

WYROK
z dnia 14 lutego 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2018 roku przez Odwołującego: wykonawcę S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „HERKULES” Usługi Rozbiórkowo – Budowlane S. O. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział w Koszalinie

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia: E. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe E. W., zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

oraz przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia: S. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. C. Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania zbadania oferty złożonej przez wykonawcę: S. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. C. Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych w zakresie oferowanego terminu wykonania zamówienia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie wykonawcy: S. C. prowadzący

działalność gospodarczą pod nazwą S. C. Firma Handlowa „ITOS” Wyburzenie Obiektów Przemysłowych do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie oferowanego terminu wykonania zamówienia.

2. Pozostałe zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. 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,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 14 435 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta trzydzieści pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika i koszty dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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 Koszalinie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział w Koszalinie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie rozbiórki całkowitej budynków i budowli położonych w miejscowości Płonino „Ferma Karolówek”, gmina Rymań, powiat kołobrzeski, województwo zachodniopomorskie na działce nr 167/21 i 167/23 obręb Rzesznikowo”, nr KOS.WOP.SZP.260.02.2017 (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia nie przekracza równowartości kwoty 5 225 000 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 grudnia 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 633696-N-2017.

W dniu 30 stycznia 2018 r. wykonawca S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „HERKULES” Usługi Rozbiórkowo – Budowlane S. O. z siedzibą w Słupsku (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, dokonanych przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- 1) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy S. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. C. Firma Handlowa „ITOS” Wyburzenie Obiektów Przemysłowych (dalej jako „Przystępujący ITOS”), podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd i przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, co do posiadania nierealnego terminu wykonania zamówienia i co do posiadania niezbędnych środków technicznych, co [do – przyp. składu orzekającego] możliwości wykonania zamówienia w zaproponowanym terminie;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ITOS zawierającej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i zaniechanie wyjaśnienia istotnych okoliczności budzących wątpliwości, co do terminu wykonania prac zaproponowanych przez Przystępującego ITOS.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego ITOS;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 3) wykluczenie Przystępującego ITOS z Postępowania;
- 4) odrzucenie oferty Przystępującego ITOS;
- 5) ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa, na okoliczność czy przy użyciu sprzętu wskazanego przez Przystępującego ITOS, pracującego 8 godzin dziennie, możliwe jest wykonanie prac będących przedmiotem postępowania przetargowego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, iż Przystępujący ITOS zadeklarował w dokumentach załączonych do oferty oraz w składanych wyjaśnieniach, iż przy użyciu sześciu pracowników, dwóch koparko-ładowarek, dwóch samochodów ciężarowych, pracujących 8 godzin dziennie wykona zleczone prace w terminie 14 dni, a z uwagi na normy czasu pracy faktycznie w ciągu 12 dni, natomiast sam Zamawiający określił termin wykonania zamówienia na 90 dni.

W ocenie Odwołującego faktyczna ilość dni niezbędna do wykonania zlecenia przedstawia się następująco:

1. Burzenie ścian, kucie betonów, szklanek pod halą, fundamentów przy użyciu 2 koparek z takim wyposażeniem jw. 7 dni roboczych przy zaangażowaniu 9 godz. x 2 koparki = 18 godz /doba

2. wywóz z załadunkiem i wyładunkiem (odwóz do 5km):

- deklarowane 2 auta 5-cio osiowe (25t załadunku) x 16 m-g/dziennie = 400t

gruzu betonowego KOWR szacuje na $3312m^3 \times 2,2 = 7286,4t$

gruzu ceglanego $1164,64m^3 \times 1,6 = 1863,42t$

Razem 9149t gruzu, takie ilości musiałyby być wywożone przez te 2 auta przez 23 dni

3. Płyty drogowe w ilości 2194 szt. (3,75m²/sztuka) załadunek + wywóz +rozładunek

20 SZT. MIEŚCI SIĘ NA JEDNYM AUCIE = 2 auta x kursy (max) = 6 kursów = 120szt./dziennie

czyli około 18 dni wywożenie z budowy

tyle samo trwa demontaż płyt z drogi i załadunek (koparka)

4. Drewno szacowana ilość przez KOWR to 423m³

jedno auto zabierze 30m³ (MAX) - 5 kursów x 2 = 10 kursów/dziennie, czyli około 1,5 dnia pracy auta plus załadunek

5. zbiorniki metalowe, konstrukcja hali (przy założeniu że nie będzie odzyskiwana): demontaż z załadunkiem 1 koparka przez 7 dni po 8 godz./ dziennie + cięcie palnikami niektórych elementów (większość zrobią nożyce)

-załadunek

6. Śmieci z terenu rozbiórki szacowane przez KOWR na 350m³ - załadunek i wywóz na śmietnisko do KOSZALINA

- 3 kursy dziennie x 2 auta = 6x30m³ = 180m³ czyli 2 dni

7. Plantowanie terenu (równanie):

(7029m²+120m²+123m²+728m²+1148m²+1230m²+60m²+1200m²+728m²+168m²+375m²+15 m²) = 14031 m² - 2 dni pracy spycharki lub koparki z łyżką skarpową.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego wyliczenia wynika, iż Przystępujący ITOS błędnie wyliczył niezbędny czas do wykonania zlecenia lub nie dysponuje potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zlecenia w ciągu 14 dni.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2016 r. (KIO 2091/16), w którym uznano, iż wyznaczenie bardzo krótkiego terminu realizacji zamówienia, który nie jest możliwy do dotrzymania, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał badania wybranej oferty w zakresie terminu wykonania zamówienia, mimo że Odwołujący zgłaszał wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia w terminie 14 dni już w trakcie Postępowania, a dodatkowo pozostałe oferty zawierały termin 30-dniowy lub dłuższy.

Postępowanie Przystępującego ITOS może sugerować, że wkalkulował on w cenę ewentualne kary za niedotrzymanie terminu, a to również stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co zostało potwierdzone wyrokiem KIO 543/17 z dnia 29 marca 2017 r.

W ocenie Odwołującego przytoczone powyżej wyliczenia potwierdzają, że złożenie oferty przez Przystępującego ITOS stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a Zamawiający mimo takiego obowiązku zaniechał wyjaśnienia okoliczności związanych z zaproponowanym terminem, do czego był zobowiązany.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie pismem z dnia 9 lutego 2017 r., wnosząc o jego oddalenie.

W dniu 1 lutego 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca: S. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. C. Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych.

W dniu 2 lutego 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca: E. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe E. W. .

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego: wykonawcy E. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe E. W. (po stronie Odwołującego) oraz wykonawcy S. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. C. Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych – *Przystępujący ITOS* (po stronie Zamawiającego).

Przystępujący ITOS przedstawił swoje w stanowisko w sprawie na rozprawie przed Izbą i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Na podstawie treści odwołania Izba ustaliła, iż w Odwołujący postawił następujące zarzuty:

- 1) zaniechanie wykluczenia z postępowania (i w konsekwencji odrzucenia oferty) Przystępującego ITOS na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd/przedstawienia informacji wprowadzających w błąd co do podania nierealnego terminu wykonania zamówienia i co do posiadania niezbędnych środków technicznych [*zarzut pierwszy*];
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ITOS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z podaniem nierealnego terminu wykonania zamówienia [*zarzut drugi*];
- 3) zaniechanie zbadania (wyjaśnienia treści) oferty Przystępującego ITOS co do podanego terminu wykonania zamówienia w związku z występującymi wątpliwościami, czy w terminie zadeklarowanym przez ww. wykonawcę istnieje realna możliwość wykonania zamówienia [*zarzut trzeci*].

Mając na uwadze stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17 Izba uznała, iż wszystkie ww. zarzuty podlegają rozpoznaniu, w tym także zarzut trzeci bezpośrednio związany z dwoma pozostałymi.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania oraz z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie oraz złożonych przez Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie. Izba postanowiła oddalić wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa, na okoliczność czy przy użyciu sprzętu wskazanego przez Przystępującego ITOS, pracującego 8 godzin dziennie, możliwe jest wykonanie prac będących przedmiotem postępowania przetargowego. Mając na uwadze fakt, iż na chwilę obecną nie jest dokładnie znany zamierzony sposób realizacji zamówienia przez Przystępującego ITOS Izba uznała, iż przeprowadzenie ww. dowodu nie byłoby przydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Z dokumentacji Postępowania wynika, iż Zamawiający jako kryteria oceny ofert określił: 1) cenę brutto /waga 60%/ oraz termin wykonania umowy /waga 40%/ (pkt 18.1 SIWZ). Zgodnie z pkt 18.3 SIWZ termin realizacji zamówienia nie może być dłuższy niż termin określony w rozdziale 7 SIWZ, tj. nie może być dłuższy niż 90 dni od dnia przekazania placu. Do wyliczenia terminu Zamawiający przyjmie termin realizacji zamówienia wskazany przez Wykonawcę w formularzu oferty.

Zgodnie z pkt 7.1 SIWZ termin realizacji zamówienia został określony na maksymalnie 90 dni od dnia przekazania placu. Zgodnie z pkt 7.3 SIWZ Wykonawca w „Formularzu oferty” (załącznik nr 1 do SIWZ) zobowiązany jest do wskazania terminu wykonania zamówienia. Termin wykonania zamówienia będzie punktowany w jednym z kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z pkt 3.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie rozbiórki całkowitej budynków i budowli położonych w miejscowości Płonino „Ferma Karolówek”, gmina Rymań, powiat kołobrzeski, województwo zachodniopomorskie na działce nr 167/21 i 167/23 obręb Rzesznikowo nw. budynków: 1) zbiornik 500m³, 2) zbiornik Z60, 3) zbiornik p-poż, 4) zbiornik na gnojowicę, 5) budynek porodówki, 6) kotłownia ze składem opału, 7) centralna paszarnia, 8) komora sztuk padłych, 9) budynek wysokiej ciężkości, 10) budynek loch luźnych, 11) rampa, 12) chlewnia loch luźnych, 13) chlewnia loch prośnych, 14) chlewnia fazy karmienia, 15)

budynek z wagą wozową, 16) budynek usług technicznych, 17) przepompownia, 18) przepompownia, 19) przepompownia, 20) przepompownia, 21) przepompownia, 22) przepompownia, 23) komora zasuw, 24) droga dojazdowa, 25) droga do centralnej paszarni, 26) droga dojazdowa, 27) ogrodzenie, 28) piec trzykomorowy.

Zgodnie z pkt 3.2 SIWZ zakres robót rozbiórkowych obejmuje:

- 1) całkowitą rozbiórkę budynków wymienionych w punkcie 3.1 SIWZ wraz z posadzką i fundamentami,
- 2) uporządkowanie i oczyszczenie terenu z gruzu i innych pozostałości po rozbiórce oraz usunięcie ich w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, a w szczególności zgodnie z ustawą o odpadach,
- 3) wywiezienie materiałów pochodzących z rozbiórki,
- 4) plantowanie do poziomu terenu otaczającego i uporządkowanie terenu,
- 5) sporządzenie i dostarczenie powykonawczej inwentaryzacji geodezyjno-kartograficznej i innej niezbędnej do wprowadzenia zaistniałych zmian do ewidencji gruntów i budynków we właściwym Starostwie Powiatowym.

Zgodnie z pkt 3.2 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w specyfikacji technicznej wykonania rozbiórki obiektów budowlanych w miejscowości Płonino gm. Rymań i odbioru robót budowlanych oraz – jedynie dla celów pomocniczych – w przedmiarze robót.

W pkt 3.7 SIWZ Zamawiający zawarł wykaz czynności w zakresie realizacji zamówienia, które wykonywać winny osoby zatrudnione u wykonawcy lub podwykonawcy na podstawie umowy o pracę:

- rozebranie konstrukcji dachu,
- rozebranie konstrukcji ścian i słupów,
- rozebranie podłóg,
- rozebranie fundamentów,
- uporządkowanie terenu.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w Postępowaniu zostało złożonych 18 ofert, w których zawarto następujące terminy wykonania zamówienia:

- 1) Oferta nr 1 - 60 dni,
- 2) Oferta nr 2 (oferta Przystępującego ITOS) - 14 dni,
- 3) Oferta nr 3 - 14 dni,
- 4) Oferta nr 4 - 55 dni,
- 5) Oferta nr 5 - 75 dni,
- 6) Oferta nr 6 - 58 dni,

- 7) Oferta nr 7 - 45 dni
- 8) Oferta nr 8 (oferta Odwołującego) - 30 dni,
- 9) Oferta nr 9 - 60 dni,
- 10) Oferta nr 10 - 60 dni,
- 11) Oferta nr 11 - 60 dni,
- 12) Oferta nr 12 - 58 dni,
- 13) Oferta nr 13 (oferta Przystępującego po stronie Odwołującego) - 60 dni,
- 14) Oferta nr 14 - 20 dni,
- 15) Oferta nr 15 - 43 dni,
- 16) Oferta nr 16 - 45 dni,
- 17) Oferta nr 17 - 21 dni,
- 18) Oferta nr 18 - 45 dni.

Pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego ITOS do złożenia wyjaśnień treści oferty w odniesieniu do elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący ITOS udzielił pismem z dnia 11 stycznia 2018 r. stwierdzając między innymi, iż:

- teren rozbiórki znajduje się w niedalekiej odległości od miejsca, w którym aktualnie prowadzi prace rozbiórkowe. W związku z tym koszty związane z transportem maszyn budowlanych na miejsce rozbiórki zostały niemal całkowicie wykluczone;
- prace rozbiórkowe będą wykonywane przez 14 dni po 8 godzin dziennie przez 6 pracowników;
- koszty pracy sprzętu: koparka gąsienicowa VOLVO EC 280 28 ton, wyposażona w 2-tonowy młot wyburzeniowy = 14 dni po 7 godzin dziennie, koparka gąsienicowa CAT 323 wyposażona w nożyce tnąco-kruszące oraz łyżkę = 14 dni po 7 godzin dziennie, 2 szt. x samochód samowyładowczy pięciosiowy = 14 dni po 6 godzin dziennie.

Pismem z dnia 18 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego ITOS, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów, w tym wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

W ww. wykazie Przystępujący zadeklarował dysponowanie następującym sprzętem: 1) koparka gąsienicowa CAT wyposażona w łyżkę i nożyce tnąco-kruszące (masa własna/ładowność: 25 ton); 2) koparka gąsienicowa CASE wyposażona w łyżkę (masa własna/ładowność: 25 ton); 3) samochód ciężarowy MERCEDES ACTROS z zabudową samowyładowczą (masa własna/ładowność: 22 tony).

Przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający zlecił sporządzenie analizy możliwości wykonania zamówienia przez Przystępującego we wskazanym przez niego terminie. Analiza została sporządzona w dniu 15 stycznia 2018 r. W pierwszej części analizy – *zestawienie potencjału* - odniesiono się do danych dotyczących wykonania przez innego wykonawcę podobnego zamówienia (czas realizacji zadania 3 krotnie większego przy potencjale 5 krotnie większym). Natomiast druga część analizy dotyczyła możliwości transportowych. Przyjęto, iż wykonawca deklaruje dwa pojazdy o ładowności 25 ton. Łączna masa materiałów rozbiórkowych została ustalona na 9761 ton.

W związku z przyjętymi założeniami dokonano następujących obliczeń:

Obliczenie ilości kursów: $9761/25 = 390$ kursów;

Ilość kursów przy deklarowanym potencjale (2 samochody) = 195

Ilość kursów dzienna = $195/14 = 14$

Czas trwania kursu (z zał. i rozładunkiem) w ciągu 8 godzin = 34 minuty

Na podstawie ww. wyliczeń sformułowany został następujący wniosek: *„realizacja możliwa wywozu całości materiałów rozbiórkowych dwoma samochodami o ład 25 ton w przypadku transportu na odległość ok. 2 – 3 km.”.*

Na podstawie wyników analizy sformułowano następujący wniosek końcowy: *„realizacja zadania przez oferenta w deklarowanym czasie możliwa pod warunkiem transportu materiałów rozbiórkowych na nieznaczną odległość którą to oferent zadeklarował w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2018 r.”*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2018 r. (KIO 38/17) należy wskazać, iż *„postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu*

danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).”

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu w zakresie dwóch pierwszych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Uzasadnienie ww. zarzutów Odwołujący wywodził z okoliczności faktycznej, jaką było zaoferowanie przez Przystępującego ITOS nierealnego terminu realizacji zamówienia. Na potwierdzenie słuszności tego twierdzenia Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, a jedynie powołał się na własne wyliczenia, które przedstawił w treści odwołania. W ocenie składu orzekającego wyliczenia te potwierdzają wprowadzenie wątpliwości co do realności terminu realizacji umowy zaoferowanego przez Przystępującego ITOS, jednakże okoliczności tej w żaden sposób nie dowodzą.

Wyliczenia Odwołującego obejmują różnorodne czynności wchodzące w skład przedmiotu zamówienia, jednakże ich zakres odwołuje się do sposobu wykonania umowy zaplanowanego przez Odwołującego, a nie Przystępującego ITOS. Świadczy o tym ujęcie w wyliczeniach transportu (wywozu) płyt drogowych, który zgodnie ze złożonymi przez Przystępującego ITOS wyjaśnieniami (w trybie art. 90 ustawy Pzp) nie będzie mieć miejsca w przypadku tego wykonawcy. Przedstawienie wyliczeń uwzględniających sposób realizacji zamówienia przez Przystępującego ITOS w ogóle nie było możliwe, gdyż – poza informacjami przekazanymi w treści wyjaśnień dotyczących ceny oferty - nie jest on dokładnie znany. Na podstawie wyliczeń Odwołującego nie jest możliwe określenie realnego terminu realizacji przedmiotowego zamówienia, albowiem wyliczenia zostały przedstawione odrębnie dla poszczególnych zadań, a terminy ich realizacji pokrywają się. W związku z tym termin realizacji całego zamówienia jest krótszy niż wynikałoby to z zsumowania terminów realizacji poszczególnych zadań (o ile dokładnie – ta informacja nie wynika ze przedstawionych przez Odwołującego wyliczeń). Należy również podkreślić, iż przedstawione wyliczenia nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami.

Odwołujący, powołując się jedynie na okoliczność zaoferowania przez Przystępującego nierealnego terminu realizacji zamówienia, nie udowodnił również innych przesłanek wymaganych do stwierdzenia wskazywanych naruszeń. Dotyczy to w szczególności pierwszego z postawionych zarzutów.

Z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wynika, że do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie konieczne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- w wyniku zachowania wykonawcy przy przedstawianiu informacji zamawiający zostaje wprowadzony został w błąd [przesłanka 1],

- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa [*przesłanka 2*],
- błąd dotyczy informacji co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji [*przesłanka 3*].

Natomiast z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wynika, iż wynika, że do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie konieczne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- w wyniku zachowania wykonawcy polegającego na przedstawieniu informacji zamawiający zostaje wprowadzony został w błąd [*przesłanka 1*],
- wykonawca działał w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa [*przesłanka 2*],
- błąd dotyczy informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia [*przesłanka 3*].

Wskazane powyżej przesłanki nie zostały przez Odwołującego udowodnione, a nawet nie zostały w żaden sposób wykazane. Nie jest wiadome, czy Odwołujący zarzuca Przystępującemu ITOS zamierzone działanie, niedbalstwo czy lekkomyślność. Odwołujący nie wyjaśnił, czy wprowadzenie Zamawiającego w błąd odnosi się do podania nierealnego terminu realizacji zamówienia, czy odnosi się do podania nieprawdy w zakresie deklarowanych zasobów technicznych. Ostatnia z wymienionych kwestii ma znaczenie w odniesieniu do trzeciej przesłanki, w szczególności na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, albowiem wymaga ustalenia czy błąd dotyczy informacji co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Izba uznała, iż potwierdził się trzeci z zarzutów podniesionych w odwołaniu, tj. zaniechanie zbadania (wyjaśnienia treści) oferty Przystępującego ITOS co do podanego terminu wykonania zamówienia w związku z występującymi wątpliwościami, czy w terminie zadeklarowanym przez ww. wykonawcę istnieje realna możliwość wykonania zamówienia.

Wprawdzie stan faktyczny sprawy odnoszący się do ww. zarzutu okazał się w pewnym zakresie odmienny od przedstawionego w odwołaniu (o czym Odwołujący nie mógł wiedzieć), jednakże w związku z informacjami przedstawionymi przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie w ocenie składu orzekającego zarzut ten okazał się być jeszcze bardziej uzasadniony.

Z treści odwołania wynika bowiem, iż Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie dokonania jakichkolwiek wyjaśnień w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia zaoferowanego przez Przystępującego ITOS w sytuacji, gdy istniały uzasadnione

wątpliwości co do jego realności. Jak natomiast wynika z treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dokonał czynności polegającej na wyjaśnieniu ww. okoliczności, tj. zlecił sporządzenie analizy możliwości wykonania zamówienia przez Przystępującego ITOS w wskazanym przez niego terminie.

Należy podkreślić, iż w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca uregulował instytucję wyjaśniania treści oferty przede wszystkim jako uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego. Uprawnienie to może się jednak przerodzić w obowiązek Zamawiającego w sytuacji stwierdzenia przez niego występowania wątpliwości co do treści oferty złożonej przez danego wykonawcy, jeżeli może to mieć znaczenie dla ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty.

Wskazana powyżej sytuacja wystąpiła w przedmiotowej sprawie. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, a w szczególności z załączonego do niej dokumentu zatytułowanego „*Analiza możliwości wykonania zadania zgodnie z przedstawioną ofertą*” (dalej jako „Analiza”) Zamawiający powziął wątpliwości co do realności terminu wykonania zamówienia przez Przystępującego ITOS. Tym samym po stronie Zamawiającego powstał obowiązek wyjaśnienia oferty Przystępującego ITOS w ww. zakresie.

Wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez Przystępującego ITOS w zadeklarowanym terminie Zamawiający postanowił wyjaśnić zlecając sporządzenie Analizy. Jednakże w ocenie składu orzekającego Izby Analiza (2 strony) nie jest przydatna dla rozstrzygnięcia zaistniałych wątpliwości w ww. zakresie. Pierwsza część Analizy odnosi się do danych dotyczących wykonania przez innego wykonawcę podobnego zamówienia publicznego. Nie jest jednak wiadome co dokładnie było przedmiotem tego innego zamówienia – w Analizie, poza jego nazwą, zawarto jedynie ogólne stwierdzenie: „*zadanie większe o 288%*”. Przede wszystkim jednak fakt wykonania jednego (i innego) zamówienia przez innego wykonawcę nie może być przesądzający dla uznania, iż termin realizacji zaoferowany w obecnym Postępowaniu jest terminem realnym. Natomiast druga część Analizy odnosi się nie do całości przedmiotu zamówienia, lecz wyłącznie do możliwości transportowych. Tym samym Analiza nie obejmuje pozostałych zadań wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze sformułowany wniosek: „*realizacja możliwa wywozu całości materiałów rozbiórkowych o ład 25 ton w przypadku transportu na odległość ok. 2-3 km.*” należy wręcz stwierdzić, iż wyniki tej analizy potwierdzają, że termin 14-dniowy realizacji umowy jest terminem nierealnym. Po pierwsze z Analizy wynika, że same czynności polegające na wywozie materiałów rozbiórkowych zajmą Przystępującemu ITOS 14 dni. W związku z tym pojawia się uzasadnione pytanie, które nie zostało postawione przez Zamawiającego, kiedy ma mieć miejsce realizacja pozostałych zadań. Po drugie, jak wynika ze sformułowanego wniosku, realizacja czynności wywozu jest możliwa wyłącznie

w przypadku spełnienia określonego przez autora Analizy warunku, tj. w przypadku transportu na odległość ok. 2 – 3 km. Jednakże z treści wyjaśnień Przystępującego ITOS złożonych w trybie art. 90 ustawy Pzp nie wynika, iż zamierza on dokonywać wywozu materiałów rozbiórkowych do miejsca znajdującego się w odległości ok. 2 – 3 km od miejsca rozbiórki. Taka informacja w ogóle nie została zawarta w treści pisma Przystępującego ITOS z dnia 11 stycznia 2018 r. Ponadto, na rozprawie Zamawiający poinformował, iż najbliższa regionalna instalacja, do której Przystępujący ITOS może dokonać wywozu odpadów znajduje się w miejscowości Mirowo [tj. w odległości ok. 8 km od miejsca rozbiórki]. Przystępujący ITOS do tego twierdzenia Zamawiającego w żaden sposób się nie ustosunkował. Po trzecie, do dokonania wyliczeń na potrzeby analizy przyjęte zostały błędne dane dotyczące ładowności samochodów posiadanych przez Przystępującego. Z treści wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych złożonego przez Przystępującego ITOS wynika, iż ładowność ta wynosi 22 tony, a nie 25 ton. Po czwarte, do sporządzenia wyliczeń zostały przyjęte błędne dane odnośnie liczby godzin pracy kierowców samochodów, albowiem jak wynika z treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 11 stycznia 2018 r. będzie to 6 godzin dziennie, a nie 8 godzin dziennie.

Przede wszystkim jednak, sporządzona analiza jest nieprzydatna do wyjaśnienia wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu umowy w terminie zadeklarowanym przez Przystępującego ITOS z tej prostej przyczyny, iż dokładny sposób wykonania umowy przez tego wykonawcę nie jest Zamawiającemu znany. Informacje, jakie zostały Zamawiającemu przekazane w piśmie z dnia 11 stycznia 2018 r. są niewystarczające, albowiem zostały one przekazane w zupełnie innym celu, tj. na potrzeby wyjaśnienia ceny oferty. Zamawiający powinien dysponować bardziej szczegółowymi informacjami odnośnie sposobu realizacji zamówienia przez Przystępującego ITOS, tak aby być w stanie ocenić, czy zaoferowany przez tego wykonawcę termin realizacji zamówienia jest terminem realnym.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż zarzut zaniechania zbadania (wyjaśnienia treści) oferty Przystępującego ITOS co do podanego terminu wykonania zamówienia potwierdził się i w związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie oferowanego terminu wykonania zamówienia.

Dokonując oceny wyjaśnień Przystępującego ITOS, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na ww. wezwanie, Zamawiający obowiązany będzie dokonać ich analizy przy uwzględnieniu informacji, jakie zostały podane przez tego wykonawcę na wcześniejszym etapie Postępowania, w tym w piśmie z dnia 11 stycznia 2018 r., tj. w szczególności w odniesieniu do liczby pracowników, ilości godzin pracy w ciągu doby, posiadanego sprzętu. Informacje te zostały podane w ramach wyjaśnień ceny oferty w trybie art. 90 ustawy Pzp i są wiążące w tym znaczeniu, że wykonawca nie może bez negatywnych dla siebie konsekwencji

podawać odmiennych informacji na późniejszym etapie postępowania. Mając na uwadze stanowisko przedstawione na rozprawie przez Zamawiającego należy podkreślić, iż Przystępujący ITOS nie może oświadczyć, iż zamówienie planuje zrealizować przy pomocy większej liczby pracowników niż to wynika z jego wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ustawy Pzp, albowiem oznaczałoby to po pierwsze, iż poziom kosztów realizacji zamówienia jest wyższy niż wynikający z treści wcześniejszych wyjaśnień, a ponadto takie działanie należałoby zakwalifikować jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Dotyczy to również pozostałych okoliczności mających znaczenia zarówno dla poziomu kosztów, jak i terminu wykonania zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 14 435 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta trzydzieści pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł – zgodnie ze złożoną fakturą VAT) i dojazdu na rozprawę (835 zł). Kwota stanowiąca koszty dojazdu na rozprawę została zasądzona na podstawie złożonego spisu kosztów (po zmniejszeniu, o którym mowa poniżej) zawierającego takie dane jak trasa przejazdu, ilość km, stawka za jeden kilometr przebiegu pojazdu, stosując posiłkowo przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. z 2002 r., poz. 271, ze zm.). Na konieczność posiłkowego stosowania w tym zakresie przepisów ww. rozporządzenia wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwie sądowym (np. wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia z dnia 23 czerwca 2017 r. (sygn. akt VII Ca 338/17). Kwota stanowiąca koszty dojazdu (835 zł) na rozprawę została pomniejszona w stosunku do wskazanej przez Odwołującego w spisie kosztów (918.50 zł) z uwagi na fakt, iż zgodnie z informacjami zamieszczonymi w Internecie ilość km na trasie wskazanej przez Odwołującego (Słupsk – Warszawa) jest mniejsza niż podana w spisie kosztów (550 km) i wynosi, w zależności od obranej trasy: od 439 do 501 km [dane dla jazdy samochodem].

Przewodniczący: