

WYROK
z dnia 10 grudnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2019 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „INODROG” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Inowrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Powiatowych w Żninie z siedzibą w Podgórzynie

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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części obejmującej zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu Zarządowi Dróg Powiatowych w Żninie z siedzibą w Podgórzynie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Dróg Powiatowych w Żninie z siedzibą w Podgórzynie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

- 3.2. zasądza od zamawiającego Zarządu Dróg Powiatowych w Żninie z siedzibą w Podgórzynie na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „INODROG” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Inowrocławiu kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Dróg Powiatowych w Żninie z siedzibą w Podgórzynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2314C od km 1+912 do km 4+500” (nr DT 2410.37.2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 września 2019 r. pod numerem 601878-N-2019. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 25 listopada 2019 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „INODROG” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Inowrocławiu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (brak wykazania wymaganego doświadczenia, środków finansowych, kwalifikacji kierownika budowy);
2. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 w zw. art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu przedstawienia (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które to informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (złożenie oświadczenia o posiadaniu wymaganego doświadczenia oraz kwalifikacji kierownika budowy, które to doświadczenie w pierwszej kolejności było wykazywane realizacją zadania „Przebudowa drogi leśnej w Leśnictwie Długi Bród” dla zamawiającego Nadleśnictwo Gołębki, które to zamówienie w sposób oczywisty nie spełniało wymogów z SIWZ, następnie po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, przedłożenie jako potwierdzenia doświadczenia dokumentów potwierdzających realizację zadania: „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535 C Łochowo-Zamość” ukończonego po upływie terminu do składania ofert w spornym przetargu);
3. art. 24 ust. 4 w zw. art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp

poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z następujących powodów: 1) poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, 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 środków dowodowych; 2) nienależytego wykonania przez wykonawcę (z przyczyn leżących po jego stronie) w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania;

4. art. 25a ust. 1 w.zw. z art. 26.ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wykonawca nie przedłożył aktualnych w toku postępowania dokumentów poświadczających spełnienie warunków do udziału w postępowaniu (w przypadku późniejszego niepotwierdzenia na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, aktualnymi oświadczeniami lub dokumentami zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, oferta podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp);
5. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust 1 pkt. 12 i 17 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie zapewnienia przez Zamawiającego przy zaskarżonej czynności zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz poprzez wybór oferty wykonawcy, która podlegała odrzuceniu jako niespełniająca wymogów SIWZ, do których każdy z wykonawców zobligowany był się zastosować (brak wykazania wymaganego doświadczenia, środków finansowych, kwalifikacji kierownika budowy), oraz jako zawierająca rażąco niską cenę (nie ma możliwości realizacji zamówienia publicznego przy założeniu cen przyjętych przez K. Budownictwo przy zachowaniu marżowości kontraktu);
6. art. 89 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2, art. 10 ust. 1 oraz art. 15 ust 1 pkt. 1 u.z.n.k. poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i wybór oferty podlegającej odrzuceniu, tj. zawierającej informacje wprowadzające w błąd co do oferowanych usług oraz zawierającej rażąco niską cenę usługi [poniżej kosztów jej wytworzenia i świadczenia);
7. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania pomimo

braku skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę K. Budownictwo tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w konsekwencji poprzez bezpodstawną odmowę udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dokonanie wyboru oferty K. Budownictwo pomimo, że działania ww. wykonawcy stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji a złożona oferta zawierała rażąco niską cenę;

8. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, mimo braku należytego wywiązania się przez wykonawcę z obowiązku złożenia wyczerpujących wyjaśnień, podpartych dowodami, na okoliczność braku stosowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, a w konsekwencji nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy K. Budownictwo i odrzucenia oferty ww. wykonawcy, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty Odwołującego. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, iż jego interes prawny doznał uszczerbku, wskutek czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu nieprawidłowej oceny i badania oferty wykonawcy K. Budownictwo oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta jest ofertą spełniającą wymagania Zamawiającego, co w konsekwencji gwarantuje uzyskanie najwyższej liczby punktów, zgodnie z kryterium oceny ofert ustanowionym przez Zamawiającego.

Na wstępie uzasadnienia odwołania w sposób szczegółowy przedstawiono stan faktyczny sprawy, przywołując m.in. treść Rozdziału XVIII SIWZ (opis kryteriów), liczbę punktów jaką uzyskały oferty Odwołującego i wykonawcy K. Budownictwo w kryteriach oceny ofert, treść Rozdziału VIII SIWZ (warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej), Rozdziału IX SIWZ (sposób dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu), Rozdziału X SIWZ (przesłanki wykluczenia), Rozdziału XI SIWZ (wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu).

Odwołujący podniósł, iż w wykazie usług, złożonym przez wykonawcę K. Budownictwo w dniu 12 listopada 2019 r. na wezwanie Zamawiającego, znalazło się zadanie „Przebudowa

drogi leśnej w Leśnictwie Długi Bród”, które nie spełniało warunków udziału w postępowaniu. Złożono także pusty wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz nie załączono informacji z banku lub SKOK potwierdzającej wysokość środków finansowych lub zdolność kredytową. Odwołujący wskazał dalej, że na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 14 listopada 2019 r., ww. wykonawca w dniu 19 listopada 2019 r. złożył wykaz robót budowlanych, gdzie znalazło się zadanie „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo – Zamość”, które zostało zakończone dopiero 30 października 2019 r., podczas gdy termin składania ofert upływał 10 października 2019 r. (powyższe wynika z załączonego wraz z wykazem protokołu odbioru końcowego robót). W konsekwencji na dzień składania oferty wykonawca K. Budownictwo nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał ponadto, iż z uwagi na fakt, że w wykazie osób jako kierownika budowy wskazano osobę, której doświadczenie obejmowało realizację zadania „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo – Zamość”, to to doświadczenie nie powinno być brane pod uwagę wobec zakończenia realizacji zadania po upływie terminu składania ofert. Odwołujący zauważył także, że złożona na wezwanie informacja z banku ING została wystawiona 19 listopada 2019 r., a zatem wykonawca nie wykazał spełnienia wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej na dzień składania ofert, tylko na dzień składania uzupełniających wyjaśnień.

Następnie Odwołujący w sposób szczegółowy omówił problematykę dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i ich aktualności, wskazując m.in. na opinię UZP „Dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp”, art. 84 dyrektywy klasycznej, art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powołując się na treść ww. opinii UZP Odwołujący podkreślił, iż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, nie wskazuje wprost na jaki moment mają być aktualne dokumenty uzupełniane. Zasadnym natomiast jest, ażeby aktualność uzupełnianych oświadczeń lub dokumentów była powiązana z „aktualnością” rozumianą odpowiednio na gruncie art. 25a ust. 1 ustawy lub art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, czyli przepisów dotyczących oświadczeń i dokumentów, co do których zachodzi konieczność ich uzupełnienia. W odniesieniu zatem do jednolitego dokumentu, oświadczeń zwykłych oraz zobowiązań z art. 22a ustawy Pzp, na etapie wstępnego badania potencjału wykonawcy, przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w ten sposób, że złożone w odpowiedzi na wezwanie w tym trybie oświadczenia lub zobowiązania winny być aktualne na dzień składania ofert (lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Oznacza to zatem, że okoliczności, które są zawarte w uzupełnianych oświadczeniach własnych (jednolity dokument lub oświadczenia zwykłe) lub uzupełnianych zobowiązaniach z art. 22a

ust. 1 ustawy Pzp, muszą potwierdzać informacje w nich zawarte najpóźniej na dzień składania ofert wniosków). a nie na dzień uzupełnienia tych dokumentów. W odniesieniu zaś do oświadczeń lub dokumentów z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (dokumenty z rozporządzenia o dokumentach) składanych w odpowiedzi na wezwanie z art.-26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, należy wskazać, że dokumenty te (a zatem także ich uzupełnienia) mają na celu potwierdzić domniemanie spełniania warunku udziału w postępowaniu (brak podstaw do wykluczenia) wyrażone w oświadczeniu własnym przez cały tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Reasumując, istotne jest by oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę, w tym na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp potwierdzały - wykazany na dzień składania ofert lub wniosków oświadczeniem wstępnym wykonawcy - nieprzerwany stan spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. W ocenie Odwołującego treść złożonych przez K. Budownictwo dokumentów powyższego wymogu nie spełnia, wobec czego potwierdza to zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a ww. wykonawca powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, a jego oferta powinna być odrzucona

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż wykonawca K. Budownictwo na etapie składania ofert utrzymywał, iż dysponuje on wymaganym doświadczeniem oraz kierownikiem budowy legitymującym się doświadczeniem wymaganym przez SIWZ. Złożone przez niego następnie wykazy wykazywały, iż ww. wykonawca nie posiada niezbędnego doświadczenia. Dodał, że po wezwaniu K. Budownictwo ujął w poprawionym wykazie zadanie, które nie było na etapie składania ofert w ogóle ukończone. Analogicznie nie wykazano kwalifikacji kierownika budowy oraz posiadania dostatecznych środków na rachunku bankowym przez cały czas trwania postępowania, od upływu terminu do składania ofert począwszy. W ocenie Odwołującego wykonawca K. Budownictwo powyższymi działaniami potwierdził, iż na dzień 10 października 2019 roku nie spełniał wymogów stawianych przez SIWZ, a składając oświadczenia nie polegające na prawdzie, wprowadził Zamawiającego w błąd, doprowadzając do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż wykonawca K. Budownictwo posiada w swoim dotychczasowym doświadczeniu zawodowym niejednokrotnie przypadki nienależytego wykonania robót budowlanych, do czego wprost się przyznaje w treści złożonych wyjaśnień w ramach procedury samooczyszczenia. Szczególną uwagę Odwołujący zwrócił na zadanie „Modernizacja dróg powiatowych - nakładki bitumiczne o gr. 5 cm” realizowane na rzecz Zamawiającego - Zarządu Dróg Powiatowych w Żninie. Jak wynika wprost z treści protokołu odbioru końcowego z dnia 22 listopada 2017 roku, roboty zostały odebrane z wadą istotną, za pomniejszonym

wykonawcy wynagrodzeniem. K. Budownictwo, wbrew przedkładanym dokumentom WZ, nie wbudował wymaganej ilości mieszanki mineralno-bitumicznej oraz nie położył wymaganej SIWZ grubości warstwy (nakładki bitumiczne 5 cm, podczas gdy K. Budownictwo, w zależności od odcinka drogi, położył warstwę od 28,5 mm do 36,6 mm). Ilość wbudowanej przez K. Budownictwo masy mieszanki mineralno-bitumicznej wynosiła odpowiednio od 57% do 73,20% wymaganej SIWZ ilości mieszanki do wbudowania. Zdaniem Odwołującego powyższe poddaje w wątpliwość rzetelność działań Zamawiającego, który to nie odrzucił oferty wykonawcy, mimo że nienależyte wykonanie umowy w trybie Pzp było dla niego faktem notoryjnie znanym (ten sam Zamawiający w obu przetargach).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 25a ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z orzecznictwem KIO oraz komentarzami do przepisów ustawy Pzp, w przypadku późniejszego niepotwierdzenia na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, aktualnymi oświadczeniami lub dokumentami zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, oferta podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się m.in. na orzeczenia Izby z dnia 21 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1337/17, z dnia 6 marca 2017 r., sygn. akt KIO 312/17, z dnia 30 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 117/17, z dnia 24 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 50/17.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jest zobowiązany do respektowania zasad udzielania zamówień publicznych na każdym etapie postępowania. Zdaniem Odwołującego wybór oferty, która powinna podlegać odrzuceniu narusza zasady zawarte w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp (powołał się na uchwałę KIO z dnia 18 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 66/15).

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył także art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Zwrócił uwagę na kwestię zasady jawności postępowania oraz szczegółowo umówił warunki skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał, że nie udostępniono mu treści uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę K. Budownictwo ani treści tych wyjaśnień.

W jego ocenie wykonanie przez K. Budownictwo w sposób należyty przedmiotu zamówienia bez zastosowania rażąco zaniżonych, nierealnych rynkowo cen (w szczególności uwzględniając rozkład ceny wykonania zadania wg etapów na 2019 i na 2020 rok), jest niemożliwe. Po przeanalizowaniu kosztorysu K. Budownictwo Odwołujący wskazał, iż w

postępowaniu i udzielenie zamówienia zgłosił Zamawiającemu następujące uwagi do poszczególnych kalkulacji cen jednostkowych.

W zakresie pozycji 15 kosztorysu: Podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem $R_m=2,5$ MPa o grubości po zagęszczeniu 25 cm, Stabilizacja metodą mieszania w mieszarkach stacjonarnych, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z Szczegółową Specyfikacją Techniczną (SST) oraz opisem pozycji kosztorysowej, mieszankę z gruntu stabilizowanego cementem należy wykonać w betoniarni i dowieźć transportem kołowym na teren budowy, rozłożyć ją na projektowaną grubość oraz zagęścić ją. Wykonawca K. Budownictwo wycenił tę pozycję na 22,50 zł za wykonanie 1 m² podbudowy grubości 25 cm (tj. 0,25 m). Po podzieleniu ceny jednostkowej przez grubość warstwy otrzymamy koszt wykonania 1 m³ stabilizacji, tj. $22,50 \text{ zł/m}^2 : 0,25 \text{ m} = 90,00 \text{ zł/m}^3$. Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego, należy zastosować mieszankę o wytrzymałości na ściskanie klasy C3/4 (od 3 do 4 MPa) oraz o uziarnieniu 0/31,5 (co oznacza, że w swoim składzie musi posiadać kruszywo o wielkości ziaren od 0 mm do 31,5 mm). Aktualne normy oraz wytyczne dotyczące projektowania mieszanek betonowych określają tak zwane krzywe uziarnienia obrazujące ilość poszczególnych frakcji kruszywa (czyli grupy ziaren o wymiarach ograniczonych dwoma kolejnymi sitami specjalistycznego, znormalizowanego zestawu do badania krzywej uziarnienia kruszywa] w gotowej mieszance stabilizacji. Mieszanka gruntu stabilizowanego cementem 0/31,5 musi posiadać w swoim składzie około 50% mieszanki kruszywa o uziarnieniu 0/31,5 mm. Takim kruszywem ze względu na bliskość kopalni wapienia najczęściej jest mieszanka wapienno żwirowa o uziarnieniu 0/31,5 mm. Koszt zakupu takiej mieszanki pochodzenia osadowego wynosi około 36 zł/t, co oznacza, że przy gęstości 2,2 t/m³ jej koszt zakupu za 1 m³ wynosi odpowiednio $36,00 \text{ zł/t} \cdot 2,2 \text{ t/m}^3 = 79,20 \text{ zł/m}^3$. Odwołujący wskazał, iż w 1 m³ gotowej mieszanki gruntu stabilizowanego cementem powinno znajdować się około 0,5 m³ mieszanki kruszywa 0/31,5 o wartości 39,60 zł. Zgodnie z SST minimalna zawartość cementu w mieszance gruntu stabilizowanego cementem powinna wynosić 3%. Przy cenie zakupu 315 zł/t oraz gęstości cementu 3,15 t/m³ (co daje $315,00 \text{ zł/t} \cdot 3,15 \text{ t/m}^3 = 992,25 \text{ zł/m}^3$) wartość cementu potrzebna do wyprodukowania 1 m³ gotowego wyrobu wynosi $992,25 \text{ zł/m}^3 \cdot 0,03 \text{ m}^3 = 29,78 \text{ zł}$. Przy cenie transportu 85 zł/h dla tzw. łódek (czyli pojazdów mogących przewieźć około 24 t lub 10 m³ materiałów budowlanych) koszt transportu 1 m³ od bazy K. Budownictwo (około 10 km) przy założeniu, że czas przejazdu będzie wynosił około 30 m (baza-budowa-baza) oraz czas załadunku i rozładunku wyniesie następne 30 minut, będzie wynosił około 8,5 zł/m³.

W opinii Odwołującego oznacza to, że łączny koszt wspomnianych materiałów budowlanych oraz transport mieszanki do miejsca jej wbudowania wynosi już 77,88 zł/m³. Przy cenie 90 zł/m³ na pozostałe składniki mieszanki (około 47% składu mieszanki), jej

produkcję oraz jej ułożenie pozostałoby 12,12 zł/m³. Dla przykładu tona zakupu piasku, który mógłby stanowić dalsze 47% składu projektowanej mieszanki z gruntu stabilizowanego cementem wynosi 9,00 zł/t, co oznacza, że wartość pozostałego składu mieszanki wynosi około 7,61 zł/m³. Jak widać na sam proces produkcji mieszanki w węźle betoniarskim oraz na wbudowanie K. Budownictwo nie ma już środków i nie ma możliwości prawidłowego wykonania warstwy podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem o wytrzymałości C3/4 w cenie 22,50 zł/m³. Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania przedłożył Zamawiającemu ofertę jaką uzyskał na zakup mieszanki C3/4 o uziarnieniu 0/31,5 oraz ofertę na stabilizację o drobniejszym uziarnieniu i o Rm 1,5-2,5 MPa lokalnych węzłów betoniarskich, które są znacznie droższe niż wartość, jaką K. Budownictwo podała w swoim kosztorysie na kompleksowe wykonanie gotowej warstwy podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem. Odwołujący przedłożył również przykładową kalkulację składu i produkcji mieszanki (w cenie materiałów sypkich nie uwzględniono kosztów transportu do wytwórni betonu], która pokazuje, że koszt materiałów wsadowych może wynosić nawet około 100 zł/m³. Powyższe, zdaniem Odwołującego, prowadzi do wniosku, że podana cena jest rażąco niską ceną, która nie pozwala na wykonanie w sposób prawidłowy podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem o gr. 25 cm. Podobnie zaniżona została cena w pozycji 14 kosztorysu (gdzie 1m³ stabilizacji gruntu cementem wynosi 100,00 zł/m³)

W odniesieniu do pozycji 22 kosztorysu: Wykonanie frezowania nawierzchni asfaltowych na zimno, średnia grubość frezowania 4. cm, wraz z odwożeni frezu na tymczasowe składowisko wykonawcy (nadmiar na plac składowy w m. Podgórzyn), Odwołujący wskazał, iż cena jednostkowa wynosi 8,0 zł/m³, co po przemnożeniu przez kosztorysową ilość 442,0 m³ daje wartość 3.536,00 zł. 442,0 m³ destruktu bitumicznego waży około 1016,0 ton. Powstały destrukc zgodnie z warunkami przetargu należy wbudować w pobocza, pozostały niewbudowany destrukc należy odwieźć do siedziby Zamawiającego. Zgodnie ze sztuką budowlaną powstały destrukc należy i tak zeszkładować na jakimś placu i potem ponownie przewieźć go na teren budowy w celu jego wbudowania w pobocza. 1016 ton to około 43 kursów samochodami ciężarowymi w jedną stronę. Przy założeniu, że samochód będzie stał pod frezarką około pół godziny oraz że plac, na którym będą składowane frezowiny, będzie się znajdował w odległości pozwalającej na przejazd w jedną stronę w maksymalnie pół godziny otrzymamy koszt transportu równy: $43 \text{ kursy} * (0,5\text{h} + 0,5\text{h} * 2) * 85\text{zł/h}$ (przeciętna stawka w roku bieżącym za wynajem samochodu ciężarowego] = 5.482,50 zł, podczas gdy w kosztorysie K. Budownictwo wartość całej pozycji kosztorysowej wynosi 3536,00 zł. Koszt wynajmu na cały dzień frezarki wynosi minimum 8.000,00 zł. Zdaniem Odwołującego, wynika stąd, że podana cena jest ceną rażąco niską, która nie pozwala na wykonanie frezowania nawierzchni zgodnie z przy takiej ilości robót.

W odniesieniu do pozycji kosztorysowej 27 Wykonanie poboczy (pierwsze 0,5 m) z kruszywa naturalnego 0/63 o grubości warstwy po zagęszczeniu 15 cm (KN9), Odwołujący podniósł, że cena jednostkowa wynosi 2,90 zł/m². Przy założeniu, że średnia gęstość mieszanki z kruszywa o uziarnieniu 0/63mm wynosi 2,2 t/m³ oraz uwzględniając grubość warstwy 15 cm (0,15m) można przeliczyć, że koszt 1 tony wbudowanego kruszywa wynosi 2,90 zł/m²:0,15m²:2 t/m³ = 7,73 zł/t. Zdaniem Odwołującego za podaną cenę jednostkową K. Budownictwo nie ma żadnej możliwości zakupu jakiegokolwiek kruszywa. Zakładając nawet wbudowanie gruzu, koszt jego przekruszenia wynosi ok. 10-15 zł/t. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z SST kruszywo na pobocza powinno spełniać wymogi SST dla podbudowy z kruszywa. Podana cena jest rażąco niska i w żaden sposób nie zapewnia prawidłowego wykonania nawierzchni poboczy.

W odniesieniu do pozycji kosztorysowej 28 Wykonanie poboczy z mieszanki optymalnej o gr. 10 cm (KN9), Odwołujący wskazał, że cena jednostkowa ponownie wynosi 2,90 zł/m² i wynika z niej, że koszt 1 tony wbudowanego materiału wynosi 2,90 zł/m² : 0,1m : 2,0 t/m³ =14,50 zł/t. Sytuacja podobna jak w pozycji 27. Podana cena nie jest w stanie zapewnić zakupu jakiegokolwiek kruszywa do wbudowania, nie wspominając już o jego wbudowaniu i jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wskazał ponadto, iż wykonawca K. Budownictwo jednocześnie niewspółmiernie zwiększył koszty wykonania projektu tymczasowej organizacji ruchu. Analizując przetargi na wykonanie dokumentacji pełnej branży drogowej wskazana kwota 181.233,56 zł pokryłaby koszty wykonania projektu budowlanego dla odcinka drogi o długości 4-5 km. Odwołujący podkreślił, iż zdaje sobie sprawę, że K. Budownictwo może tłumaczyć się zaniżeniem kosztów poszczególnych pozycji kosztorysowych poprzez ich przesunięcie właśnie w tę pozycję kosztorysową, ale pomijając fakt, że w postępowaniu na przebudowę drogi powiatowej nr 2314 obowiązuje rozliczanie kosztorysowe (cena jednostkowa powinna zgodnie z SIWZ winna uwzględniać wszelkie niezbędne nakłady i koszty pozwalające osiągnąć cel oznaczony w umowie), to mając na uwadze, że koszty wynikające z opracowania projektu czasowej organizacji ruchu będą rozliczane jeszcze w roku 2019, fakt znacznego zawyżenia wartości tych robót jest formą bezpodstawnego uzyskania od Zamawiającego większych środków finansowych jeszcze w bieżącym roku. Odwołujący zwrócił uwagę, że o ile w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, Zamawiający miał dostęp jedynie do podstawowych, danych przedstawionych przez wykonawcę, o tyle w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego ma pełną informację dotyczącą danych przyjętych przez wykonawcę. Dlatego też, zmieni się katalog punktów, o które pytać może Zamawiający w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących rażąco niskiej ceny. Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok KIO z dnia 27 września 2012 r., sygn. akt KIO 1935/12. Odwołujący zauważył, iż

w zakresie wynagrodzenia kosztorysowego możliwość wątpliwości i pytań w tym obszarze, w kontekście rażąco niskiej ceny, jest zwiększona, bowiem Zamawiający otrzymują kompletny wykaz elementów, które posłużyły wykonawcy do wyliczenia ceny ofertowej. Dodał, że zawsze Zamawiający powinien badać cenę globalną, a badanie cen jednostkowych ewentualnie może mu pomóc w ocenie danej sytuacji. Odwołujący powołał się w tym zakresie na interpretację przyjętą przez Urząd Zamówień Publicznych.

Dalej Odwołujący podniósł, iż wskazane przez Odwołującego przykładowe ceny jednostkowe są cenami dumpingowymi, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 15 u.z.n.k. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący na etapie weryfikacji u wykonawców rażąco niskiej ceny, wniósł o przeanalizowanie przez Zamawiającego wskazanych przypadków rażąco niskich cen i wezwanie K. Budownictwo do przedstawienia szczegółowych dowodów (takich jak kalkulacje wykonania robót, produkcji czy dostarczenia materiałów budowlanych spełniających SST) oraz o zobowiązanie K. Budownictwo do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W przypadku braku udzielenia stosownych wyjaśnień i przedłożenia dokumentów potwierdzających, że realizacja umowy na warunkach wskazanych w ofercie jest gospodarczo i ekonomicznie uzasadniona, Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Odwołujący na swoje uwagi nie otrzymał jakiegokolwiek merytorycznej odpowiedzi. W jego ocenie zachodzi duże prawdopodobieństwo, iż Zamawiający poprzestał na szablonowym wezwaniu K. Budownictwo do przedłożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zaś K. Budownictwo nie wyjaśnił sposobu kalkulacji ceny i uzyskania oszczędności pozwalających na zaoferowanie ceny, która okazała się nierealna dla pozostałych wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego uzyskanie rzetelnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny było o tyle konieczne, iż w przeszłości K. Budownictwo składał już oferty zawierające rażąco niską cenę i ostatecznie nie realizował zamówień w sposób należyty. Zamawiający winien był mieć na względzie, iż za zaniżoną ceną realizacji zamówienia (w szczególności etapu II przewidzianego na 2020 rok), nie może iść w parze rękojmią należytego wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający, dysponujący środkami publicznymi, winien był taką ofertę odrzucić. Zważywszy na powyższe, Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W ocenie Odwołującego dla oceny czy oferta K. Budownictwo zawiera rażąco niską cenę, koniecznym było uzyskanie szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, uwzględniających również ustosunkowanie się do uwag Odwołującego co do cen wykonawcy, sformułowanych na etapie poprzedzającym wybór oferty K. Budownictwo. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2038/16) oraz wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2017/16. W jego ocenie cena realizacji zamówienia

zapropowana w ofercie K. Budownictwo w sposób znaczący odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia wskazanej przez Zamawiającego, jak i odbiega od cen zaproponowanych w pozostałych ofertach (przy czym Odwołujący rzetelnie wyjaśnił sposób uzyskania oszczędności pozwalających na zaproponowanie ceny ofertowej na przyjętym poziomie). Z tego powodu, Zamawiający zobowiązany był, w ocenie Odwołującego się, wszcząć rzetelne postępowanie wyjaśniające czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Poprzestanie na akceptacji ogólnikowych wyjaśnień narusza przepisy Pzp.

Zamawiający w dniu 3 grudnia 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia przez wykonawcę K. Budownictwo warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący wywodzi błędne wnioski z opinii UZP i pomija kluczowe kwestie wskazane w tej opinii w zakresie aktualności dokumentów uzupełnianych w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił m.in., że w opinii tej wskazano, iż wykonawca, który nie przedłożył stosownego oświadczenia lub dokumentu może w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożyć oświadczenie lub dokument wystawiony po upływie terminu wyznaczonego na uzupełnienie z art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Istotne jest jednak, aby środki dowodowe przedłożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie podważały zarówno domniemania prawdziwości złożonych uprzednio oświadczeń wstępnych oraz domniemania niezmienności tych okoliczności pomiędzy datą składania ofert a datą złożenia środków dowodowych. W ocenie Zamawiającego dokumenty złożone przez wykonawcę K. Budownictwo w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu na moment ich złożenia – tj. potwierdziły, że aktualne są nadal okoliczności stwierdzone w oświadczeniu, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego złożone środki dowodowe nie podważały zarówno domniemania prawdziwości złożonych uprzednio oświadczeń wstępnych oraz domniemania niezmienności tych okoliczności pomiędzy datą składania ofert, a datą złożenia środków dowodowych. Zamawiający wskazał także, iż błędne jest stanowisko, iż wykonawca zobowiązany jest legitymować się posiadaniem dokumentów według stanu obowiązującego w dniu składania ofert. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przywołał wyroki KIO o sygn. akt KIO 352/17, KIO 2249/16, KIO 366/17, KIO 2056/17, KIO 114/2018, KIO 785/17, KIO 2356/17, KIO 109/18, a także argumentację przedstawianą przez przedstawicieli doktryny w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy K. Budownictwo z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, iż zarzut ten nie został udowodniony.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty wykonawcy K. Budownictwo z treścią SIWZ, Zamawiający wskazał, iż jest on nietrafny, a Odwołujący błędnie uznał reguły niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu za podstawę do wykazania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wskazał także, że twierdzenia Odwołującego nie zostały wykazane merytorycznie ani udowodnione.

Odnosząc się do kwestii niezapewnienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Zamawiający podniósł, iż zarzut ten ma wspólny mianownik z zarzutami dotyczącymi niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, rażąco niskiej ceny, informacji wprowadzających w błąd i braku zasady jawności postępowania, które to zarzuty Zamawiający uznał za niezasadne.

Następnie Zamawiający odniósł się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy K. Budownictwo. Wskazał, iż dokonał szczegółowej analizy ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. Zaznaczył, że postawiony w odwołaniu zarzut niewspółmiernego zwiększenia kosztów wykonania projektu tymczasowej organizacji ruchu nie został udowodniony.

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

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba na posiedzeniu w dniu 6 grudnia 2019 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie (dalej jako „Przystępujący”) wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności treść SIWZ, oferty złożone w postępowaniu przez Odwołującego i Przystępującego, korespondencję prowadzoną przez

Zamawiającego z Przystępującym (wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i pisma złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na te wezwania wraz z załącznikami), informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20 listopada 2019 r. Izba wzięła pod uwagę także stanowiska Stron i Uczestnika postępowania przedstawione ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 6 grudnia 2019 roku oraz w złożonych pismach (odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie), jak również załączone do odwołania dowody w postaci dokumentów spoza dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, tj. protokół odbioru końcowego z dnia 22 listopada 2017 r. dotyczący zamówienia „Modernizacji dróg powiatowych – nakładki bitumiczne o gr. 5 cm”, a także złożone przez Przystępującego na rozprawie protokoły odbioru częściowego dla zadania „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo – Zamość”.

Izba ustaliła, co następuje:

W Rozdz. IV SIWZ Zamawiający przedstawił opis przedmiotu zamówienia, wskazując otwarty katalog robót objętych zakresem zamówienia „Przebudowa drogi powiatowej nr 2314C od km 1+912 do km 4+500”. Zamawiający poinformował wykonawców, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja projektowa, a w szczególności opis techniczny, kosztorys ofertowy i szczegółowe specyfikacje techniczne. Zamawiający wskazał ponadto, że inwestycja będzie realizowana w latach 2019/2020: Część I - zakres robót do wykonania w 2019 r. - opracowanie i zatwierdzenie projektu czasowej organizacji ruchu; Część II - zakres robót do wykonania w 2020 r. - pozostałe roboty objęte kosztorysem ofertowym.

W Rozdz. XIII SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 8.2.2. w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby wykonawca posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł. Zgodnie z pkt 8.2.3. lit. a) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał doświadczenia zawodowego w postaci wykonania należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 2 zamówień polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie drogi publicznej o nawierzchni bitumicznej z infrastrukturą około drogową na długości ciągłej minimum 2,000 km z podaniem rodzaju i zakresu robót, dokładnej wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których te roboty zostały wykonane. Wraz z załączeniem dowodów czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie w szczególności informacji o tym czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone w terminie. Z kolei zgodnie z pkt 8.2.3. lit. c) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał również odpowiedniej kadry technicznej – dysponowania przez wykonawcę kierownikiem budowy

posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności drogowej z doświadczeniem zawodowym minimum 5 letnim na stanowisku Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych w specjalności drogowej wraz z doświadczeniem w realizacji minimum 2 zamówień od rozpoczęcia do zakończenia zadania polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie drogi publicznej o nawierzchni bitumicznej z infrastrukturą około drogową na długości ciągłej minimum 2,000 km.

W Rozdz. IX SIWZ wskazano, iż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie odbywać się dwuetapowo. Etap I obejmuje ocenę wstępną której poddawani są wszyscy Wykonawcy odbędzie się na podstawie informacji zawartych w „oświadczeniu o nie podleganiu wykluczeniu” załącznik nr 3 i „oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu” załącznik nr 4 do SIWZ (art. 25a ust.1 Pzp). Etap II - ostateczne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonane na podstawie dokumentów to potwierdzających. Ocenie na tym etapie podlegać będzie wyłącznie wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą spośród tych, które nie zostaną odrzucone po analizie Oświadczeń (art. 26 ust. 2 Pzp).

W Rozdziale X SIWZ Zamawiający wskazał przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, podając m.in. że wykluczy z postępowania wykonawcę, 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 udowodnić za pomocą stosownych środków dowodowych (pkt 10.2 SIWZ), a także wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania (pkt 10.3 SIWZ).

Zgodnie z Rozdziałem XI lit. C SIWZ na wezwanie Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest złożyć:

- wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz podaniem rodzaju i zakresu robót, dokładnej wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których te roboty zostały wykonane. Wraz z załączeniem dowodów czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie w szczególności informacji o tym czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone w terminie a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty – potwierdzające spełnienie warunku opisanego w pkt. 8.2.3. ppkt. a – załącznik nr 5 (pkt

11.8 SIWZ);

- Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami – potwierdzających spełnienie warunku opisanego w pkt 8.2.3. ppkt. c – załącznik nr 6 (pkt 11.9 SIWZ);
- Informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert potwierdzające spełnienie warunku określonego w pkt. 8.2.2. (pkt 11.10 SIWZ).

Ostateczny termin składania ofert ustalony został na dzień 10 października 2019 r. W ww. terminie wpłynęły cztery oferty, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego.

Odwołujący zaoferował wykonanie całego zamówienia za kwotę 2 619 918,82 zł brutto, w tym Część I za kwotę 5 535,00 zł brutto, a Część II za kwotę 2 614 383,82 zł brutto.

Przystępujący w ofercie zadeklarował wykonanie całego zamówienia za kwotę 2 452 090,07 zł brutto, w tym Część I za kwotę 222 917,28 zł brutto, a Część II za kwotę 2 229 172,79 zł brutto. Złożył także oświadczenie wstępne, w którym potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Do oferty załączono kosztorys ofertowy, gdzie wskazano m.in.:

- dla pozycji 14 Podbudowa z gruntu stabilizowanego cementem $R_m=2,5$ MPa o grubości po zagęszczeniu 15 cm, Stabilizacja metodą mieszania w mieszarkach stacjonarnych, cenę 15,00 zł za wykonanie 1 m²;
- dla pozycji 15 Podbudowa z gruntu stabilizowanego cementem $R_m=2,5$ MPa o grubości po zagęszczeniu 25 cm, Stabilizacja metodą mieszania w mieszarkach stacjonarnych, cenę 22,50 zł za wykonanie 1 m²;
- dla pozycji 22 Wykonanie frezowania nawierzchni asfaltowych na zimno, średnia grubość frezowania 4. cm, wraz z odwożeni frezu na tymczasowe składowisko wykonawcy (nadmiar na plac składowy w m. Podgórzyn), cenę 8,00 zł za 1m³;
- dla pozycji 27 Wykonanie poboczy (pierwsze 0,5 m) z kruszywa naturalnego 0/63 o grubości warstwy po zagęszczeniu 15 cm (KN9), cenę 2,90 zł za 1m²;
- dla pozycji 28 Wykonanie poboczy z mieszanki optymalnej o gr. 10 cm (KN9), cenę 2,90 zł za 1m².

Zamawiający w dniu 15 października 2019 r. wystosował do Przystępującego wezwanie

do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, w treści którego wskazał, iż cena oferty Przystępującego jest o ponad 38% niższa od wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego i zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty dla części I (przedstawienie szczegółowej kalkulacji) i dla części II (przedstawienie elementów mających wpływ na wysokość wyliczonej ceny). W dalszej części wezwania Zamawiający wskazał, że wykonawca jest zobowiązany do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał także art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Przystępujący w dniu 21 października 2019 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami zastrzegając je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 22 października 2019 r. wystosował do Przystępującego ponowne wezwanie, w którym wskazał, iż niektóre części składowe oferty wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w odniesieniu do pozycji kosztorysowych nr 14, 15, 22, 27 i 28 dla części II. Przystępujący w dniu 25 października 2019 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami zastrzegając je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 4 listopada 2019 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia. Przystępujący z pismem z dnia 12 listopada 2019 r. złożył m.in. wykaz robót budowlanych, gdzie jako jedno z dwóch wymaganych zadań wskazał zadanie „Przebudowa drogi leśnej w Leśnictwie Długi Bród realizowane w okresie 23 maja 2016 r. – 23 czerwca 2016 r. Do wykazu Przystępujący załączył poświadczenie wystawione przez odbiorcę ww. usługi – Nadleśnictwo Gołąbki na rzecz firmy DROG-BET Ł. K. (wykonawcy, na którego zasoby Przystępujący się powołał), gdzie wskazano następujący zakres zrealizowanej roboty budowlanej: „konstrukcja nawierzchni drogi leśnej o długości 1621m, s-3,50m, łączna powierzchnia drogi z mijankami i skrzyżowaniami 7383,5m²: warstwa odsączająca z piasku grubości 10cm; warstwa podbudowy z tłuczni betonowego z recyklingu 0/63mm h=15cm; górna warstwa nawierzchni tłuczniowej z tłuczni twardego do stabilizacji mechanicznej 0/31,5 mm, h=7cm z zamięłowaniem górnej części nawierzchni miałem kamiennym twardym 0,4mm z zagęszczeniem i polewaniem wodą; płytkie obustronne rowy opływowe odparowujące.”

Ponadto Przystępujący złożył nieuzupełniony wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i nie załączył dokumentu potwierdzającego jego sytuację ekonomiczną lub finansową.

Z uwagi na powyższe Zamawiający w dniu 14 listopada 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień m.in. w odniesieniu do:

- wykazu robót budowlanych - Zamawiający wskazał, iż robota wymieniona w pkt 2 wykazu nie spełnia wymagań określonych w pkt 8.2.3 ppkt a) SIWZ. Wyjaśnił, że z przedstawionych dokumentów wynika, że podmiot trzeci, na którego zasoby powołał się Przystępujący, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia (droga leśna w leśnictwie Długi Bród nie jest drogą publiczną o nawierzchni bitumicznej, a jej długość jest mniejsza niż 2,000 km.
- wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – Zamawiający wskazał, że Przystępujący nie podał imienia i nazwiska kierownika budowy, jego kwalifikacji zawodowych, doświadczenia zawodowego, doświadczenia nad realizacją inwestycji oraz podstawy dysponowania tą osobą;
- sytuacji ekonomicznej lub finansowej – Zamawiający wskazał, że Przystępujący nie przedstawił żadnego dokumentu zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ w pkt 11.10, który potwierdzałby, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000 zł.

Przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie, w dniu 19 listopada 2019 r. złożył:

- wykaz robót budowlanych, wskazując jako jedno z dwóch wymaganych zrealizowanych zadań zadanie „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo – Zamość” z datą wykonania od 20 lutego 2019 r. do 30 października 2019 r. oraz załączając m.in. protokół odbioru końcowego z dnia 18 listopada 2019 r. wskazujący jako okres wykonania robót 20 lutego 2019 r. - 30 października 2019 r. oraz że odbiór robót nastąpił na podstawie zgłoszenia zakończenia robót z dnia 30 października 2019 r., a także faktury VAT wystawione za realizację ww. zadania (faktura z dnia 19 listopada 2019 r. na kwotę 70 548,78 zł brutto, faktura z dnia 3 lipca 2019 r. na kwotę 906 613,57 zł brutto, faktura z dnia 18 kwietnia 2019 r. na kwotę 1 850 764,51 zł brutto oraz faktura z dnia 6 marca 2019 r. na kwotę 1 171 433,55 zł brutto,
- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wskazując jako kierownika budowy Pana M.Ł. i podając jako jego doświadczenie w realizacji inwestycji zadanie „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo – Zamość” z datą rozpoczęcia 20 lutego 2019 r. i datą zakończenia 30 października 2019 r.;
- dokument wygenerowany w dniu 19 listopada 2019 r., potwierdzający wysokość salda na koncie bankowym według stanu na dzień 18 listopada 2019 r., tj. 2 578 964,80 zł.

Odwołujący w dniu 18 listopada 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentów Przystępującego, które składa się w drugim etapie oceny ofert

(dokumenty składane na wezwania Zamawiającego) oraz wyjaśnienie rażąco niskiej ceny Przystępującego.

Zamawiający w dniu 20 listopada 2019 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Ponadto Zamawiający w dniu 20 listopada 2019 r. przekazał Odwołującemu na jego wniosek dokumenty Przystępującego złożone na wezwanie do drugiego etapu oceny. Odnośnie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający poinformował, iż kalkulacje wraz z załączonymi dowodami wykonawca zastrzegł, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i wniósł o zachowanie ich w poufności.

Izba ustaliła także na podstawie dokumentów załączonych do odwołania, iż Przystępujący realizował na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 2411.16.2017 z dnia 3 kwietnia 2017 r. zamówienie na „Modernizację dróg powiatowych – nakładki bitumiczne o gr. 5 cm. Jak wynika z protokołu odbioru końcowego z dnia 22 listopada 2017 r., zgodnie ze stanowiskiem Inspektora Nadzoru, odcinki dróg powiatowych wymienione w pkt 5 (droga powiatowa nr 2342C Wenecja – Dąbrowa, droga powiatowa nr 2331C Osno - Mieleszyn i nr 2330C Laskowo - Recz, droga powiatowa nr 2323C Wełna – Wiewiórczyn i nr 2321C Żerniki – Wiewiórczyn) obarczone są istotną wadą, a mianowicie (...) wyliczone grubości nakładek na poszczególnych odcinkach znacznie przekraczają dopuszczalne odchyłki w zakresie grubości; wykonawca pobrał i wbudował 7 941,02 Mg mieszanki mineralno-bitumicznej, a powinien 11 866,00 Mg mieszanki. Inspektor stwierdził także, że ww. wady nadają się do usunięcia. Dalej w treści protokołu wskazano m.in., że zamawiający po zapoznaniu się ze stanowiskiem Inspektora Nadzoru oraz wnioskami zawartymi w ekspertyzie i notatce służbowej z dnia 13 listopada 2017 r. dr inż. W K., jak również po zapoznaniu się z opinią mgr inż. E. T. – P. dokonuje odbioru robót z wadą istotną, w związku z czym wynagrodzenie wykonawcy zostanie obniżone zgodnie z przedstawionymi wyliczeniami.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp potwierdził się w części odnoszącej się do niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie zawodowe, kadra techniczna). Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału

w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. W myśl art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie i znajdującym potwierdzenie w dokumentacji postępowania był fakt, że Przystępujący do oferty załączył oświadczenie wstępne o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a następnie na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust 2 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.3 lit. a) SIWZ (doświadczenie zawodowe), złożył wykaz robót budowlanych zawierający dwie roboty budowlane, z których jedna nie spełniała wymagań wskazanych w SIWZ, zaś w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.3 lit. c) SIWZ (kadra techniczna), złożył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, który nie został wypełniony. Ponadto bezsporna była okoliczność, iż w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Przystępujący ponownie złożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał na inną robotą budowlaną („Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo – Zamość”), zakończoną w dniu 30 października 2019 r. (informacja taka została wskazana zarówno w treści wykazu robót budowlanych, jak i w protokole odbioru końcowego dla tej inwestycji, który Przystępujący załączył do wykazu). Przystępujący złożył wówczas także wykaz osób, w którym wskazał jako kierownika budowy Pana M.Ł. posiadającego doświadczenie m.in. nad realizacją inwestycji „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo – Zamość”, zakończonej 30 października 2019 r.

Kwestią sporną pomiędzy Stronami było to, czy w przedmiotowym stanie faktycznym Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.2.3 lit. a) i c) SIWZ, Odwołujący bowiem temu przeczył. W ocenie składu orzekającego zarzuty odwołania w powyższym zakresie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego przepisu wynika wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. nie zmieniła powyższej zasady. Zmianie uległ jedynie moment składania przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów (środków dowodowych) mających potwierdzać spełnienie warunków udziału

w postępowaniu, które w poprzednim stanie prawnym składane były wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (tj. w dacie składania oferty), zaś obecnie składane są dopiero na dalszym etapie postępowania, na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp i jedynie przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (por. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17).

Warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert - już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SIWZ). Natomiast oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia. Wskazuje na to brzmienie ww. przepisów, które nakładają na zamawiającego obowiązek (ust. 1) lub uprawnienie (ust. 2) do wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie „aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.” Oświadczenia lub dokumenty składane na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na moment ich złożenia (w czasie teraźniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego), tym samym potwierdzając także, że aktualne pozostają okoliczności wskazane w oświadczeniu wstępnym.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 685/19, gdzie zwrócono uwagę, iż „w obecnie obowiązującym stanie prawnym intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, jest ocena sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji, ponadto zamawiający posiada uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Zarówno ustawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy odszedł od zasady, że składane dowody mają potwierdzać stan odpowiedniej zdolności podmiotowej jedynie na moment przystąpienia do postępowania - moment złożenia oferty lub wniosku. Obecnie posiadanie przez wykonawcę właściwej sytuacji podmiotowej weryfikuje się na początku postępowania, poprzez oświadczenie wstępne, zaś żąda się dowodów ją potwierdzających, aktualnych na dzień złożenia, nadto na każdym etapie postępowania zamawiający ma prawo wymagać zaktualizowanych dokumentów i oświadczeń.”

Dalej należy wskazać, że choć przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do art. 25a ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nie odnosi się do kwestii na jaki moment aktualne mają być oświadczenia lub dokumenty składane w efekcie wezwania, to podzielić należy stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie, a także w opinii

UZP przywołanej w odwołaniu, iż zasadnym jest, aby aktualność uzupełnianych na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń lub dokumentów była powiązana z aktualnością, o której mowa odpowiednio na gruncie art. 25a ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w zależności od tego, jakich oświadczeń lub dokumentów dotyczy wezwanie.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, iż istotne i kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest to, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie zamawiającego (czy to z art. 26 ust. 2 czy z art. 26 ust 3 ustawy Pzp) muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty. Ocena aktualności danego oświadczenia lub dokumentu zależeć będzie od jego rodzaju i treści i winna być dokonywana w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów, w tym Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.).

Powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp czy na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przywołał fragment opinii UZP, w którym wskazano, iż „Istotne jest jednak, ażeby środki dowodowe przedłożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie podważały zarówno domniemania prawdziwości złożonych uprzednio oświadczeń wstępnych (własnych) w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia kryteriów selekcji oraz domniemania niezmienności tych okoliczności pomiędzy datą składania ofert (wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) a datą złożenia środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.”

Tymczasem zachowanie Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia pozostawało w sprzeczności z ww. stanowiskiem, które zajął w postępowaniu odwoławczym. Zauważyć należy, że Przystępujący na wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożył wykaz robót budowlanych oraz protokół odbioru końcowego dla zadania „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo - Zamość”, z których wynikało, iż realizacja ww. zadania zakończyła się w dniu 30 października 2019 r., tj. po upływie terminu składania

ofert (10 października 2019 r.). Data zakończenia realizacji ww. zadania nie była sporna pomiędzy Stronami. A zatem, mimo że na moment uzupełniania dokumentów Przystępujący był w stanie powołać się na realizację ww. roboty budowlanej, to jednocześnie sam potwierdził, że w dacie składania oświadczenia wstępnego nie posiadał jeszcze tego doświadczenia, ponieważ wówczas zadanie „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo - Zamość”, nie było jeszcze zakończone.

Powyższe w ocenie Izby podważa prawdziwość oświadczenia wstępnego złożonego przez Przystępującego wraz z ofertą w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zdolności technicznej lub zawodowej. Złożone przez Przystępującego dokumenty nie potwierdzały, że w dacie składania ofert Przystępujący faktycznie legitymował się wymaganym doświadczeniem zawodowym. Wskazane pierwotnie roboty budowlane („Przebudowa drogi leśnej w Leśnictwie Długi Bród”) nie spełniały ww. warunku udziału w postępowaniu, z kolei wskazana następnie robota budowlana („Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo – Zamość”) nie była wykonana w dacie składania ofert. W treści SIWZ wyraźnie wskazano, że wykonawca ma wykazać, iż wykonał należycie dwa zamówienia o wymaganym zakresie w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, czyli w momencie składania oferty oba zamówienia powinny być już wykonane, a nie wykonywane. Ma to istotne znaczenie chociażby z perspektywy możliwości dokonania oceny czy roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty. Z tego względu bez znaczenia pozostają złożone przez Przystępującego w trakcie rozprawy protokoły odbioru częściowego dla ww. inwestycji, potwierdzają one jedynie fakt wykonywania roboty budowlanej, a nie jej wykonania.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż Przystępujący nie wykazał, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego były przez niego spełnione przez cały okres trwania postępowania, wobec podważenia prawdziwości złożonego wraz z ofertą oświadczenia wstępnego. Analogicznie nie zostało przez Przystępującego wykazane spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.3 lit. c) SIWZ (kadra techniczna). Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w którym wskazał jako kierownika budowy Pana M.Ł. legitymującego się doświadczeniem również dotyczącym realizacji inwestycji „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1535C Łochowo – Zamość”, która została zakończona 30 października 2019 r., już po upływie terminu składania ofert. Złożone przez Przystępującego dokumenty nie potwierdzały zatem okoliczności, że spełniał on warunki udziału w postępowaniu w sposób ciągły i niezmienny, w okresie pomiędzy datą złożenia oferty a datą złożenia środków dowodowych, poddając w wątpliwość prawdziwość złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego.

Izba podkreśla, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego w taki sposób, który nie budzi wątpliwości. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być przedmiotem domniemań zamawiającego, dlatego też wykonawca powinien na wezwanie przedstawić takie środki dowodowe, które potwierdzą prawdziwość złożonych oświadczeń wstępnych, a nie poddadzą ją w uzasadnioną wątpliwość.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż Przystępujący winien podlegać wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w pkt 8.2.3 lit. a) i c) SIWZ, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Ww. zarzut nie podlegał natomiast uwzględnieniu w zakresie, w jakim dotyczył warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.2 SIWZ, odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej Przystępującego. Jak omówiono już powyżej, w aktualnym stanie prawnym brak jest obowiązku przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z datą sprzed składania ofert lub nawet z datą po składaniu ofert, ale z wprost określonym stanem faktycznym dotyczącym daty składania ofert. Wystarczające jest obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania ofert, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania ofert rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem wstępnym (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 114/18). Złożony przez Przystępującego na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokument z banku wskazujący wysokość salda potwierdza okoliczność, co do której Przystępujący złożył wcześniej oświadczenie wstępne i która obecnie (w czasie terażniejszym) występuje, tj. posiadanie środków finansowych w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł. Tym samym nie był zasadny także stawiany w tym zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp potwierdził się natomiast w zakresie odnoszącym się do wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 8.2.3 lit. a) i c) SIWZ.

Zgodnie z tym przepisem 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.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, iż do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, co wynika z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. W tym zakresie należy dodać, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu – jak stanowi art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, a przez to nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (por m.in. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17, wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2372/18).

Za profesjonalistę niewątpliwie uznać należy Przystępującego, który składając ofertę oraz oświadczenia i dokumenty w postępowaniu zobowiązany był dochować należytej staranności i dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając świadomość skutków ich nierzetelnej prezentacji. W ocenie Izby działanie Przystępującego, który dysponując poświadczeniem wystawionym przez odbiorcę robót budowlanych, opisującym zakres inwestycji nieodpowiadający wymaganemu przez Zamawiającego, nie zweryfikował powyższych danych i wskazał w wykazie robót budowlanych tę właśnie inwestycję w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zdecydowanie odbiega od obowiązującego w tym zakresie miernika należytej staranności i świadczy o niedbalstwie Przystępującego, jeśli nie o jego świadomym działaniu. Podobny charakter ma również dalsze zachowanie Przystępującego, który na późniejszym etapie postępowania, aby potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 8.2.3. lit. a) i c) SIWZ wskazał inną robotę budowlaną, mając pełną świadomość, że robota ta nie była jeszcze zakończona w chwili składania oferty. Przystępujący wskazując dwukrotnie w wykazie robót budowlanych inwestycje, co do których w prosty sposób był w stanie zweryfikować brak spełnienia wymagań wynikających z SIWZ z uwagi na łatwą dostępność danych wskazujących na prawdziwy stan rzeczy, powoduje, że Przystępujący nie dochował należytej staranności, a jego działaniu można przypisać co najmniej niedbalstwo. Dokumenty złożone przez

Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia wskazują także na nieprawdziwość złożonego przez niego wraz z ofertą oświadczenia wstępnego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Informacje przedstawione przez Przystępującego w powyższym zakresie niewątpliwie miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako że dotyczyły spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czyli jednej z kluczowych kwestii, wpływającej w tym przypadku bezpośrednio na decyzję Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia wykonawcy i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym spełniły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, skutkujące obowiązkiem wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Wobec uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 8.2.3 lit. a) i c) SIWZ, Izba uznała za zasadny także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zakresie, w jakim w odwołaniu powiązano go z ww. podstawami wykluczenia. W art. 7 ustawy Pzp przewidziano fundamentalne zasady systemu zamówień publicznych, nakazujące zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1), jak również udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3). Zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego zachodzą podstawy wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp i dokonanie wyboru jego oferty, jednoznacznie wskazuje, że wykonawca nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a Zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób, który zapewniałby zachowanie uczciwej konkurencji.

Jedynie celem uzupełnienia, odnosząc się do powiązania przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp (oraz innych zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania) z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Izba wskazuje, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w postępowaniach jednoetapowych. Przepis ten dotyczy postępowań prowadzonych w trybach dwuetapowych i obejmuje przypadki, w których wykonawca niezakwalifikowany do kolejnego etapu mimo wszystko składa ofertę. Tym samym ww. regulacja nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sprawie, jako że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. W takiej sytuacji wykluczenie wykonawcy z postępowania rodzi skutek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, tj. uznania oferty takiego podmiotu za odrzuconą, co następuje *ex lege*.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 w zw. art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, 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 środków dowodowych. Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Powyższe podstawy wykluczenia mają charakter fakultatywny, co oznacza, że jeżeli Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na tych podstawach, to musi je wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy Pzp). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ww. podstawy wykluczenia przewidział w punkcie 10.2 i 10.3 SIWZ. Aby jednak dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania na ww. podstawach wszystkie określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 czy też w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przesłanki muszą zaistnieć łącznie.

W przypadku podstawy wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp przesłanką jest naruszenie obowiązków zawodowych, które musi mieć charakter poważny, być zawinione przez wykonawcę, a ponadto podważać uczciwość wykonawcy. W szczególności za takie zachowanie ustawodawca uznaje sytuację, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Dodatkowo zamawiający, decydując się na wykluczenie wykonawcy, musi być w stanie wykazać powyższe okoliczności za pomocą stosownych środków dowodowych.

Ponieważ to Odwołujący dostrzegł naruszenie przepisów ustawy Pzp w zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp i wywodził z tego skutek prawny w postaci eliminacji ww. wykonawcy z postępowania, to na nim w postępowaniu odwoławczym spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania spełnienia wszystkich przesłanek, o którym mowa w tym przepisie. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął powyższemu obowiązkowi.

Odwołujący co prawda przedstawił protokół odbioru końcowego dla zadania „Modernizacja dróg powiatowych – nakładki bitumiczne o gr. 5 cm” zrealizowanego przez Przystępującego na rzecz Zamawiającego, który wskazywał na nienależyte wykonanie robót przez Przystępującego, niemniej sam fakt nienależytego wykonania umowy nie przesądza w sposób automatyczny o tym, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r., w sprawie C-465/11 Forposta „Pojęcie poważnego wykroczenia należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.” Izba podkreśla, iż celem instytucji przewidzianej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jest umożliwienie zamawiającym wykluczenia z postępowania tych wykonawców, którzy swoim wcześniejszym postępowaniem nie dają gwarancji uczciwego i rzetelnego zachowania przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten jest przepisem o charakterze sankcyjnym, a zatem jego zastosowanie może mieć miejsce wyłącznie w przypadkach, kiedy okoliczności stanu faktycznego nie budzą wątpliwości co do ziszczenia się wszystkich przesłanek składających się na podstawę wykluczenia z postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, że nienależyte wykonanie miało charakter poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważającego uczciwość wykonawcy, a także było skutkiem zawinionego działania Przystępującego, w szczególności zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przedstawione w odwołaniu twierdzenia, iż Przystępujący przez cały etap realizacji miał świadomość wadliwej realizacji robót, a mimo to utrzymywał, że prace wykonano w sposób należyty, nie zostały niczym poparte. W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do ustalenia szczegółowych okoliczności związanych z realizacją ww. robót, w tym faktycznych przyczyn, które doprowadziły do nienależytego ich wykonania, wobec czego brak jest możliwości dokonania na jego podstawie oceny, że doszło do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, w szczególności że zachowanie Przystępującego cechował zamiar czy też rażące niedbalstwo.

Odwołujący nie wykazał także, że wobec nienależytego wykonania umowy na „Modernizację dróg powiatowych - nakładki bitumiczne o gr. 5 cm” spełnione zostały kumulatywnie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Przesłankami tymi są: niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4), które nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, istotny stopień niewykonania

lub nienależytego wykonania tej umowy, a także będące tego skutkiem rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. Ww. przesłanki nie mogą być rozumiane dowolnie. Domagając się zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący zobowiązany był udowodnić nie tylko, że doszło do nienależytego wykonania umowy, ale również, że nastąpiło ono z przyczyn leżących po stronie Przystępującego, że miało miejsce w istotnym stopniu oraz, że z tego powodu doszło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący wykonał zadanie „Modernizacja dróg powiatowych – nakładki bitumiczne o gr. 5 cm” nienależycie w stopniu istotnym, tj. znaczącym czy też uporczywym. Odwołujący powoływał się na dwie ekspertyzy wskazane w treści protokołu odbioru końcowego mające potwierdzać istotność wady, niemniej nie zostały one złożone w postępowaniu odwoławczym. Z kolei Zamawiający na rozprawie podnosił, iż zgodnie z tymi ekspertyzami droga była w pełni przejezdna, a ponadto, że dotychczas nie doszło do zmiany jej stanu. Przystępujący zwracał także uwagę na powstały podczas realizacji zadania spór w zakresie technologii wykonania nawierzchni, co także potencjalnie mogłoby wpływać na ocenę istotności wad i charakteru naruszenia przez Przystępującego obowiązków umownych. W ocenie Izby - jak wskazano już powyżej - zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do ustalenia szczegółowych okoliczności związanych z realizacją ww. robót, w tym faktycznych przyczyn, które doprowadziły do nienależytego ich wykonania. Tymczasem powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależycie wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy. Odwołujący nie wykazał także, aby w efekcie nienależytego wykonania umowy przez Przystępującego doszło do rozwiązania umowy czy też do zasądzenia odszkodowania.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 25a ust. 1 w.zw. z art. 26.ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący błędnie utożsamia sytuację niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu z niezgodnością oferty z treścią SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Jak wskazuje się w orzecznictwie niezgodność treści oferty dotyczyć powinna co do zasady sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę. Przepis ten służy eliminacji z postępowania tych ofert, które nie wykazują zgodności świadczenia zaoferowanego w ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje od nich zamawiający, czemu dał wyraz w treści SIWZ. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zatem do przedmiotu

zamówienia (jego zakresu, jakości czy ilości) lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Potwierdza to w pełni przywołane w odwołaniu orzecznictwo.

Tymczasem określenie warunków udziału w postępowaniu służy innemu celowi - weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wskazuje na to wprost art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Określenie warunków udziału w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość ustalenia czy wykonawca będzie w stanie faktycznie wykonać zamówienie, o które się ubiega i to w taki sposób, jak tego wymaga zamawiający. Badany jest zatem potencjał danego wykonawcy, czy to w aspekcie jego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, jego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, czy też zdolności technicznej lub zawodowej (art. 22 ust. 1b ustawy Pzp), nie zaś przedmiot świadczenia, które oferuje i którego zgodność merytoryczna z treścią SIWZ podlega ocenie zamawiającego z zastosowaniem innych narzędzi przewidzianych ustawą (wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), niż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp).

W konsekwencji nie jest zasadne wywodzenie przez Odwołującego niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ na tej podstawie, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czyli własnej zdolności do wykonania oferowanego przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż wartość przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, co powoduje że uprawnienie do wniesienia odwołania zostało ograniczone do enumeratywnie wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp czynności. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty. *A contrario* wobec czynności niewymienionych w tym katalogu odwołanie nie przysługuje. Mając powyższe na względzie zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie mógł stanowić przedmiotu rozpoznania Izby jako, że zaniechanie uznania przez Zamawiającego za bezskuteczne

zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia dokumentów wykonawcy, który o to wnosił, nie mieści się w przewidzianym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp katalogu czynności, wobec których przysługiwało odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W szczególności zaniechanie udostępnienia wykonawcy dokumentów przedstawionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia przez innego wykonawcę nie stanowi elementu składowego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2403/17, wyrok KIO z dnia 30 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1338/19). Wobec powyższego rozpoznanie przedmiotowego zarzutu prowadziłoby do obejścia przepisów ustawy Pzp i nieuprawnionego rozszerzenia katalogu sytuacji umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła także zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 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. Z kolei jak stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący jako podstawę faktyczną ww. zarzutu wskazał, że dla prawidłowej oceny czy oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę koniecznym jest uzyskanie szczegółowych wyjaśnień uwzględniających ustosunkowanie do poszczególnych pozycji kosztorysu, na które w toku postępowania o udzielenie zamówienia zwracał on uwagę Zamawiającemu, wywodząc, że Zamawiający zobowiązany był wszcząć rzetelne postępowanie wyjaśniające, a nie poprzestać na ogólnikowych wyjaśnieniach. Izba stwierdziła jednakże, iż Odwołujący błędnie założył w odwołaniu, że Zamawiający wystosował do Przystępującego tylko jedno, ogólne, wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Izba ustaliła, iż wezwanie takie skierowano dwukrotnie, w tym drugie wezwanie odnosiło się wprost do tych pozycji kosztorysu, na które zwrócił uwagę Odwołujący w piśmie złożonym Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, tj. do pozycji 14, 15, 22, 27 i 28 kosztorysu. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia w powyższym zakresie, odnosząc się do poszczególnych pozycji kosztorysu, jak również załączył dokument stanowiący podstawę cen przyjętych w kalkulacji, uwiarygadniający założone wyliczenia. Przystępujący ponadto już na pierwsze wezwanie złożył wyjaśnienia w zakresie żądanym przez Zamawiającego, których treść potwierdził dowodami (zestawieniami, ofertami cenowymi, etc.). Treść wezwań

kierowanych do Przystępującego nie była przez Zamawiającego utajniona, wobec czego Odwołujący mógł uzyskać do nich dostęp, o co nie zabiegał.

W tym stanie rzeczy za chybione należy uznać podniesione w odwołaniu zastrzeżenia co do rzetelności przeprowadzonej przez Zamawiającego procedury wyjaśnień oraz niewywiązania się przez Przystępującego z obowiązku złożenia wyjaśnień popartych dowodami. Izba nie dopatrzyła się po stronie Zamawiającego uchybień w zakresie samej procedury wyjaśnień oraz przeprowadzonej oceny tych wyjaśnień. Wyjaśnienia zostały przedstawione wraz z dowodami i czyniły zadość żądaniom wskazanym w treści wezwania Zamawiającego, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z dochowaniem należytej staranności. Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie poprzestał na szablonowym wezwaniu, a w obliczu sugerowanych przez Odwołującego zaniżonych cen poszczególnych pozycji kosztorysu Przystępującego, podjął dalsze działania celem wyjaśnienia przez Przystępującego także tych pozycji kosztorysu. Nie znajdują potwierdzenia w treści wyjaśnień także twierdzenia Odwołującego, jakoby Przystępujący zaniżył poszczególne pozycje kosztorysu przesuwając je na inną pozycję kosztorysową – koszty wykonania projektu tymczasowej organizacji ruchu. Przystępujący już w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wyjaśnił elementy składowe ceny przyjęte dla części I - zakres robót do wykonania w 2019 r. i treść tych wyjaśnień nie potwierdza stanowiska Odwołującego. Ponadto słusznie wskazywał Zamawiający, że cena oferty Przystępującego nie odbiega w sposób znaczący, jak to wskazano w odwołaniu, od cen pozostałych wykonawców, z kolei fakt różnicy w stosunku do wartości szacunkowej stał się podstawą do wszczęcia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego. W ocenie Izby nie jest zasadne również odnoszenie się przez Odwołującego do ewentualnych innych postępowań, w których Przystępujący złożył miał ofertę z rażąco niską ceną. Zamawiający ocenia cenę danej oferty oraz elementy stanowiące podstawę jej kalkulacji wyłącznie w odniesieniu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia i to prawidłowość tego działania Zamawiającego podlega następnie kontroli Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu odwoławczym.

W świetle powyższego Izba nie znalazła podstaw do uznania, że Zamawiający zaniechał rzetelnego badania oferty Przystępującego oraz, że Przystępujący nie wywiązał się z obowiązku złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny popartych dowodami.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2, art. 10 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Izba uznała za nieudowodniony.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając

w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97). W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Odwołujący w petitum odwołania postawił zarzut naruszenia art. 10 ust. 1 u.z.n.k., którego jednakże nie przywołał ani nie omówił w ramach przedstawionych w uzasadnieniu odwołania podstaw faktycznych. Wskazał także na naruszenie przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., czego jednak nie udowodnił. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie (tak m.in. wyrok KIO z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 176/17).

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Samo ewentualne złożenie oferty z rażąco niską ceną, na które powoływał się

Odwołujący, nie przesądza w sposób automatyczny o tym, że zachodzi czyn nieuczciwej konkurencji. Aby odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest zaistnienie sytuacji, w której zachowanie wykonawcy wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec tego Odwołujący zobowiązany był wykazać, że działanie Przystępującego prowadziło do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto miało na cel eliminację innych przedsiębiorców. W ocenie Izby Odwołujący tym wymogom nie sprostał. W treści odwołania poprzestano wyłącznie na stwierdzeniu, że „przykładowe ceny jednostkowe są cenami dumpingowymi”, nie odnosząc się w ogóle do przesłanek wynikających z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie zaś z § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972) w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, co uzasadniało uzależnienie rozstrzygnięcia o kosztach od tego, w jakim zakresie odniosło ono skutek. Izba miała na względzie, iż częściowe uwzględnienie odwołania w zakresie określonym w punkcie 1 sentencji wyroku czyniło zadość żądaniu Odwołującego, którym objęte było nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie Przystępującego z postępowania oraz uznanie jego oferty za odrzuconą. Finalny wynik postępowania odwoławczego prowadził zatem do sytuacji, w której waga uwzględnionych zarzutów, doprowadziła do eliminacji wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. z postępowania, a zatem

cel wniesionego środka odwoławczego został osiągnięty. W konsekwencji kosztami postępowania obciążono Zamawiającego w całości, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł). Koszty wynagrodzenia pełnomocnika zostały ograniczone do kwoty maksymalnej wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Przewodniczący: