

Sygn. akt: KIO 2517/19

**WYROK**  
**z dnia 31 grudnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Obsługi Nieruchomości i Nadzorów Inwestycyjnych R. S.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ryki**,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Obsługi Inwestycji Budowlanych M. S. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Gminę Ryki** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Obsługi Nieruchomości i Nadzorów Inwestycyjnych R. S.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Ryki** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Obsługi Nieruchomości i Nadzorów Inwestycyjnych R. S.** kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione 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 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia -

przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Ryki [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją przedsięwzięcia obejmującego wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego: zmiana sposobu użytkowania budynku byłej Komendy Powiatowej Policji w Rykach na Ośrodek Pomocy Społecznej i podmiotów ekonomii społecznej, realizowana w ramach zadania pn. „Kompleksowa rewitalizacja centrum miasta Ryki”* (znak postępowania: WIR.271.41.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 października 2019 r. pod numerem 612765 – N - 2019.

W dniu 11 grudnia 2019 r. wykonawca R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Obsługi Nieruchomościami i Nadzorów Inwestycyjnych R. S. [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu niezgodność z ustawą Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Biuro Obsługi Inwestycji Budowlanych M. S., Wojciechów 175A, 24-204 Wojciechów [dalej „M. S.”] z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji w której wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu;
2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Biuro Obsługi Inwestycji Budowlanych M. S., Wojciechów 175A, 24-204 Wojciechów z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, w sytuacji w której wykonawca ten 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 (nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia inspektora nadzoru branży elektrycznej Z. W.);
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Obsługi Inwestycji Budowlanych M. S., Wojciechów 175A, 24-204 Wojciechów z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny; oraz z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania wykluczenia z postępowania wykonawcy Biuro Obsługi Inwestycji Budowlanych

M. S., Wojciechów 175A, 24-204 Wojciechów;

3. dokonania odrzucenia oferty złożonej przez Biuro Obsługi Inwestycji Budowlanych M. S., Wojciechów 175A, 24-204 Wojciechów;

4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Wskazał na postanowienia punktu 2.2, 4.2.3 oraz 12.1 SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy M. S. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że ww. wykonawca w treści swojej oferty (pkt C. ppkt 3 „Doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej”) podał nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia inspektora nadzoru branży elektrycznej p. Z. W. . Oferta M. S. zawiera nieprawdziwe informacje na temat pełnienia przez p. Z. W. funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego na zadaniu pod nazwą „Rozbudowa z nadbudową oraz termomodernizacja budynku Centrum Kultury Promocji i Turystyki w Poniatowej”. W rzeczywistości, funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w ramach przedmiotowej inwestycji pełnił bowiem p. G. K. . Nieprawdziwa informacja podana w ofercie M. S. była łatwa do wykrycia, ponieważ to właśnie Odwołujący świadczył na rzecz Miasta Poniatowa usługę nadzoru inwestorskiego, w ramach której Odwołujący powierzył funkcję inspektora nadzoru branży elektrycznej p. G. K. . Co więcej, informacja o posiadaniu takiego doświadczenia zawodowego przez p. G. K. została również przedstawiona w ofercie Odwołującego. W związku z tym, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dostrzegł, że dwaj wykonawcy (Odwołujący oraz M. S.) zadeklarowali dwie różne osoby na stanowisko inspektora nadzoru branży elektrycznej (p. Z. W. oraz p. G. K.), przy czym obaj ww. inspektorzy mieli pełnić nadzór inwestorski nad tym samym zadaniem („Rozbudowa z nadbudową oraz termomodernizacja budynku Centrum Kultury Promocji i Turystyki w Poniatowej”).

Odwołujący wskazał, iż w związku z zaistniałą sytuacją pismem z dnia 25 listopada 2019 r. Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Urzędu Miejskiego w Poniatowej o wskazanie kto pełnił usługi nadzoru inwestorskiego w branży elektrycznej nad robotami budowlanymi tej branży wykonywanymi w ramach zadania pod nazwą „Rozbudowa z nadbudową oraz termomodernizacja budynku Centrum Kultury Promocji i Turystyki w Poniatowej”. W odpowiedzi, pismem z dnia 26.11.2019 r. Burmistrz Miasta Poniatowa potwierdził, że wykonawcą usługi nadzoru inwestorskiego w ramach ww. zadania był Odwołujący, który do pełnienia funkcji inspektora nadzoru branży elektrycznej skierował osobę posiadającą stosowne uprawnienia, tj. p. G. K.. W następstwie powyższego, w piśmie z dnia 26 listopada 2019 r. wykonawca M. S. przyznał, że nie jest prawdą, iż p. Z. W. miał pełnić nadzór inwestorski nad zadaniem pod nazwą „Rozbudowa z nadbudową oraz

termomodernizacja budynku Centrum Kultury Promocji i Turystyki w Poniatowej”). Wykonawca usiłował tłumaczyć podanie nieprawdziwej informacji omyłką, prosząc o wykreślenie z jego oferty (w domyśle: z wykazu doświadczenia inspektora branży elektrycznej) ww. inwestycji.

Odwołujący wskazał, że okoliczności sprawy nie pozostawiają wątpliwości, że wykonawca, którego oferta została wybrana chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd, przedstawiając Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, mimo że miał pełną wiedzę co do doświadczenia osób, wskazanych w jego ofercie jako kandydatów na inspektorów nadzoru inwestorskiego. Składając nieprawdziwe informacje wykonawca chciał zatem uzyskać dodatkowe punkty w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Działanie wykonawcy było zamierzone, a co najmniej stanowiło wynik rażącego niedbalstwa.

Zdaniem Odwołującego, zachowanie wykonawcy, którego oferta została wybrana wypełnia zatem przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wykonawca co najmniej nie dołożył należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A jeśli nawet przyjąć, iż wykonawca ten nie działał w sposób zamierzony, to niewątpliwie jego zachowanie cechowało co najmniej niedbalstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Należyta staranność nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Powołanie się na nieprawdziwe doświadczenie osób wchodzących w skład swojego własnego zespołu należy uznać za zachowanie zdecydowanie odbiegające od obowiązującego w tym zakresie miernika należytej staranności, co w konsekwencji należy ocenić co najmniej jako niedbalstwo.

Odwołujący wskazał, iż hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp opisuje stan faktyczny, który wystąpił w niniejszym postępowaniu. Zachowanie wykonawcy, którego oferta została wybrana cechuje bowiem co najmniej rażące niedbalstwo oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Informacje dotyczące dodatkowego punktowanego doświadczenia kadry skierowanej do realizacji zamówienia (inspektora nadzoru branży elektrycznej) mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a zatem spełniona została kolejna przesłanka zastosowania tego artykułu. Okoliczność, że wykonawca M. S. przedstawił więcej zadań potwierdzających spełnienie posiadanie doświadczenia przez inspektora nadzoru branży elektrycznej nie oznacza, że powyższa przesłanka nie została spełniona. W regulacji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp chodzi bowiem o każdą informację z osobna, ponieważ każda z informacji podlega ocenie Zamawiającego. Intencją ustawodawcy, który wprowadził sankcje za przedstawianie przez wykonawców informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, była eliminacja nieuczciwych zachowań wykonawców. Wprowadzenie w błąd zamawiającego zawsze stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania. W tym przypadku jest także wynikiem co najmniej rażącego niedbalstwa, bowiem wykonawca miał możliwość prawidłowego ustalenia zakresu

doświadczenia inspektora nadzoru branży elektrycznej p. Z. W. . Bez znaczenia w niniejszym postępowaniu pozostaje okoliczność, że wykonawca M. S. skierował do Zamawiającego, w którym poinformował Zamawiającego o „wycofaniu” spornej usługi z wykazu doświadczenia inspektora nadzoru branży elektrycznej p. Z. W. . Zamawiający winien zwrócić uwagę na fakt, iż wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca M. S., który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na to, że podjęcie przez niego jakichkolwiek środków zaradczych (self cleanng) koniecznych do wykazania jego rzetelności, w tym podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Odwołujący uzasadniał, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji, w której wprowadzenie zamawiającego w błąd mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. W niniejszej sprawie mamy do czynienia również z taką sytuacją. Skoro informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd zostały podane w Formularzu ofertowym, to mogły mieć wpływ na ocenę podejmowaną przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że w przeciwieństwie do hipotezy dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp obecnie obowiązujący art. 24 ust. 1 pkt 17 tej ustawy nie obejmują przesłanki rzeczywistego wpływu złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych, czyli wprowadzających w błąd informacji na wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego. W przypadku sytuacji uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wystarczające jest stwierdzenie, że wprowadzające w błąd informacje zaliczają się do kategorii takich, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 25.06.2019 r., KIO 1036/19).

W konsekwencji Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien wykluczyć M. S. z postępowania i uznać jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a następnie jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Obsługi Inwestycji Budowlanych M. S. z powodu rażąco niskiej ceny Odwołujący przywołał brzmienie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Z momentem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Złożone w tym przedmiocie wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę. W zależności od stanu faktycznego

danej sprawy, okoliczności, na jakich wykonawca opiera swoją argumentację w przedmiocie zaoferowanej ceny, składając wyjaśnienia wykonawca powinien rozważyć przedstawienie zamawiającemu stosownych dowodów, bowiem o ocenie dostarczonych dowodów stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 27.11.2018 r. sygn. akt: KIO 2325/18).

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia udzielone przez M. S. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie spełniają podstawowych wymagań w zakresie dokładności, rzetelności oraz mocy dowodowej, o których mowa w tym przepisie. Wykonawca ten ograniczył swoje wyjaśnienia do powołania się na podmiotowe zwolnienie z podatku VAT oraz na fakt, że wykonuje liczne usługi na terenie sąsiedniego powiatu. Wykonawca wskazał również, że posiada własny lokal, a część prac wykonuje osobiście, co obniża koszty pracy. Wyjaśnienia nie zawierają jednak żadnych kalkulacji potwierdzających przedstawione tezy.

Złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nieodpowiadających na wezwanie zamawiającego, nieprzekonujących, że cena oferty została obliczona rzetelnie jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu. Przyczyną odrzucenia oferty nie jest wówczas fakt, że cena danej oferty jest rażąco niska, lecz brak wykazania tego przez wykonawcę (wyrok KIO z dnia 08.04.2019 r., KIO 502/19).

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. W toku rozprawy przed Izłą wnosił o oddalenie odwołania w całości.

**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. 189 ust. 2 ustawy Pzp, 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. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

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 wyjaśnieniami oraz zmianami, ofertę wykonawcy M. S., wezwania Zamawiającego z dnia 4 i 25 listopada 2019 r. skierowane do wykonawcy M. S. dotyczące rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia wykonawcy M. S. w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 6 i 26 listopada 2019 r., pismo Zamawiającego z dnia 25 listopada 2019 r. skierowane do Burmistrza Miasta Poniatowa oraz wyjaśnienia ww. podmiotu, wyjaśnienia wykonawcy M. S. zawarte w pismach z dnia 26 listopada 2019 r. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 grudnia 2019 r.

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 31 grudnia 2019 r.

Nadto skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowód złożony przez Odwołującego, tj. referencje z dnia 7 listopada 2019 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 2.2 SIWZ, wielobranżowy nadzór inwestorski w ramach przedmiotu zamówienia obejmuje branże: konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną oraz elektryczną.

W punkcie 4.2.3 SIWZ (Zdolność techniczna lub zawodowa) Zamawiający zastrzegł, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca powinien wykazać, iż dysponuje lub będzie dysponować w okresie wykonywania zamówienia i skieruje do jego realizacji m.in. co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję: inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń lub inne odpowiadające przepisom prawa, w tym odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów - w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, a w przypadku wykonawców zagranicznych - uprawnienia budowlane do kierowania robotami równoważne do wyżej wskazanych.

Zgodnie z punktem 12.1 SIWZ, kryteriami oceny oferty były: 1) cena o wadze 60%, 2) doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej o wadze 20%, 3) doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności sanitarnej o wadze 10% oraz 4) doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej o wadze 10%.

W zakresie doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej Zamawiający wskazał, iż przyzna punkty za ww. kryterium po spełnieniu następujących wymogów. Wykonawca zobowiązuje się do przedłożenia informacji o doświadczeniu personelu wykonawcy w Formularzu ofertowym. Brak informacji spowoduje przyznanie



wykonawcy w ramach tego kryterium 0 pkt. Zamawiający przyzna punkty wg metodologii oceny tylko za doświadczenie, które w sposób całkowity spełni wymogi opisane w tabeli dla danego zadania. Za częściowe spełnienie wymogu w projekcie przyznane zostanie 0 pkt. W tym kryterium badane będzie doświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Zamawiający przyzna dodatkowe punkty, jeśli osoba wskazana jako inspektor nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nad realizacją co najmniej jednego zadania, w ramach którego wykonano budowę, przebudowę lub remont budynku użyteczności publicznej o kubaturze min. 6000 m<sup>3</sup> (obejmującą m.in. wykonanie/wymianę instalacji i urządzeń elektrycznych/elektroenergetycznych), o wartości (całkowitej zadania) min. 1 000 000,00 zł brutto.

Zamawiający podał, iż wykonawca może wskazać tylko jedną osobą jako inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w przypadku wskazania większej liczby zamawiający przyjmie, że wykonawca wyznacza osobę, która posiada największe doświadczenie spośród wskazanych osób i ta osoba będzie wpisana do umowy jako inspektor nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych).

Zgodnie z tabelą zamieszczoną w punkcie 12.7 SIWZ, wykonawca otrzyma zero punktów jeżeli osoba wskazana jako inspektor nadzoru inwestorskiego w ww. specjalności nie posiada doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nad co najmniej jednym ww. zadaniem. Wykonawca otrzyma 5 punktów jeżeli osoba wskazana jako inspektor nadzoru inwestorskiego w ww. specjalności posiada doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nad co najmniej jednym ww. zadaniem. Wykonawca otrzyma 10 punktów jeżeli osoba wskazana jako inspektor nadzoru inwestorskiego w ww. specjalności posiada doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nad co najmniej dwoma zadaniami.

W sytuacji gdy wykonawca wykaże się realizacją nie spełniającą wymogu opisanego w ramach ww. kryterium Zamawiający nie przyzna za nią punktów.

Wykonawca M. S. w punkcie C ppkt 4 formularza ofertowego wskazał doświadczenie

osoby dedykowanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej p. Z. W. w zakresie trzech zadań, tj. zadanie 1 Budowa szkolnej hali sportowej w Żyrzynie, zadanie 2 Rozbudowa z nadbudową oraz termomodernizacja budynku Centrum Kultury Promocji i Turystyki w Poniatowej oraz zadanie 3 Zmiana sposobu użytkowania zespołu budynków oświatowych na Dom Pomocy Społecznej świadczący usługi bytowe, opiekuńcze i wspomagające dla ludzi starszych wraz z przebudową, rozbudową i termomodernizacją istniejących obiektów i urządzeń budowlanych. Ww. wykonawca za realizację zamówienia zaoferował cenę 31 600 zł.

Pismem z dnia 4 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę M. S. na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ złożona przez wykonawcę oferta była niższa o 58,25% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (tj. od kwoty 75 686,67 zł brutto) oraz niższa o 39,14% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (tj. od kwoty 51 923,16 zł brutto). Jednocześnie Zamawiający wskazał jakie obiektywne czynniki będzie brał pod uwagę oceniając złożone przez wykonawcę wyjaśnienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca M. S. w piśmie z dnia 6 listopada 2019 r. wyjaśnił, że Zamawiający stosując zapisy ustawy Pzp powinien wziąć do obliczenia ceny netto, a nie brutto wszystkich złożonych ofert, gdyż oferta złożona przez Biuro Obsługi Inwestycji Budowlanych M. S. jest ceną zarówno brutto jak i netto, oferent nie jest płatnikiem podatku VAT. Wykonawca wskazał, iż średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert stanowi kwotę: 44 391,07 zł netto. Kwota która przedstawiono w ofercie jest o 28,81% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert co nie spełnia zapisów Pzp o rażąco niskiej cenie (powyżej 30%). Wykonawca M. S. wskazał, iż przedstawiona oferta jest mniejsza w stosunku do pozostałych ofert o należny podatek VAT, gdyż firma nie jest płatnikiem VAT w związku z tym staje się bardziej konkurencyjna do pozostałych ofert. Jednocześnie wykonawca wskazał, iż prowadzi nadzory budowlane, kierowanie budowlami oraz wykonuje liczne ekspertyzy budowlane i dokumentacje projektowe na terenie powiatu puławskiego graniczącego z Powiatem Zamawiającego i Gminą Ryki. Na rok 2019 i 2020 posiada podpisane umowy na prowadzenie nadzorów budowlanych w Gminie Żyrzyn co w bardzo dużym stopniu powoduje obniżenie cen dojazdu na inwestycję Zamawiającego (...). Ponadto wykonawca wskazał, iż posiada własny lokal co wpływa na znaczne obniżenie kosztów obsługi inwestycji. Prace związane z prowadzeniem nadzorów branży konstrukcyjno – budowlanej prowadzi osobiście co wiąże się z obniżeniem kosztów pracy.

Pismem z dnia 25 listopada 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Burmistrza Miasta Poniatowa o udzielenie informacji dotyczącej: imienia i nazwiska oraz nr uprawnień

budowlanych osoby sprawującej funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w branży elektrycznej na zadaniu inwestycyjnym pn. „Rozbudowa z nadbudową oraz termomodernizacja budynków Centrum Kultury, Promocji i Turystyki w Poniatowej”.

W piśmie z dnia 26 listopada 2019 r. Burmistrz Poniatowa poinformował, że wykonawcą usługi nadzoru inwestorskiego w branży elektrycznej na zadaniu inwestycyjnym pn. „Rozbudowa z nadbudową oraz termomodernizacja budynków Centrum Kultury Promocji i Turystyki w Poniatowej” była firma S. R. Biuro Obsługi Nieruchomości i Nadzorów Inwestycyjnych, ul. Gorczańska 4/9, 20 – 868 Lublin. Osobą wyznaczoną przez wykonawcę do realizacji zadania i posiadającą odpowiednie uprawnienia w zakresie robót budowlanych branży elektrycznej był: p. G. K., numer uprawnień LUB/IE/2667/01.

Pismem z dnia 25 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę M. S. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wymagają uzupełnienia w zakresie wyceny kosztów pracy i innych kosztów inspektora w tym dojazdów. W związku z powyższym Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dowodów wskazujących na sposób dokonania kalkulacji cenowej np. kosztorysu szczegółowego wskazującego sposób wyliczenia ceny ofertowej.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego, w piśmie z dnia 26 listopada 2019 r. wykonawca M. S. podał, że:

1. przedmiotem jest nadzór nad realizacją przedsięwzięcia obejmującego wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego: zmiana sposobu użytkowania robót budynku byłej Komendy Powiatowej Policji w Rykach na Ośrodek Pomocy Społecznej i podmiotów ekonomii społecznej, realizowana ramach zadania pn. „Kompleksowa rewitalizacja centrum miasta Ryki” (roboty ogólnobudowlane, sanitarne i elektryczne).
2. wartość robót budowlanych (całość zadania wg przetargu) – 3 126 769,32 zł.
3. termin realizacji – 12 miesięcy.
4. ze względu na rodzaj robót uznano jeden do trzech pobytów w tygodniu inspektora nadzoru na budowie, po uprzednim zawiadomieniu – teoretyczne założenie w zależności od potrzeb.
5. godzinowy koszt swojej pracy inspektor nadzoru inwestorskiego ocenił na 37,13 zł postępując się następującym wyliczeniem:
  - miesięczny zarobek netto 3 672,15 zł (średnie wynagrodzenie) za 160 godzin pracy w miesiącu, co na godzinę czyni 22,95 zł,
  - ubezpieczenie społeczne i składka ZUS 48,2% stawki godzinowej – 11,06 zł,
  - urlop 8,3% stawki godzinowej 1,90 zł,
  - fundusz świadczeń socjalnych, nagrody jubileuszowe, odprawa emerytalna 5,3% stawki godzinowej, tj. 1,22 zł.

Zakładając minimum 2 wizyty po 2 godziny tygodniowo przez 12 miesięcy wyliczono

koszt pracy jednego inspektora nadzoru na kwotę: 7 128,96 zł. Łączny koszt pracy trzech inspektorów to kwota: 21 386,88 zł. Pozostałe koszty to należny podatek oraz koszty dojazdów co daje łączną kwotę: 31 600 zł netto. Wykonawca wskazał, iż powyższe koszty są teoretyczne, które przyjmuje się do kalkulacji cenowej pracy inspektorów nadzoru.

W piśmie z dnia 26 listopada 2019 r. wykonawca M. S. wskazał, że „w związku z szczegółowo przeprowadzoną analizą prowadzonych prac dotyczących inspektorów nadzoru, omyłkowo wpisano informację dotyczącą nadzorowania przez inspektora Z. W. budowy: „Rozbudowa z nadbudową oraz termomodernizacja Centrum Kultury Promocji i Turystyki w Poniatowej”. Proszę o wykreślenie z dalszego procedowania omyłkowo wpisanej inwestycji w sekcji C pkt 4 zadania nr 2 w złożonej ofercie”.

W dniu 6 grudnia 2019 r. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy M. S., która otrzymała łącznie 85 punktów, w tym w kryterium cena 60 punktów, doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno – budowlanej 20 punktów, doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności sanitarnej 5 punktów oraz doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej 0 punktów. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego z 82,38 punktami.

#### Izba zważyła, co następuje:

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy M. S., w sytuacji w której wykonawca ten 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.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, 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.

Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, które skutkowały wykluczeniem wykonawcy M. S. z postępowania.

Nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego, iż wykonawca M. S. wykazując się doświadczeniem p. Z. W. wskazanym na stanowisko inspektora nadzoru w branży elektrycznej w celu uzyskania punktacji w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert podał informacje niezgodne z rzeczywistością. Powyższe informacje dotyczyły pełnienia przez p. Z. W. funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w branży elektrycznej w ramach zadania pn. „Rozbudowa z nadbudową oraz termomodernizacja budynku Centrum Kultury Promocji i Turystyki w Poniatowej”. W rzeczywistości, funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności elektrycznej w ramach przedmiotowej inwestycji pełnił p. G. K. . Powyższa okoliczność została potwierdzona przez Burmistrza Miasta Poniatowa, który udzielił ww. zamówienia, jak również znalazła potwierdzenie w złożonym przez Odwołującego dowodzie w postaci referencji z dnia 7 listopada 2019 r. Co więcej sam wykonawca M. S. w piśmie z dnia 26 listopada 2019 r. wskazał, iż omyłkowo wpisał informację dotyczącą nadzorowania przez inspektora Z. W. budowy: „Rozbudowa z nadbudową oraz termomodernizacja Centrum Kultury Promocji i Turystyki w Poniatowej” i zwrócił się do Zamawiającego o wykreślenie z dalszego procedowania omyłkowo wpisanej inwestycji w sekcji C pkt 4 zadania nr 2 w złożonej ofercie.

W toku rozprawy przed Izbą Zamawiający nie kwestionował, iż działaniu wykonawcy M. S. można przypisać choćby niedbalstwo lub lekkomyślność, a jedynie twierdził, iż wykluczenie ww. wykonawcy z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia byłoby zbyt daleko idące w skutkach, a przez to naruszające wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy

Pzp zasadę proporcjonalności. Zamawiający argumentował, iż mimo że oferta wykonawcy M. S. otrzymała 0 punktów w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia inspektora nadzoru w branży elektrycznej o wadze 10%, to i tak była najkorzystniejsza w świetle ustanowionych w SIWZ kryteriów oceny ofert. W konsekwencji powyższego, informacje przedstawione przez wykonawcę M. S. w ww. zakresie, w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie miały i nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Izba nie zgodziła się z powyższą argumentacją Zamawiającego. Podkreślić należy, iż przesłanka wykluczenia wykonawcy wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp zachodzi, w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, przy czym w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziszczyła się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania. Powyższe stanowisko jest zgodne z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 849/18, w którym Sąd wskazał, iż ww. podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania ma charakter obligatoryjny, a dla jej zastosowania nie jest istotne to, czy zamawiający mógł zweryfikować informacje przedstawione przez wykonawcę (wystarczy, że były to informacje nieprawdziwe) lub czy podjął na ich podstawie jakąkolwiek decyzję (wystarczała potencjalna możliwość). Ponadto jak wskazał w ww. wyroku Sąd: „dla spełnienia tej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego. A contrario: Zamawiający nie musiał faktycznie dokonać na podstawie tych informacji żadnej czynności”.

Izba wskazuje, że gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego za słuszne, to w sytuacji gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęłaby wyłącznie jedna oferta, podstawa wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie miałaby zastosowania z uwagi na to, iż niezależnie od podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji ocenianych w ramach kryteriów pozacenowych i przyznania za nie 0 punktów, niezależnie od stanu świadomości wykonawcy, oferta wykonawcy byłaby najkorzystniejszą w danym postępowaniu wobec braku konkurencji.

Mając na uwadze powyższy stan rzeczy, w tym okoliczność bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego, iż wykonawca M. S. w zakresie doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko inspektora nadzoru w branży elektrycznej ocenianym w ramach kryteriów pozacenowych podał informacje niezgodne z rzeczywistością oraz okoliczność niepodważaną przez Zamawiającego, iż ww. wykonawcy można przypisać w ww. zakresie choćby niedbalstwo lub lekkomyślność, Izba uznała, iż spełniona została przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Spełniona została także

przesłanka, o której mowa w dalszej części ww. przepisu, tj. potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez wykonawcę M. S. dotyczył informacji, którymi wykonawca wykazywał się w celu oceny oferty w świetle ustanowionych w SIWZ kryteriów oceny ofert, zatem wpływającymi na wybór oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogło wypaczać wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W tym miejscu podkreślić również należy, iż wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dany dzień, nie ma wiedzy odnośnie treści ofert innych wykonawców, co tym bardziej potwierdza, że informacje podawane przez wykonawców i podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert potencjalnie mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, wypaczając jego wynik.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, iż Zamawiający w sposób wadliwy dokonał wyboru oferty wykonawcy M. S., który winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M. S., podczas gdy wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

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).

Izba zauważa, iż w okolicznościach niniejszej sprawy zaistniała sytuacja obligująca Zamawiającego do żądania od wykonawcy M. S. wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie rzeczywistych możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną wobec porównania tej ceny z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług lub średnią arytmetyczną cen złożonych ofert. Wykonawca M. S. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia pismem z dnia 6 listopada 2019 r., które uzupełnił o dodatkowe elementy pismem z dnia 26 listopada 2019 r., w tym przedstawił Zamawiającemu przyjęte założenia cenowe oraz kalkulację wynagrodzenia inspektorów nadzoru.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Norma wyrażona w powyższym przepisie wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi



i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

Z uwagi na powyższe, rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w granicach wyznaczonych treścią odwołania, Izba wskazuje, że wykonawca M. S., wbrew twierdzeniom Odwołującego, przedstawił w wyjaśnieniach z dnia 26 listopada 2019 r. kalkulację ceny oferty. Ww. okoliczność, tj. brak w wyjaśnieniach ww. wykonawcy kalkulacji cenowej, poza podnoszonym przez Odwołującego brakiem dokładności, rzetelności oraz mocy dowodowej i to wywiedzionym na podstawie części wyjaśnień, stanowiła jedyną płaszczyznę postawionego przez Odwołującego zarzutu. Innymi słowy, Izba wskazuje, że lektura odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący nie dokonał szerokiej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę M. S. w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W szczególności Odwołujący pominął dodatkowe wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawcę M. S. zawarte w piśmie z dnia 26 listopada 2019 r. Dodać należy, iż odrzucenie oferty na ww. podstawie prawnej możliwe jest jedynie, wówczas gdy całościowa analiza wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, potwierdza że cena danej oferty jest rażąco niska lub też, w sytuacji gdy wykonawca nie wykaże, że cena oferty nie jest rażąco zaniżona.

Następnie zauważyć należy, iż zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Podkreślić jednak należy, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą ww. zarzutu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na zamawiającego czy też uczestnika postępowania odwoławczego ciężar dowodowy (por. KIO w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2540/17).

W kontekście powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej w toku postępowania odwoławczego, poprzestając jedynie na gołosłownych twierdzeniach referujących do pierwszych wyjaśnień wykonawcy M. S. w przedmiocie rażąco

niskiej ceny. Izba wskazuje, iż to rolą odwołującego się wykonawcy jest skonkretyzowanie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy z uwagi na rażące zaniżenie ceny, w tym poddanie w wątpliwość przyjętych przez konkurenta wyliczeń i założeń kształtujących cenę.

Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M. S. nie zasługiwał na uwzględnienie. W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 11 100 zł.

**Przewodniczący:** .....