

Sygn. akt: KIO 445/21

WYROK
z dnia 15 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Verde Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Skierniewicach, R. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe ROADBUD R. L. oraz S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe POLTER S. P.** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących części nr 1 zamówienia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 1 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. części, w tym odrzucenie oferty wykonawcy R. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKOMELBUD mgr inż. R. G. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w części 1/2 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 357 zł 02 gr (słownie: piętnaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt siedem złotych i dwa grosze) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i kosztów

dojazdu na rozprawę oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 079 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *utrzymanie wód, zbiorników wodnych oraz budowli hydrotechnicznych na terenie ZZ w Łowiczu w podziale na dwie części* (znak postępowania: WA.ROZ.2810.137.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 grudnia 2020 r. pod numerem 771919-N-2020.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”].

W dniu 10 lutego 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Verde Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Skierniewicach, R. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe ROADBUD R. L. oraz S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe POLTER S. P. [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie w zakresie części 1 i 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

W zakresie części 1:

1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę R. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKOMELBUD mgr inż. R. G. w Skierniewicach [dalej „EKOMELBUD”] w sytuacji, gdy:

a) EKOMELBUD złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia,

a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

b) EKOMELBUD nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SIWZ kosztów pracowniczych,

c) oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a EKOMELBUD nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta winna zostać odrzucona. Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez EKOLEMBUD, mimo iż EKOLEMBUD nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym Zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

W zakresie części 2:

3) art. 24 ust. 1 pkt 16, 17, 20 i 23 oraz ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia I. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowo Melioracyjne I. W. w Łodzi [dalej „I. W.”] z postępowania, a w konsekwencji zaniechania uznania jej oferty za odrzuconą, w sytuacji, gdy I. W. powinna zostać wykluczona z postępowania, albowiem:

a) należąc do tej samej grupy kapitałowej co firma Usługi Konserwacji Zieleni J. L. złożyła odrębną ofertę i nie wykazała, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

b) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w lit. a) złożyła nieprawdziwe oświadczenie o tym, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej co inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, podczas, gdy należy do tej samej grupy kapitałowej wraz firmą Usługi Konserwacji Zieleni J. L., czym wprowadziła Zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz co do okoliczności mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

c) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w lit. a lub b) zawarła porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji z firmą Usługi Konserwacji Zieleni J. L.,

w wyniku którego firma Usługi Konserwacji Zieleni J. L. nie złożyła odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co skutkowało odrzuceniem jej oferty w wyniku czego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta I. W.;

4) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym Zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1) Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części nr 1 i nr 2,

b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

c) wykluczenie z postępowania i odrzucenie ofert:

a. w części nr 1 – EKOMELBUD R. G.

b. w części nr 2 – Usługi Transportowo Melioracyjne I. W.

d) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 1 i 2

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do KIO zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego,

3) wezwanie na rozprawę celem przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadków:

a) J. L. - adres: Marynin ..., 99-311 Bedlno

b) S. L. - adres: Marynin ..., 99-311 Bedlno.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny (część nr 1) Odwołujący wskazał na treść wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowanego do EKOMELBUD pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. oraz wyjaśnienia ww. wykonawcy z dnia 13 stycznia 2021 r.

Uzasadniał, iż EKOMELBUD nie załączył do wyjaśnień ceny jakichkolwiek dowodów. Nie została również podjęta jakakolwiek próba wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny. Wskazał, że tak złożone wyjaśnienia w zasadzie nie wyjaśniają niczego. Są ogólnikowe i lakoniczne i nie pozwalają na jakąkolwiek weryfikację poprawności kalkulacji dokonanej przez EKOMELBUD.

Ponadto wskazana przez EKOMELBUD stawka za jedną roboczogodzinę nie pokrywa pełnych kosztów zatrudnienia. Zgodnie bowiem z obowiązującymi przepisami pełen koszt zatrudnienia przy zaproponowanej stawce jaki będzie musiał ponieść pracodawca jest o ponad 20 % niż wzięta pod uwagę przez EKOMELBUD stawka i kształtuje się następująco:

Koszt pracodawcy dla miesięcznego wynagrodzenia 20,00 PLN brutto

Kwota brutto 20,00 PLN

Ubezpieczenie emerytalne 1,95 PLN

Ubezpieczenie rentowe 1,30 PLN

Ubezpieczenie wypadkowe 0,33 PLN

Fundusz Pracy 0,49 PLN

FGŚP 0,02 PLN

Koszt pracodawcy 24,09 PLN

Odwołujący wskazał, że zaniechanie przez EKOMELBUD wzięcia pod uwagę tych dodatkowych kosztów wprost wskazuje na to, że jego oferta jest niedoszacowana w tym zakresie co najmniej o 20 % w stosunku tylko do powszechnie obowiązujących przepisów.

EKOMELBUD nie wyjaśnia jakie dokładnie roboty, w jakim zakresie i o jakiej wartości mają być wykonywane przez właściciela osobiście oraz jaki ma to mieć wpływ na cenę.

Wyjaśnienia EKOMELBUD są też wewnętrznie sprzeczne, gdyż z jednej strony wskazuje on na to, że prace będą wykonywane osobiście przez właściciela, a z drugiej wskazuje, że zatrudnia doświadczonych pracowników, którzy będą wykonywać roboty. Nie różnicuje przy tym jakie roboty kto ma wykonywać i jaki ma mieć to wpływ na zaoferowaną cenę.

Ponadto EKOMELBUD powołuje się na odpowiedni sprzęt, którego jednak dokładnie nie wskazuje i odnosi sposobu i zakresu jego użycia do treści złożonej przez siebie oferty.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na treść złożonych wyjaśnień Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby wzywać EKOMELBUD do dalszych uzupełnień lub wyjaśnień, gdyż stopień ogólnikowości wyjaśnień był tak daleko idący, że dalsze wezwania stanowiłyby naruszenie zasady jednokrotnego wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Reasumując zasadne jest uznanie, że Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez EKOLEMBUD, mimo iż EKOLEMBUD nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

W zakresie zarzutu dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej (część nr 2) Odwołujący wskazał, iż po złożeniu oferty I. W. złożyła oświadczenie, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej, co inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Tymczasem ze złożonej przez Izabelę Wawer oferty wprost wynika, że jest ona powiązana z Usługi Konserwacji Zieleni J. L., albowiem w przypadku obu ofert osobą uprawnioną do kontaktu ze strony wykonawców jest S. L.. Prywatnie S. L. jest mężem J. L. i ojcem I. W., o czym Zamawiający wiedział, gdyż wykonawcy ci są Zamawiającemu znani z

realizacji innych umów. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO (wyrok z dnia 4 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 885/19) podkreśla się, że fakt pozostawania w związku małżeńskim tworzy sytuację, która w sposób oczywisty może oddziaływać na podstawową zasadę prawa zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji. Małżonkowie pomiędzy którymi istnieje małżeńska wspólność majątkowa, a którzy złożyli odrębne oferty w tym samym postępowaniu lub na tę samą część zamówienia, należą do tej samej grupy kapitałowej, gdyż mogą wywierać na siebie wpływ. Podobne relacje zachodzą pomiędzy rodzicami i dziećmi, a co za tym idzie również taką relację powinno się uznawać za przynależność do tej samej grupy kapitałowej.

W niniejszym postępowaniu do powiązania pomiędzy wykonawcami będącymi rodziną doszło dodatkowo poprzez osobę S. L., który w obu przypadkach odpowiadał za skonstruowanie oferty oraz za kontakt z Zamawiającym, co miało niewątpliwy wpływ na konkurencyjność ofert tych wykonawców. O tym, że okoliczność ta miała niewątpliwy wpływ na wynik postępowania świadczy chociażby to, że widząc, że wygrać może oferta droższa złożona przez I. W. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny J. L. nie złożyła jakiegokolwiek odpowiedzi pozwalając na odrzucenie jej oferty. Na skutek takiego działania I. W. uzyskała zamówienie, pomimo że złożyła ofertę o prawie 50 000 zł droższą od oferty J. L., co wprost wskazuje na tworzenie grupy kapitałowej przez te podmioty. Na wycofaniu się z ubiegania się o udzielenie zamówienia przez J. L., a za takie należy uznać całkowity brak reakcji na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, niewątpliwą korzyść majątkową uzyskała jej córka I. W. .

Dodatkowo o powiązaniu tychże podmiotów świadczy również oferta J. L., która wykazując się doświadczeniem powołuje się na roboty jakie miały być wykonywane na rzecz I. W. przy konserwacji kanału Łęka Dobrogosty.

Zasadność twierdzeń dotyczących konieczności wykluczenia z postępowania I. W. z powodu przytoczonych okoliczności znajduje poparcie w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z dnia 30 września 2019 r. sygn. akt: KIO 1830/19), gdzie podkreśla się, że wykazanie niedozwolonego porozumienia - stosownymi dowodami - jak to wynika z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie musi wiązać się z koniecznością przedstawienia dowodów bezpośrednich na okoliczność zawarcia takiego porozumienia. (...) Porozumienia między wykonawcami o powiązaniach rodzinnych noszą znamiona niedozwolonych działań i prowadzą do zaburzenia konkurencji.

Odwołujący wskazał, iż skutkiem niezłożenia przez I. W. prawdziwych oświadczeń o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, co J. L., jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, co może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skutkiem powyższego powinno być również wykluczenie I. W. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 marca 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości, przeprowadzenie dowodu z dokumentów – pism składanych w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na okoliczności związane z warunkami prowadzonego postępowania przetargowego oraz pism załączonych do odpowiedzi na skargę na okoliczności w nich wskazane oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Odnosnie zarzutów dotyczących części 1 zamówienia Zamawiający podniósł, iż EKOMELBUD kalkując cenę nie czynił tego abstrakcyjnie a w oparciu i w odniesieniu do przepisów prawa, tj. Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15.09.2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r., traktując to rozporządzenie jako zgodne z prawem, wiarygodne i legalne źródło prawa i informacji. W związku z tym w swojej ofercie przedstawił korzystniejszą stawkę w odniesieniu do tej wskazanej w Rozporządzeniu, bowiem w kwocie 19 zł netto, co klarownie wynika z jego oferty, a konkretnie z punktu 1.8 Formularza cenowego w zakresie utrzymania i obsługi zbiornika wodnego Joachimów - Ziemiary. W swoich wyjaśnieniach z dnia 13.01.2021 r. wykonawca ten, co prawda w skutek omyłki pisarskiej wpisał 20,00 zł brutto zamiast 23,37 zł, niemniej Zamawiający dokładając należytej staranności w badaniu wyjaśnień dostrzegł tę omyłkę i wzięwszy na nią poprawkę, wziął także pod uwagę pozostałe wyjaśnienia Pana T. G. . Cena ta uwzględnia bowiem fakt, że wyliczone prace Pan T. G. jako właściciel firmy stającej do przetargu wykonywałby osobiście, co uzasadniało zaoferowaną przez niego cenę r-g. Sam wykonawca, jak tylko zauważył tę omyłkę pisarską, powiadomił o tym Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący odnosząc się jedynie do jednego dokumentu jakim były wyjaśnienia Pana G. z dnia 13.01.2021 r. sam popełnił błąd zaniechania nie konfrontując tych wyjaśnień z całością dokumentacji przetargowej, w tym z ofertą Pana T. G., co stanowi o tym że zawarta w odwołaniu analiza kosztów jest niedokładana, powierzchowna, a oparte na niej zarzuty są nierzetelne, a więc i niewiarygodne i jako takie powinny być potraktowane przy ocenie dowodów i argumentacji.

Co do posiadanego sprzętu, wykonawca T. G. wskazał na posiadany sprzęt i opisał dość precyzyjnie (procentowo) jak zastosowanie tego sprzętu wpłynie na wykonanie prac. Wyróżnił przy tym od sprzętu „ciężkiego” sprzęt „lekki” - kosy spalinowe, ręczne i spalinowy mulczer. Zamawiający przyjął te wyjaśnienia jako wiarygodne, mając w pamięci że przy użyciu takiego sprzętu ten wykonawca na analogicznym zadaniu wykonał w 2020 r. zadanie, które Zamawiający protokolarnie odebrał pozytywnie. Dodatkowo solidność w podejściu do wykonania prac i samo ich wykonanie przekonały Zamawiającego do tego że przy użyciu dodatkowej, nowej kosiarki bijakowej z ciągnikiem wykonawca ten jest w stanie wykonać te tym bardziej prace sprawnie i solidnie.

Chybiony jest również zarzut jakoby sprzeczności w wykonywaniu prac przez samego właściciela firmy a także przez pracowników. Logicznie jedno nie przeczy drugiemu. W wyjaśnieniach z dnia 13.01.2021 r. wykonawca wskazał szereg prac jakie będzie wykonywać samodzielnie: dozоровanie terenu zbiorników, odczytywanie poziomów wody, sprzątanie terenu, malowanie różnych elementów, naprawa skarp. Zatem w tym zakresie nie wykorzystując do tego zadania pracowników albo ograniczając ich zaangażowanie poprzez swoją pracę jest w stanie realnie obniżyć koszty wykonania zadania objętego przetargiem, a w tym także koszty pracownicze.

Zamawiający mając na względzie pozytywne doświadczenia z tym wykonawcą w zakresie poprzednio wykonanego zadania i umiejętność stosownego doboru przez niego pracowników, uwzględnił argument że wykonawca ten posiada doświadczonych pracowników, których mógłby użyć do wykonywania części zadań objętych przetargiem.

Odnosząc się do przedstawionych zarzutów w tym zakresie można mieć wrażenie, iż Odwołujący kwestionując wysokość oferty Wykonawcy, która została wybrana, w istocie dokonuje jedynie polemiki z treścią wyjaśnień i pism, nie wnoszącej istotnych wartości dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienie Pana T. G. złożone w toku postępowania są szczegółowe, logiczne i wystarczająco precyzyjnie wyjaśniają kwestie związane z wyliczeniem zaoferowanej ceny, a Zamawiający uwzględnił omyłkę pisarską wskazaną w piśmie 13.01.2021 r. Odnosząc się w tym zakresie do wyliczenia zaoferowanej ceny przywołać należy stanowisko KIO, w którym stwierdzono, iż każdy z wykonawców kalkuluje ceny w oparciu o własne doświadczenia, przyjmując różne podstawy (KIO 1460/19).

Zamawiający wskazał, iż w ramach przedłożonej przez T. G. oferty trudno wywieść, że zachodzi przesłanka uzasadniająca jej odrzucenie z faktu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wykonawca ten w poszczególnych aspektach wyjaśnieniach wyczerpująco wyjaśniło kwestię rażąco niskiej ceny, czym wszelkie ewentualne wątpliwości bezwarunkowo zostały wyjaśnione. Zwłaszcza wskazując na pojedyncze elementy kształtujące jej cenę, dotyczące zarówno czynnika pracowniczego, elementów paku maszynowego, sposobu wykonania poszczególnych prac. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2508/19.

Nie można zatem podzielić argumentacji Odwołującego wskazując na istnienie rażąco niskiej ceny. Zestawiając treść złożonych przez Pana T. G. wyjaśnień jak i treści odwołania, można bezsprzecznie wywieść, iż to właśnie ten zarzut Odwołującego jest sformułowany niezwykle abstrakcyjnie i w oderwaniu od oferty tego wykonawcy, z którą najpewniej Odwołujący nie zapoznał się.

Na poparcie prezentowanego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2447/19 oraz z dnia 12 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 547/19.

Biorąc pod uwagę powyższe, to Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodowego związanego z wywodzonym zarzutem rażąco niskiej ceny oferty EKOMELBUD T. G. ograniczając się jedynie do sformułowania i podniesienia niezweryfikowanego w tym zakresie zarzutu.

W zakresie zarzutów dotyczących części 2 zamówienia Zamawiający wskazał, że to na Odwołującym jako twierdzącym, że doszło do działania w grupie kapitałowej, spoczywa ciężar dowodowy.

Zamawiający wskazał, iż faktem jest, że Izabela Wawer oświadczyła, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej, co inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w tym przetargu. Dla Zamawiającego, złożenie takiego oświadczenia, tym bardziej po złożeniu samej oferty, oznacza pełną świadomość składającego oświadczenie, że wie co i w jakich okolicznościach oświadcza. Zatem Zamawiający nie miał powodu przyjmować, że jest inaczej niż w oświadczeniu.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że wprost z oferty I. W. wynika, że jest ona powiązana z J. L. prowadzącą Usługi Konserwacji Zieleni J. L., tylko w oparciu o fakt, że to S. L. jest osobą uprawnioną do kontaktów w przypadku obu tych ofert. Sama ta teza niczego takiego nie dowodzi. Tę zależność należałoby wykazać w sposób wiarygodny, najlepiej odpowiednimi dokumentami. Tego jednak Odwołujący nie zrobił by rozwiązać wątpliwości. Dokumentów takich Zamawiający także nie posiada, choćby dlatego że wykonawca I. W. oświadczyła, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej, co inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w tym przetargu, zatem i nie pozostaje w takiej grupie z J. L., która ofertę złożyła.

Teza, że w przeszłości wykonawcy tacy jak J. L. czy I. W. realizowały zadania na rzecz Zamawiającego i dlatego są mu znane, nie oznacza, że Zamawiający zna szczegóły relacji rodzinnych u tych wykonawców. Ewentualny fakt znajomości tych osób na poziomie realizacyjnym prac w terenie, nie oznacza tym bardziej z automatu, że Zamawiający zna status rodzinny poszczególnych wykonawców, zwłaszcza gdy oświadczają się wobec niego, że nie pozostają ze sobą w grupie kapitałowej.

W tych okolicznościach trudno czynić Zamawiającemu zarzut, że wiedział o ewentualnie szczegółowych relacjach rodzinnych pomiędzy J. L. a I. W. czy I. W. a S. L..

Poza wiedzą Zamawiającego są także okoliczności co do tego kto personalnie sporządzał ofertę, którą następnie podpisał stawający do przetargu przedsiębiorca. Takie okoliczności z treści ofert nie wynikają i Zamawiający nie ma dostępu do takiej wiedzy, by

móc ewentualnie reagować, tym bardziej w sytuacji, w której stawający w przetargu przedsiębiorcy oświadczają, że nie należą do grupy kapitałowej.

Z punktu widzenia Zamawiającego obie przedsiębiorczynie I. W. i J. L. są odrębnymi podmiotami, każda działająca na swoją rzecz i w swoim interesie. To że chciały skorzystać z pomocy tego samego człowieka S. L. przy realizacji umowy, w wobec tego że oświadczyły że nie działają w grupie kapitałowej, nie oznacza z automatu ich działania w grupie kapitałowej. Nie mniej wobec faktu, że I. W. oświadczyła, że nie działa w grupie kapitałowej, nie było powodu podejrzewać działania w takiej grupie.

W tym kontekście i biorąc pod uwagę wyżej przedstawioną argumentację nie sposób czynić Zamawiającemu zarzutu, że nie dopatrywał się ewentualnego działania w grupie kapitałowej, gdy J. L. po prostu nie złożyła wyjaśnień i doszło do odrzucenia jej oferty. J. L. także złożyła przecież oświadczenie, że nie działa w grupie kapitałowej.

Zamawiający wskazał, iż wyrok KIO 885/19, który Odwołujący przywołuje na okoliczność udziału w przetargu małżonków jako osobnych wykonawców, tj. działania w grupie kapitałowej, był wydany w istocie w odmiennym kompletnie stanie faktycznym, który nie ma miejsca w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Z uwagi na to, trudno znaleźć zastosowanie dla tego orzeczenia na gruncie niniejszej sprawy.

Ponadto, niedozwolone porozumienia, jak zauważa sam Odwołujący należy wykazać, a nie tylko uprawdopodobnić albo co więcej postawić tylko tezę o działaniu w grupie kapitałowej i pod nią próbować interpretować fakty. Ciężaru udowodnienia czy wykazania działania w grupie kapitałowej Odwołujący wobec powyższych okoliczności także nie udźwignął.

Zamawiający również z ostrożności procesowej, że gdyby okazało się prawdą, że I. W. jest córką J. L. i S. L. podniósł, że obie wykonawczynie zarówno I. W. jak i J. L. oświadczyły, każda na swój rachunek, że nie działają w grupie kapitałowej.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, 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. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę wykonawcy EKOMELBUD, ofertę wykonawcy I. W., ofertę wykonawcy J. L., wezwanie do wyjaśnień ceny z dnia 11 stycznia 2021 r. skierowane do wykonawcy EKOMELBUD, wyjaśnienia ceny oferty złożone przez EKOMELBUD pismem z dnia 13 stycznia 2021 r. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 marca 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody z dokumentów złożonych przez Zamawiającego przy odpowiedzi na odwołanie, tj.:

1. pismo EKOMELBUD z dnia 10 marca 2021 r.;
2. protokół 1/3/2019 z dnia 8 stycznia 2020 r.

Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron – na podstawie art. 541 ustawy nPzp - oddaliła wniosek Odwołującego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków, tj. p. J. L., p. S. L. oraz p. I. W. na okoliczność wykazania pozostawania przez I. W. oraz J. L. w grupie kapitałowej, istnienia pomiędzy tymi osobami powiązań prowadzących do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do tego, że p. I. W. nie podlega wykluczeniu z postępowania, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w cz. 2 postępowania, uznając, iż został on powołany jedynie dla zwłoki. Zgodnie z art. 541 ustawy nPzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W ocenie Izby całokształt okoliczności niniejszej sprawy, w tym w szczególności zakres postawionych zarzutów, a przede wszystkim ich lakoniczna warstwa faktyczna, nie uprawdopodobniały zasadności przeprowadzenia ww. dowodu. Ponadto sformułowana przez Odwołującego teza dowodowa była niepełna i błędna. Gdyby nawet przyjąć, iż w ww. osoby pozostają w relacjach rodzinnych, to powyższe *per se* nie przesądza o istnieniu grupy kapitałowej, w skład której wchodziłaby p. I. W. oraz p. J. L., czy też zawarcia niedozwolonego prawem porozumienia między ww. podmiotami, a to przede wszystkim z tej okoliczności faktycznej (relacji rodzinnych) Odwołujący wywodził stawiane w odwołaniu zarzuty.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość szacunkowa części 1 zamówienia powiększona o należny podatek VAT

stanowiła 140 754,85 zł. Z kolei średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w części 1 wynosiła 153 263,77 zł.

W części 1 zamówienia oferty złożyło czterech wykonawców, w tym wykonawca EKOMELBUD z ceną 82 971,86 zł. Z powyższego wynika zatem, że oferta wykonawcy EKOMELBUD stanowiła ok. 58,95% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 54,14% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

W części 2 zamówienia oferty złożyli następujący wykonawcy: Odwołujący, I. W. z ceną 419 119,59 zł, J. L. z ceną 360 284,63 zł, Melwood Sp. z o.o. z ceną 378 679,64 zł (z uwzględnieniem omyłek rachunkowych w treści oferty), Drew – Kos D. R. oraz Spółka Wodna Bedno. Wykonawca I. W. oraz wykonawca J. L. złożyły oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, przy czym w imieniu p. J. L. oświadczenie złożył pełnomocnik firmy – p. S. L. .

Pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę EKOMELBUD na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w części 1. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami powinny określać jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Podał, iż czynniki określa art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż zalecane jest by wykonawca załączył szczegółowe wyliczenia lub kalkulacje cenowe poparte dokumentami, przedstawiające sposób obliczenia zaproponowanej ceny oferty, co umożliwi zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na ww. wezwanie EKOMELBUD złożył wyjaśnienia z dnia 13 stycznia 2021 r. wskazując, że:

1. wartość 1 r-g została przyjęta na poziomie 20 zł brutto, tj. ok. 9% więcej niż wynosi minimalna stawka (zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15.09.2020 r.).
2. wiele robót np. dozоровanie terenu zbiorników, odczytywanie poziomów wody, sprzątanie terenu, malowanie elementów stalowych budowli i naprawę skarp przepławki zbiornika „Joachimów – Ziemiary” będą wykonywane osobiście przez właściciela firmy.
3. Firma EKOMELBUD posiada odpowiedni sprzęt: dwie ciągnikowe kosiarki bijakowe (w tym jedna na wysięgniku), kosiarkę pływającą – co pozwoli na szybkie (ok. 0,6 ha/godz.) wykoszenie ok. 80% powierzchni na terenie zbiornika w Regnowie oraz ok. 70% powierzchni na terenie zbiornika Joachimów – Ziemiary. Do wykoszenia ręcznego jest do dyspozycji odpowiednia ilość kos spalinowych, ręcznych oraz spalinowy mulczer.
4. Firma EKOMELBUD zatrudnia doświadczonych pracowników z długoletnim stażem, którzy wykonywali już roboty na obu tych zbiornikach wodnych, znają te obiekty, co daje gwarancję

prawidłowego wykonania prac.

Ceny jednostkowe zostały wyliczone na podstawie KNR 15-01, t. 0114/03, 07, 09.

Prace na tych obiektach firma EKOMELBUD wykonywała już wielokrotnie, zatem zakres prac jest znany bardzo dobrze. Od roku 2018, kiedy po raz ostatni prowadzone były tam prace park maszynowy firmy zwiększył się o nową kosiarkę bijakową z ciągnikiem, kilka kos spalinowych oraz mulczer.

Wyliczone ceny jednostkowe oraz wieloletnie doświadczenie są gwarancją prawidłowego wykonania całego zakresu robót oraz zapewniają firmie zysk.

Do wyjaśnień wykonawca nie załączył żadnych dowodów, czy też kalkulacji.

W dniu 5 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oferty wykonawcy R. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKOMELBUD R. G., a w części 2 oferty wykonawcy I. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowo Melioracyjne I. W. . Na miejscu drugim w rankingu ofert w każdej części uplasowała się oferta Odwołującego. Jednocześnie w części 2 zamówienia Zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ofertę wykonawcy J. L. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Konserwacji Zieleni J. L. z uwagi na to, iż ww. wykonawca nie udzielił w wyznaczonym terminie wyjaśnień w przedmiocie ceny dotyczących tej części zamówienia. Ponadto wykonawca Melwood Sp. z o.o. pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. oświadczył, że „nie podtrzymuje woli zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Z powodu zawarcia innej umowy w czasie rozstrzygania przetargu nie będziemy w stanie zrealizować i tej umowy”.

Pismem z dnia 10 marca 2021 r. wykonawca EKOMELBUD poinformował Zamawiającego, że w punkcie 1. Wyjaśnień ceny z dnia 13 stycznia 2021 r. została podana błędna cena 1 roboczogodziny (20 zł brutto). Rzeczywista cena roboczogodziny zawarta w ofercie wynosi 23,37 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Potwierdziły się zarzuty dotyczące części 1 zamówienia, tj. naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę EKOMELBUD.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia

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

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści 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.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco

niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Dalej wskazać należy, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia czy zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy. Tym samym rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę EKOMELBUD wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie jest rażąco niska.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę EKOMELBUD w przedmiocie ceny oferty była nieprawidłowa. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący, nie czyniły zadość wymaganiom Zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia 11 stycznia 2021 r., w szczególności w zakresie przedstawienia szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych oraz złożenia dowodów, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z uchybieniem należytej staranności. W ocenie Izby złożone przez wykonawcę EKOMELBUD wyjaśnienia cechowały się dużym stopniem ogólności, zawierały lakoniczne twierdzenia, często formułowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 lub ust. 1a ustawy Pzp, których nie można uznać za sprostanie obowiązku wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż wyjaśnienia składane przez wykonawców w ramach procedury badania ceny oferty nie mogą opierać się wyłącznie na zapewnieniach wykonawcy co do prawidłowej kalkulacji ceny oferty, bogatego doświadczenia danego podmiotu oraz doświadczenia jego kadry stanowiących gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego. Za szczególnie istotną okoliczność Izba uznała, iż wykonawca EKOMELBUD złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty nie poparł żadnym dowodem. Powyższe uchybienie wykonawcy skutkuje brakiem możliwości pozytywnej oceny treści złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Izba wzięła pod uwagę, iż wykonawca EKOMELBUD wraz z ofertą przedstawił formularze cenowe, jednakże wobec braku złożenia jakichkolwiek dowodów potwierdzających sposób budowy ceny nie można ustalić, czy przedstawione kalkulacje były rzetelne i wiarygodne, a w konsekwencji, czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska.

Rację miał również Odwołujący, iż wykonawca EKOMELBUD w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty nie wyjaśnił szczegółowo jakie konkretnie zasoby kadrowe oraz sprzętowe zostały przewidziane do realizacji zamówienia oraz czy i w jaki sposób dzięki tym czynnikom wykonawca mógł obniżyć cenę oferty.

Złożone wyjaśnienia poziomu ceny oraz załączone formularze cenowe nie wyjaśniają także w pełni kwestii kosztów pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny oferty, a co więcej, treść złożonych wyjaśnień w tym zakresie była niespójna. Wykonawca EKOMELBUD w punkcie 1. wyjaśnień wskazał, iż wartość 1 r-g przyjął na poziomie 20 zł brutto, tj. ok. 9% więcej niż wynosi minimalna stawka godzinowa zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15.09.2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (18,30 zł), podczas gdy w formularzu cenowym dotyczącym utrzymania i obsługi zbiornika wodnego pn. „Joachimów – Ziemiary” rz. Rawka, km 19+399, gm. Bolimów, pow. Skierniewicki, pkt 1.8 naprawa skarp na przeprawce (uzupełnienie wyrw w skarпах materiałem z dna przegród) podał stawkę r-g 19,00 zł netto (bez podatku VAT). Dostrzec należy, iż wskazana w ww. formularzu cenowym stawka r-g dotyczyła wyłącznie jednej pozycji i nie zostało wyjaśnione, czy ma ona zastosowanie do pozostałych prac ujętych w formularzach cenowych. Na podstawie złożonych wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2021 r. nie można również wywieść – jak uczynił to Zamawiający - iż wykonawca EKOMELBUD podał kwotę 20 zł brutto/r-g wskutek omyłki pisarskiej. Z treści złożonych wyjaśnień ceny oferty nie wynika również, czy wykonawca w kalkulacji ceny uwzględnił, a jeśli tak, to na jakim poziomie pełne koszty zatrudnienia. Wskazać również trzeba, iż dopiero po wniesieniu przedmiotowego odwołania, dzień przed rozprawą i niespełna dwa miesiące po złożeniu wyjaśnień poziomu ceny, wykonawca EKOMELBUD dostrzegł „omyłkę” w treści złożonych wyjaśnień w zakresie przyjętej stawki roboczogodziny, twierdząc, iż prawidłową jest stawka 23,37 zł brutto, a nie podana w piśmie z dnia 13 stycznia 2021 r. kwota 20 zł brutto.

Co kluczowe, w treści złożonych wyjaśnień wykonawca EKOMELBUD nie podał nawet na jakim poziomie osiągnie zysk z tytułu realizacji zamówienia, co zresztą potwierdził w toku rozprawy sam Zamawiający.

Reasumując stwierdzić należy, iż wykonawca EKOMELBUD nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny ofert, przez co w konsekwencji nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Oferta ww. wykonawcy podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące części 2 zamówienia, tj. zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16, 17, 20 i 23 oraz ust. 4 ustawy Pzp podniesione wobec wykonawcy Izabeli Wawer, jak również związany z ww. zarzutami – zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż ww. zarzuty oparte były na wspólnej okoliczności faktycznej, iż p. I. W. jest powiązana z wykonawcą J. L. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą

Usługi Konserwacji Zieleni J. L., albowiem w przypadku ofert ww. wykonawców osobą uprawnioną do kontaktu ze strony wykonawców jest p. S. L. – mąż p. J. L. oraz ojciec p. I. W. . Tym samym – zdaniem Odwołującego – złożone przez p. I. W. oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu uokik wprowadzało Zamawiającego w błąd. Jednocześnie Odwołujący stał na stanowisku, iż okoliczność, że p. J. L. nie odpowiedziała na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, czego konsekwencją było odrzucenie oferty wykonawcy, umożliwiło p. I. W. uzyskanie zamówienia w części 2, co także potwierdzało istnienie grupy kapitałowej między ww. podmiotami oraz zawarcie niedozwolonego porozumienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Z kolei w myśl punktu 17 ww. przepisu, 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.

Jednocześnie stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Tym samym grupę kapitałową tworzą przedsiębiorca dominujący i przedsiębiorcy zależni.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadniczej okoliczności stanowiącej podstawę podniesionych zarzutów. Odwołujący nie przeprowadził we wniesionym odwołaniu żadnego wywodu, który pozwoliłby przesądzić, iż jeden z ww. przedsiębiorców ma pozycję dominującą poprzez sprawowanie kontroli nad przedsiębiorcą zależnym. Aby taka kontrola

miała miejsce konieczne jest wskazanie formy wpływu, jaki podmiot dominujący miał mieć na drugiego przedsiębiorcę w sferze biznesowej, czego w okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie uczynił. W ocenie Izby relacje rodzinne pomiędzy dwoma równymi podmiotami gospodarczymi nie są wystarczające do przesądzenia, że istnieje zależność wynikająca np. z większościowego udziału głosu, czy też udziału w mieniu wspólnym lub innej formy pozwalającej na wywieranie wpływu na podejmowane decyzje biznesowe. Odwołujący w treści odwołania *de facto* ograniczył się do przywołania wyroku Izby z dnia 4 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 885/19 zapadłego w innym stanie faktycznym (pozostawania w związku małżeńskim wykonawców, pomiędzy którymi istnieje małżeńska wspólność majątkowa) oraz stwierdzenia, że „podobne relacje zachodzą pomiędzy rodzicami i dziećmi, a co za tym idzie również taką relacją powinno się uznawać za przynależność do grupy kapitałowej”, nie przeprowadzając przy tym żadnej, choćby szcątkowej, analizy owych relacji.

Podnieść również należy, iż samo nawet złożenie oferty przez spółki z grupy kapitałowej nie może prowadzić do automatycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jak wskazano, za orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.11.2019 r., sygn. akt KIO 2142/19, *grupy kapitałowe mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, iż przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej i tym samym będą działać w sposób konkurencyjny, a zasadnicze pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byłoby niezgodne z prawem Unii Europejskiej, prowadziłoby bowiem w konsekwencji do ograniczenia konkurencji na szczeblu wspólnotowym*. Powyższe prowadzi do konieczności wykazania przez zamawiającego nie tylko okoliczności złożenia ofert przez podmioty tworzące grupę kapitałową ale również tego, czy powiązania w ramach grupy kapitałowej mają przełożenie na działania wykonawców, w tym, przede wszystkim z punktu widzenia przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, np. poprzez próbę wpływu na pozycję ofert, czy też ograniczanie dostępu do zamówienia innym podmiotom spoza grupy kapitałowej.

Odnosząc się z kolei do zarzutu zaniechania wykluczenia p. I. W. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp zasadnym jest odniesienie się do tej części normy prawnej, która wskazuje na konieczność wykazania przez zamawiającego, iż porozumienie podmiotów składających oferty w postępowaniu miało na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Innymi słowy, treść normy nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż nie każde porozumienie stanowić może podstawę do wykluczenia z postępowania, a jedynie takie, które zakłóca konkurencję w postępowaniu. A zatem wykluczenie wykonawcy na ww.

podstawie prawnej musi wiązać się z posiadaniem przez zamawiającego stosownych dowodów wskazujących na okoliczność zawarcia niedozwolonego porozumienia, czy też dokonaniem konkretnych ustaleń wynikających choćby z dowodów pośrednich, że w okolicznościach danej sprawy zamawiający ma do czynienia z zakłóceniem uczciwej konkurencji.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Odwołujący ograniczył się do wskazania powiązań rodzinnych między p. I. W., p. J. L. oraz p. S. L.. Ponadto Odwołujący stwierdził, iż p. S. L. odpowiadał za skonstruowanie oferty p. I. W. i p. J. L. oraz odpowiadał za kontakt z Zamawiającym. Jednocześnie - zdaniem Odwołującego – niezłożenie wyjaśnień w zakresie ceny oferty przez p. J. L., skutkowało wyborem droższej oferty p. I. W. oraz potwierdzało zawarcie niedozwolonego porozumienia.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń należy wskazać, iż nie można podzielić argumentacji Odwołującego, że za skonstruowanie ofert p. I. W. oraz p. J. L. odpowiadał p. S. L. . Co więcej, Odwołujący nie wyjaśnił w treści odwołania i nie wskazał na żadne okoliczności faktyczne, które potwierdzałyby powyższą tezę. Dalej podnieść należy, iż z treści upoważnienia udzielonego przez p. I. W. p. S. L. nie wynika, by ww. osoba była upoważniona do skonstruowania treści oferty. Treść ww. dokumentu potwierdza, iż p. S. L. był upoważniony do reprezentowania wykonawcy w zakresie: podpisywania umów na prace zlecone, podpisywania protokołów przejęcia budowy (zadania), wypełniania dzienników prowadzonych robót, kontroli pracowników, zgłaszania robót do odbioru oraz brania udziału w odbiorach robót i podpisywania protokołów odbioru robót. Tym samym zakres upoważnienia udzielonego p. S. L. nie umocowywał do kontaktów z Zamawiającym na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a po jego zakończeniu. Wskazać również należy, iż ofertę wraz z załącznikami podpisała osobiście p. I. W. . Inna sytuacja miała miejsce w przypadku oferty złożonej przez p. J. L., w imieniu i na rzecz której działał pełnomocnik – p. S. L. upoważniony m.in. do reprezentowania wykonawcy w organizowanych przetargach, składania niezbędnych oświadczeń, deklaracji, zeznań, odwołań, wniosków i innych pism, załatwiania spraw w US, ZUS, odbioru należności finansowych, podpisywania faktur, czy zawierania umów związanych z działalnością firmy i uczestniczeniem w odbiorach robót.

Następnie wskazać należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy odpadła zasadnicza przesłanka, która – zdaniem Odwołującego – miała potwierdzać istnienie między p. I. W. a p. J. L. niedozwolonego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, tj. zaniechanie udzielenia wyjaśnień ceny oferty przez p. J. L. celem przysporzenia korzyści majątkowej w postaci udzielonego zamówienia p. I. W. . Odwołujący pominął jednak, iż na drugim miejscu w rankingu ofert w części 2 zamówienia, tj. pomiędzy ofertą p. J. L. oraz ofertą p. I. W. uplasowała się oferta wykonawcy Melwood Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach, który pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. oświadczył, że „nie podejmuje

woli zawarcia umowy o zamówienie publiczne”. Tym samym wezwana pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. (termin na udzielenie wyjaśnień upływał 15 stycznia 2021 r.) do złożenia wyjaśnień ceny oferty p. J. L. nie mogła mieć świadomości o zamiarze odstąpienia od realizacji zamówienia przez wykonawcę Melwood Sp. z o.o., czego konsekwencją był wybór kolejnej oferty w rankingu ofert, tj. oferty p. I. W. .

Co szczególnie istotne, Odwołujący nie zarzucał w treści odwołania zawarcia niedozwolonego porozumienia między p. I. W., p. J. L. a wykonawcą Melwood Sp. z o.o. W świetle powyższej okoliczności brak było wystarczających podstaw do stwierdzenia, iż ww. wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na powyższe w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż wykonawca p. I. W. wprowadziła Zamawiającego w błąd składając oświadczenie, iż nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Tym samym nie potwierdziła się podstawowa przesłanka warunkująca wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Jednocześnie w okolicznościach przedmiotowej sprawy za niepotwierdzony uznała zarzut zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W niniejszej sprawie Odwołujący zawarł 2 zarzuty w *petitum* odwołania, każdy dotyczący innej części zamówienia. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego części nr 1 zamówienia oraz nie uwzględniła zarzutu dotyczącego części nr 2 zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7 500 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł, koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 640,02 zł, a także koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 15 357 zł 02 gr). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11 757,02 zł tytułem wpisu od

odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów noclegu oraz parkingu (7 500 zł + 3 600 zł + 17 zł + 640,02 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 7 678,51 zł (15 357,02 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4079 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: