar jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona;

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i uznanie, że Gramar w ramach procedury wyjaśniającej, wykazał, że jego cena nie jest ceną rażąco niską, podczas gdy prawidłowa ocena wyjaśnień winna prowadzić do wniosku, że zaoficerowana cena jest ceną rażąco niską, a tym samym oferta podlega odrzuceniu;

4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty; udostępnienia Odwołującemu dokumentów Gramar uznanych przez Zamawiającego, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa; wykluczenia Gramar i odrzucenia jego oferty; dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający zaniechał udostępnienia wykazu osób przedłożonego przez wykonawcę Gramar, jak również samego uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tego dokumentu, zatem nie był nawet w stanie zweryfikować zasadności utajnienia dokumentów. Odnosząc się do samego wykazu, to w udostępnionych Odwołującemu dokumentach znajduje się m.in. pismo Gramar z dnia 22 lutego 2021 r., w którym przedstawia cały personel. Tym samym, co do zasady utajnieniu podlega tylko i aż informacja dotycząca spełniania warunku udziału w postępowaniu. Z brzmienia warunków udziału w postępowaniu wynika, że nie mogą to być informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem za wyjątkiem Kierownika Projektu i specjalisty ds. koordynacji/integracji systemów zabezpieczenia, pozostałe osoby musiały wykazać się doświadczeniem polegającym na pełnieniu samodzielnej funkcji w budownictwie, co oznacza, że musiały być zgłoszone do właściwych organów nadzorujących budowę i musiały widnieć we właściwych dziennikach budowy.

W ocenie Odwołującego, Gramar w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, podał nieprawdziwe informacje w zakresie stawek inspektorów nadzoru, gdyż w rzeczywistości wysokość stawek poszczególnych inspektorów, którzy mają świadczyć usługę na rzecz Gramar, jest znacznie wyższa i oscyluje w granicach 5.000 zł. Podanie rzeczywistej wysokości wynagrodzenia inspektorów powodowałaby, że wykonawca „nie zmieściłby” się w zaoficerowanej cenie, a tym samym jego wyjaśnienia wprost wskazywałyby, że zaoficerowana cena jest ceną rażąco niską.

Podanie informacji nieprawdziwych, wprowadziło w błąd Zamawiającego, co do oceny wiarygodności i rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że zaoficerowana cena nie jest ceną rażąco niską, podczas gdy zaniżenie na

potrzeby wyjaśnień faktycznej wysokości wynagrodzenia o ok. 1.500 zł netto w odniesieniu do inspektorów, powoduje niedoszacowanie oferty.

Odwołujący wskazywał, że w świetle argumentacji przedstawionej powyżej, prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień winna prowadzić do wniosku, że Gramar podał nieprawdziwe informacje w zakresie wysokości wynagrodzenia inspektorów przewidzianych do realizacji niniejszego zamówienia, a ponadto nie sprostала ciężarowi dowodowemu wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bowiem nie wykazała w żaden sposób, czy wynagrodzenie wskazane dla inspektorów ma odzwierciedlenie w złożonych przez te osoby ofertach, czy umowach cywilnoprawnych. Sam fakt, iż wynagrodzenia z Tabeli nr 2 przewyższają wysokość minimalnego wynagrodzenia narzucanego przepisami, jest okolicznością obojętną w realiach niniejszej sprawy, bowiem zgłaszając określonych inspektorów, wykonawca winien wykazać, że podane osoby będą pobierały wynagrodzenie w takiej wysokości jak w Tabeli nr 2.

W konsekwencji powyższych zarzutów, Zamawiający w sposób spreczny z Pzp dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego w dniu 10 marca 2021 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Gramar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu., dalej „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W tym samym dniu do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający pismem z dnia 18 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Następnie pismami z dnia 30 marca 2021 r. oświadczył, że uwzględnił zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W tym samym dniu również Przystępujący złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący na posiedzeniu oświadczył o braku zamiaru złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia w części odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców, wyjaśnień

rażąco niskiej ceny, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 31 marca 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 8 marca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „nPzp”.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

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

Dalej, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołania, dotyczącego art. 96 ust. 3 i 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił odwołanie w części w zakresie ww. zarzutu, a Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia części odwołania przez Zamawiającego. Stosownie do art. 522 ust. 4 nPzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. *A contrario*, Izba nie rozpoznaje odwołania w zakresie, w

jakim zamawiający uwzględnił zarzuty, a uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia tych zarzutów. Ponieważ jednak sentencja orzeczenia musi się odnosić do wszystkich zarzutów odwołania, to wobec zarzutu, uwzględnionego przez Zamawiającego, co do którego Przystępujący nie wniósł sprzeciwu, umorzono postępowanie odwoławcze.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 nPzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa wykonawstwa nadzoru inwestorskiego dla inwestycji pn. „Budowa Stadionu Miejskiego w Opolu, wraz z parkingami oraz infrastrukturą techniczną”. Zgodnie z pkt 18.3 SIWZ *Cenę oferty należy obliczyć, jako ryczałtowe wynagrodzenie złotych brutto Wykonawcy (brutto, tj.: z podatkiem VAT i innymi należnościami publicznoprawnymi zgodnie z obowiązującymi przepisami) uwzględniając zakres zamówienia określony w opisie przedmiotu zamówienia (załączniki nr 1A do SIWZ) wraz z wszelkimi kosztami dotyczącymi realizacji zamówienia, w szczególności kosztami dotyczącego samego przedmiotu zamówienia, kosztami: osobowymi, dojazdów, ubezpieczenia (w tym m.in.: ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, ewentualnie ubezpieczenia osób dokonujących wszelkich działań związanych z realizacją przedmiotu zamówienia), a także ewentualnego zapewnienia dodatkowego sprzętu niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia oraz wszelkie inne koszty związane z pełną realizacją przedmiotu zamówienia. Cenę brutto (za całość przedmiotu zamówienia) należało obliczyć poprzez dodanie do ceny netto kwoty podatku VAT, a następnie wykonawca miał podać uzyskaną wartość w złotych polskich w Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ).*

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert wpłynęło dziewięć ofert, w tym od Odwołującego, który wskazał cenę 1.661.730 zł brutto oraz Przystępującego z ceną

1.594.080 zł brutto. Przystępujący w wykazie osób podał m.in. p. P. P. jako inspektora nadzoru branży elektrycznej oraz p. T. D. jako inspektora nadzoru branży sanitarnej.

Dalej, Izba ustaliła, że zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego do złożenia w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny, przedłożyli w wyznaczonym terminie pisma wraz z załącznikami. W ramach złożonych wyjaśnień, Gramar wskazał m.in. wynagrodzenie miesięczne poszczególnych inspektorów nadzoru, podając że dla każdego z nich będzie ono wynosiło 3.500 zł netto miesięcznie.

W dniu 24 lutego 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Gramar jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że wysokość stawek poszczególnych inspektorów, którzy mają świadczyć usługę na rzecz Gramar jest znacznie wyższa i oscyluje w granicach 5.000 zł, a zniżenie na potrzeby wyjaśnień faktycznej wysokości wynagrodzenia o ok. 1.500 zł netto w odniesieniu do inspektorów powoduje niedoszacowanie oferty Gramar.

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Zamawiający zgodnie z pkt 18.3 SIWZ przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. Równocześnie jak słusznie zauważył Przystępujący, na rynku tego typu usług nie są określone minimalne „stawki”, jak np. w przypadku czynności wykonywanych przez notariusza czy radcę prawnego. Usługi będące przedmiotem zamówienia mają przede wszystkim charakter usług intelektualnych, a w konsekwencji wyceniane są przez świadczące je podmioty w zróżnicowany sposób z uwzględnieniem również aktualnej sytuacji na rynku, w tym bieżącego zapotrzebowania na tego typu usługi, wymogów zamawiającego, a także biorąc pod uwagę korzyści jakie niesie wykonywanie pracy na rynku lokalnym.

Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Gramar zostały uznane przez Zamawiającego jako wystarczające. Wobec tego ciężar dowodu wykazania, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie są wystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Izba uznała, że brak było podstaw do odrzucenia oferty, gdyż niewątpliwie wykonawca złożył wyjaśnienia, z których zamawiający wywiódł, że pokrywają koszty wykonania zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że cena oferty jest rażąco niska, tak niska, że skutkuje to brakiem możliwości wykonania zamówienia. Za rażąco niską cenę należy uznawać cenę nierealną, nieadekwatną do rzeczywistego zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, znacząco odbiegającą od cen przyjętych przez innych wykonawców, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług.

W zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty, należy rozróżnić potrzebę uwiarygodnienia podnoszonego zarzutu od ciężaru dowodowego wykazania, że zaofferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Nie jest wystarczające wskazanie ogólnikowe w odwołaniu tylko zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, ale niezbędne jest wykazanie poprzez opis stanu faktycznego i dokonane wyliczenia, że podniesiony zarzut jest uprawdopodobniony. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 listopada 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 423/18, który pozostaje aktualny w obecnym stanie prawnym, *na ofercie spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwrócony w ramach oceny zaofferowanej ceny ciężar dowodu nie zwalnia jednak strony kwestionującej realność ceny konkurenta i jego wyjaśnienia ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów. Skarżący zaproponował ogólne twierdzenia, natomiast powinien przedstawić materiał dowodowy, z którego będzie wynikać, że oferta zawierała rażąco niską cenę, a zamawiający błędnie ją ocenił.*

W niniejszej sprawie Odwołujący nie podjął próby wykazania zasadności powyższego zarzutu. Poza stwierdzeniem, że przyjęta stawka wynagrodzenia inspektorów nadzoru jest nieprawdziwa przedstawił jedynie dwa pisma, które nie dowodzą rzeczywistych stawek wynegocjowanych przez przystępującego. Odwołujący jako profesjonalista, sam ubiegający się o dane zamówienie, dysponujący szczegółową wiedzą w danej dziedzinie, znajomością postanowień SIWZ, jak i informacjami o cenie zaofferowanej przez jego konkurenta, jest w stanie zaprezentować argumentację wskazującą jak należało skalkulować cenę oferty, z uwzględnieniem jakich elementów kształtujących cenę i w jakiej wysokości, aby było za nią możliwe zrealizowanie zamówienia. Izba poddała analizie treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego pod kątem argumentacji przedstawionej w odwołaniu, uznając że brak jest podstaw do podważenia prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego. Izba stwierdziła, iż Przystępujący sprostował spoczywającemu na nim w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązkowi dowiedzenia, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Gramar, uznając że oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu w powyższym zakresie, a w konsekwencji nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którymi z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Ww. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp składa się z dwóch elementów, których łączne zaistnienie umożliwia dopiero zastosowanie przewidzianej w nim sankcji, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy. Pierwszym z nich jest wykazanie, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, drugim natomiast jest wykazanie, że powyższe mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby procedura wykazania powyższych okoliczności powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a zamawiającym. W przypadku jednak, gdy zamawiający nie poweźmie przekonania o podstawach do wykluczenia wykonawcy, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 534 ust. 1 nPzp, a także w art. 6 Kodeksu cywilnego. Odwołujący winien zatem dowieść przede wszystkim, że kwestionowana przez niego decyzja Zamawiającego, tj. zaniechanie wykluczenia Przystępującego jest nieprawidłowa. Ze swojej strony zaś Zamawiający i Przystępujący powinni dowodzić, że jest ona uzasadniona.

Tymczasem Odwołujący w swojej argumentacji nie udowodnił, iż podanie informacji w zakresie stawek inspektorów nadzoru stanowi informację nieprawdziwą, niezgodną z rzeczywistym stanem rzeczy. Na podstawie twierdzeń Odwołującego nie można przesądzić, czy mamy do czynienia z informacjami wprowadzającymi w błąd. Podkreślić należy, że Odwołujący, aby skorzystać z dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp winien wykazać w oparciu o niebudzące wątpliwości dowody, że Przystępujący przedstawił w złożonej przez siebie ofercie informacje odnośnie stawek inspektorów nadzoru, które pozostają w sprzeczności z faktami, czego zdaniem Izby nie uczynił.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Odwołującego, Izba wskazuje, że dowód nr 1 – oferta z dnia 4 marca 2021 r. – kierowana jest do Odwołującego. Z treści pisma wynika, że pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w branży elektrycznej p. P. P. skalkulował na poziomie nie niższym niż 5 000,00 zł (netto) + 23% VAT za miesiąc pełnionej funkcji, że dla tego zadania składał ofertę innym podmiotom biorącym udział w postępowaniu. Wszystkie podmioty dostały taką samą ofertę za miesiąc pełnionej czynnie funkcji inspektora nadzoru branży elektrycznej. Zakładana wartość szacowana wartość usługi 150.000 zł netto, a w przypadku zainteresowania ofertą lub w celu ustalenia szczegółów oferty prosi o kontakt. W związku z powyższym nie sposób uznać, że przedstawiona kalkulacja jest ostateczna.

Przedłożona oferta nie dowodzi również wysokości wynagrodzenia ustalonego ostatecznie pomiędzy inspektorem nadzoru branży elektrycznej a Przystępującym.

Natomiast pismo z dnia 30 marca 2021 r. wskazuje, że usługę pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego branży sanitarnej dla przedmiotowej inwestycji p. T. D. skalkulował na kwotę netto 5.500,00 zł za każdy miesiąc pełnionej funkcji, szacunkowa wartość usługi: 198.000,00 zł + VAT. Równocześnie autor pisma informował, że dla tego zadania składał ofertę innym podmiotom biorącym udział w postępowaniu i wszystkie podmioty dostały taką samą ofertę za miesiąc pełnionej czynnie funkcji inspektora nadzoru branży sanitarnej. W ocenie Izby dowód ten świadczy tylko o tym, iż p. T. D. skalkulował swoją usługę na określonym poziomie. Nie dowodzi natomiast ceny ustalonej między inspektorem nadzoru inwestorskiego branży sanitarnej a Przystępującym.

Odwołujący nie wykazał więc, iż podanie informacji w zakresie „stawek inspektorów nadzoru” stanowi informację nieprawdziwą, niezgodną z rzeczywistym stanem rzeczy. Zatem, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadny.

Reasumując, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy §9 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: