

WYROK

z dnia 20 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie **18 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **28 października 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **DROGOPOL-ZW sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja, przebudowa i częściowa budowa kanalizacji deszczowej na terenie miasta Siemianowice Śląskie* (nr postępowania RK.271.53.2020 / ZP.rp.42.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Siemianowice Śląskie**

przy udziale wykonawcy: **DROGOMAX sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w części I zamówienia: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności w prowadzonym postępowaniu: po pierwsze – wykluczenie DROGOMAX sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach, który w wyniku niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego w zakresie mającym znaczenie dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, po drugie – odrzucenie oferty złożonej przez DROGOMAX sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach oraz oferty złożonej wspólnie przez Zakład Instalacji Budowlanych sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gliwicach, INKO sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, REMINSTAL sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach z powodu niewykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w 2/3 a Przystępującego w 1/3 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 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 9066 zł 67 gr

(słownie: dziewięć tysięcy sześćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt siedem groszy) – odpowiadającą 2/3 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz jego uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 4533 zł 33 gr

(słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści trzy złote trzydzieści trzy grosze) – odpowiadającą 1/3 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz jego uzasadnionych kosztów z tytułu 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 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 Katowicach**.

Uzasadnienie

Gmina Siemianowice Śląskie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Modernizacja, przebudowa i częściowa budowa kanalizacji deszczowej na terenie miasta Siemianowice* (nr postępowania RK.271.53.2020 / ZP.rp.42.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 19 czerwca 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 551922-N-2020.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

23 października 2020 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu w części I zamówienia – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Drogomax sp. z o.o. {dalej również w skrócie: „Drogomax” lub „Przystępujący”}, a także o sklasyfikowaniu na drugim miejscu oferty złożonej wspólnie przez Zakład Instalacji Budowlanych sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gliwicach, INKO sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, REMINSTAL sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum”}.

28 października 2020 r. DROGOPOL-ZW sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach {dalej: „Drogopol” lub „Odwołujący”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania wykluczenia z postępowania Drogomaxu, a także od zaniechania odrzucenia jego oferty oraz oferty Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 16 lub ewentualnie 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wykluczenia Drogomaxu z postępowania (i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą), pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania kierownikiem robót instalacyjnych sanitarnych posiadającym określone kwalifikacje, umiejętności i doświadczenie zawodowe lub ewentualnie co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje

wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowanie przez niego decyzji w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania kierownikiem robót instalacyjnych sanitarnych.

{ewentualnie}

Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1i 3 – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Drogomaxu. do uzupełnienia wykazu osób skierowanych przez niego wykonawcę do realizacji tego zamówienia potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji kierownika robót instalacyjnych sanitarnych.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Drogomaxu, mimo zawierania przez nią rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenie oferty Drogomaxu, mimo że jej treść jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) z uwagi na zaferowanie wykonania inwestycji o innych parametrach niż określone w SIWZ, co polega na redukcji ilości materiału używanego do zabudowaniu i w konsekwencji redukcji powierzchni i grubości konstrukcji.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty wspólnie złożonej przez Zakład Instalacji Budowlanych sp. z o.o. sp.k., INKO sp. z o.o., REMINSTAL sp. z o.o. {dalej: „Konsorcjum”}, mimo zawierania przez nią rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu.
3. Wykluczenia Drogomaxu z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.

{ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia tego żądania}

Wezwania Drogomaxu do uzupełnienia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.

4. Odrzucenia oferty Konsorcjum.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie wykazania przez Drogomax warunków udziału w postępowaniu.

W postępowaniu należy spełnić warunek polegający m.in. na dysponowaniu kierownikiem budowy, który legitymuje się *doświadczeniem zawodowe na stanowisku Inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót instalacyjnych sanitarnych przy realizacji minimum 1 inwestycji obejmującej budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości min. 1,5 km. – ważne uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych – bez ograniczeń.*

Drogomax przedłożył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w którym wskazał panią E. D. jako kierownika robót w branży instalacyjnej sanitarnej oraz podał, że osoba ta pełniła funkcję kierownika robót w ramach inwestycji realizowanej przez MPWiK w Gliwicach pn. *Modernizacja gospodarki wodno-ściekowej w Gliwicach – II etap Bojków*, obejmującej przebudowę sieci sanitarnej Fi 300 o długości 4 km.

Odwołujący podał również, że powyższa inwestycja nie obejmowała budowy kanalizacji sanitarnej FI 300 o długości 4 km, a przede wszystkim pani E. D. nie pełniła przy jej realizacji funkcji kierownika robót {na dowód załączono do odwołania dokumentację techniczną tej inwestycji oraz odpowiedź e-mail PWiK w Gliwicach z 28.10.2020 r.}

Odwołujący zarzucił, że profesjonalny charakter działalności Drogomaxu wskazuje na jego rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do posiadania przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika robót doświadczenia warunkującego udział w tym postępowaniu, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy.

Odwołujący wywiódł, że ponieważ informacje podawane przez oferentów w ramach postępowania o zamówienie publiczne są oświadczeniami wiedzy składanymi celowo, jako odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, ich zgodność z prawdą winna być oceniana przy uwzględnieniu profesjonalnego i zawodowego charakteru działalności wykonawców {w odwołaniu przytoczono dodatkowo stosowny fragment uzasadnienia wyroku Izby z 7 marca 2019 r. sygn. akt KIO 271/19}.

Zdaniem Odwołującego nie jest okolicznością łagodzącą, czy Drogomax przy sporządzaniu oferty oparł się na przykład na oświadczeniu podmiotu, który udostępnia swoje zasoby, gdyż to wykonawca bierze na siebie odpowiedzialność za weryfikację przekazywanych mu danych, które następnie włącza do swojej oferty i przedkłada we własnym imieniu { w odwołaniu przytoczono dodatkowo stosowny fragment uzasadnienia wyroku Izby z 9 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 531/18}.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Według relacji Odwołującego kolektor fi 800 mm przy ul. Wiejskiej z poz. 4 Wykazu cen stanowi element kluczowy, znajdujący się na ścieżce krytycznej harmonogramu realizacji całego zadania, gdyż bez jego wykonania nie będzie możliwe prawidłowe funkcjonowanie sieci zgodnie z projektem.

Kolektor ten przebiega przez tereny o gęstej zabudowie jednorodzinnej w drodze prowadzącej cały ruch lokalny wraz z komunikacją miejską, zaś zagłębienie rurociągu sięga miejscami niemal 7 metrów, co wymusza stosowanie ciężkich obudów wykopów lub ścianek szczelnych, ogrodzenie barierami wykopu na całej długości oraz zabezpieczenie przed uszkodzeniem kolidującego uzbrojenia przebiegającego na znacznie mniejszych głębokościach. Wszystkie te elementy mają wpływ na wyższy koszt wykonania tych prac.

Zgodnie odpowiedzią na pytanie nr 81 (zestaw z 15.07.2020) oraz zapisami STWiORB w drodze należy dokonać pełnej wymiany gruntu, co również wynika z analizy załączonej do dokumentacji projektowej opinii geotechnicznej autorstwa Zakładu Prac Geologicznych mgr K. K. (duże miąższości gruntów nienośnych lub wątpliwych jak np. pyły).

Zgodnie z brzmieniem pkt 2.3. ST-02: *W przypadku stosowania materiałów o ograniczonej przydatności Wykonawca ma obowiązek uwzględnienia wszystkich zastrzeżeń dotyczących technologii i dopuszczonych miejsc wbudowania tych materiałów, określonych w BN-72/8932-01.*

Zgodnie z brzmieniem pkt 5.5. ST-02: *Nie nadają się do osypywania wykopów (dołów) i wbudowania w nasypy grunty zanieczyszczone (gruzem, odpadkami, częściami roślinnymi itp.), grunty których jakości nie można skontrolować oraz grunty zamarznięte.*

Nie nadają się również do wbudowania bez specjalnych zabiegów grunty:

- zawartości części organicznych większej niż 3%,
- zawartości frakcji ilastych powyżej 30%,
- spoiste w stanie płynnym, miękkoplastycznym, zwartym.

Zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie nr 4 (zestaw z 06.07.2020) Zamawiający dopuścił do stosowania *dla rurociągów grawitacyjnych w zakresie średnic >DN300 (...) rury lite GRP, PE, PP lub polimerobetonowe.* Tym samym nie dopuścił do wykorzystania tańszych rur dwuściennych PE i PP (gdyż nie jest to materiał lity).

Wartość poz. 4 Wykazu cen oferty nr 12 (Drogomaxu) wynosi 1.379.353,07 zł netto.

Wartości kluczowych materiałów dla poz. 4. Wykazu cen (zakres projektowy od studni P5 do studni P40) w oparciu o pozyskane {w domyśle przez Odwołującego} oferty dostawców kształtują się następująco:

- rury GRP DN800 mm – 901,7 m x 830,00 zł/m = 748 411,00 zł;
- studnie DN 1500 mm – 183.620,91 zł + 15.465,75 zł – 2.837,23 zł = 196.249,43 zł;
- włazy samopoziomujące DN 600 mm – 35 szt. x 800,00 zł/szt. = 28.000,00 zł;

- piasek na podsypkę, obsypkę i wymianę gruntu w pasie drogowym – $(1342,85 \text{ m}^3 + 4631,83 \text{ m}^3) \times 22,89 \text{ zł/m}^3$ (cena jednostkowa z kosztorysu szczegółowego Drogomaxu) = 136.760,43 zł;

- na robociznę, pracę sprzętu, odwóz nadmiaru gruntu (ponad 6000 m³), materiału z rozbiórek, zabezpieczenie wykopów, próby szczelności, inspekcję telewizyjną i ewentualne odwodnienie wykopów pozostaje kwota: 1.379.353,07 zł – 1.109 420,86 zł = 269.932,21 zł, co daje finalnie cenę jednostkową za wykonanie odcinka sieci kanalizacji deszczowej w wysokości 299,36 zł/m i jest ceną nierynkową dla tej średnicy

Odwołujący opisał następujące okoliczności odnośnie badania ceny oferty Drogomaxu.

Oferty złożyło 11 wykonawców, spośród których najniższą cenę wskazał Drogomax (wartość kluczowego elementu robót, tj. wykonania kolektora fi 800 mm w ul. Wiejskiej z poz. 4 Wykazu cen stanowi 66,93% średniej arytmetycznej z wszystkich ofert dla tego zakresu i jest o 280.665,17 zł netto niższa od kolejnej oferty; ceny ryczałtowe z poz. 3, 13 i 21 Wykazu cen stanowią 1,57-3,58% średniej arytmetycznej z wszystkich ofert dla tego zakresu), który został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z wyjaśnieniami z 07.08.2020 r. oferta Drogomaxu w głównej mierze bazuje na kompleksowych ofertach podwykonawców (które zostały sporządzone w sposób ogólny, bez szczegółowej analizy zgodności ich zakresu rzeczowego z projektem):

- w zakresie budowy sieci wraz z robotami ziemnymi i rozbiórkowymi – P.I. Budomont-6 sp. z o.o. nr BUD6/SŚ/07/20/ z 21.07.2020 r., stanowiącej aż 71,37% ceny oferty;
- w zakresie odtworzeń nawierzchni drogowych z mieszanek mineralno-asfaltowych (z odtworzeniem krawężników) – Geoinvest K. G. z 22.07.2020 r., stanowiącej 18,84% ceny oferty;
- zakres przewidziany do realizacji siłami własnymi stanowi 0,36% ceny oferty.

Istotne elementy cenotwórcze dotyczące powyższych robót zasadniczych przewidzianych do realizacji przez podwykonawców zostały przedstawione ogólnie, bez bliższego uzasadnienia kosztów robocizny, materiałów i sprzętu jak w przypadku robót brukarskich.

Wykonawca powołał się na niski koszt sprzętu własnego oraz dysponowania własnym źródłem kruszyw.

W tabeli stanowiącej załącznik nr 2 w poz. „Zysk uwzględniający ST-00 (Wymagania Ogólne)” wskazano kwotę 626.450,18 zł netto.

W zakres kosztów ogólnych, które należało przewidzieć wchodzi m.in.:

- wskazane przez podwykonawcę P.I. Budomont-6 utrzymanie zaplecza budowy, projekt,

wdrożenie, utrzymanie i likwidacja tymczasowej organizacji ruchu na czas prowadzonych robót i nadzory branżowe, których brak wyceny podwykonawca wyraźnie zaznacza;

- pozostałe wynikające wprost z treści SIWZ i udzielanych odpowiedzi koszty: obsługi geodezyjnej, gwarancji i ubezpieczeń, odtworzenia oznakowania po robotach, inwentaryzacji i monitoringu budynków w trakcie prac (głębokie roboty ziemne realizowane w sąsiedztwie starej zabudowy z użyciem sprzętu mechanicznego, w tym lokalnie kucia skał), ewentualnej komunikacji zastępczej lub zmiany tras autobusów, nadzoru archeologicznego, generalnego wykonawstwa (obejmujące swym zakresem prawidłowy nadzór nad pracami prowadzonymi przez podwykonawców, prowadzenie rozliczeń oraz gospodarki materiałowej na budowie i inne niezbędne czynności) oraz ryzyka wykonawcy z tytułu ryczałtowej formy rozliczenia.

Wg analizy Odwołującego wartość kosztów ogólnych, przy założeniu dobrej organizacji placu budowy i odpowiedniej wydajności brygad kształtuje się na poziomie 560 000,00 zł netto

Odwołujący wyliczył, że $626.450,18 \text{ zł} - \text{ok. } 560.000,00 \text{ zł} = \text{ok. } 66.450,18 \text{ zł}$, czyli zysk netto Drogomaxu z kontraktu o wartości 7.041.772,44 zł netto stanowi 0,94% tej kwoty.

Odwołujący zarzucił, że udzielone przez Drogomax wyjaśnienia należy uznać za niewystraszające i niepoparte dowodami w postaci cen materiałów i kosztorysami szczegółowymi. Ponieważ korzystne okoliczności wskazywane w wyjaśnieniach odnoszą do zakresu realizowanego siłami własnymi, który stanowi zaledwie 0,36% wartości oferty, nie ma to przełożenia na całkowitą wartość oferty, gdyż nie ma związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy niskimi kosztami sprzętu i kruszyw) dla tego zakresu a wartością robót realizowanych przez podwykonawców. Z kolei wykonanie kluczowego elementu (kolektor fi 800 mm przy ul. Wiejskiej z poz. 4 Wykazu cen) przy opisanych powyżej założeniach wiąże się z ryzykiem nietrwałości wybudowanej sieci i ewentualnych roszczeń odszkodowawczych od mieszkańców.

Według Odwołującego przy kontraktach wielomilionowych, obarczonych sporym ryzykiem (dodatkowo podwyższonym ryczałtowym rozliczeniem), zysk na poziomie niespełna 1% wartości umowy nie zapewnia marginesu bezpieczeństwa w przypadku wystąpienia na budowie nieprzewidzianych okoliczności, nie wspominając o zysku, który przy powyższej kalkulacji jest faktycznie nieosiągalny.

Zdaniem Odwołującego zaniżenie cen z poz. 3, 13 i 21 Wykazu cen oznacza, że Drogomax prawdopodobnie nie uwzględnił w swojej ofercie kosztu likwidacji istniejących sieci. W konsekwencji, pomimo obowiązującej ryczałtowej formy rozliczenia, takie ukształtowanie ceny za ten zakres może nasuwać wniosek, że złożona oferta jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący podał następujące okoliczności:

- w SIWZ zostały szczegółowo opisane obligatoryjne parametry techniczne robót budowlanych;
- w kosztorysie szczegółowym nr 1 i 2 (załącznik nr 3 do wyjaśnień ceny) Drogomax zastosował współczynniki korygujące dla następujących materiałów: 1) w poz. 1. i 2. – 0,6 dla pospółki i wody; 2) w poz. 3 – 0,9 dla tłucznia i wody; 3) poz. 4 – 0,56 dla wszystkich materiałów.

Odwołujący zarzucił, że jest to niezgodne z jakimikolwiek zasadami kosztorysowania i powoduje, że zakres rzeczowy kosztorysu nie odpowiada zakresowi projektu (redukcja powierzchni, redukcja grubości konstrukcji w związku ze znacznym zmniejszeniem ilości materiału przewidzianego do zabudowania), a co za tym idzie oferta w tej części jest niezgodna z SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp, gdyż powyższe sprzeczności oferty nie podlegają poprawieniu w trybie art 87 ust. 2 pzp.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Według relacji Odwołującego w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach Konsorcjum wskazało jedynie, że: (1) różnica na poziomie 20% pomiędzy ceną jego oferty a kosztorysem inwestorskim jest istotna i nie świadczy o cenie rażąco niskiej, (2) poczynione oszczędności wynikają z *dynamiki i mobilności kadry zarządzającej, organizacji jednostki, stopnia usprzętowania firmy, liczebności i doświadczenia w przeprowadzonych realizacjach*, (3) dysponuje *nowoczesnym i wydajnym sprzętem, i wykwalifikowaną kadrą pracowniczą oraz praktyczną wiedzą w zakresie organizacji robót*, (4) dysponuje *stabilnymi dobrze zorganizowanymi brygadami roboczymi, skuteczną kadrą nadzoru techniczno-budowlanego* (5) z uwagi na inne realizowane zadania inwestycyjne posiada upusty na dostawę materiałów – co nie znalazło żadnego przełożenia na konkretne dane tzn. wyliczenia oszczędności np. w kosztach robocizny, pracy sprzętu czy konkretnym wyliczeniem kosztów materiałów lub ofertą dostawcy materiałów.

Według Odwołującego na czterech stronach wyjaśnień Konsorcjum nie podało ani jednej obiektywnej, skonkretyzowanej i mierzalnej okoliczności, która stawiałaby je w lepszej pozycji niż pozostałych oferentów, ani też nie dokonało obliczenia choćby jednej składowej ceny swojej oferty.

Odwołujący zarzucił, że takie wyjaśnienia nie mogły usunąć wątpliwości Zamawiającego, które spowodowały wezwanie, co do ceny ofertowej Konsorcjum, gdyż są lakoniczne oraz niepoparte żadnymi dowodami w postaci np. cen materiałów i kosztorysami

szczegółowymi podwykonawców.

Po przeprowadzeniu własnej szczegółowej analizy treści oferty Konsorcjum, na podstawie – jak to określił Odwołujący – obiektywnych warunków, Odwołujący stwierdził zaniżone wartości kluczowych elementów Wykazu cen w ofercie Konsorcjum, gdzie stanowią one w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert:

- 1) poz. 5. związana z budową kolektora kanalizacji grawitacyjnej o średnicy 500 mm w ul. Wiejskiej na odc. P40-P59 o długości 496,10 m – 58,39% (o 45.664,39 zł netto niższa od kolejnej w klasyfikacji cenowej),
- 2) poz. 11.-13. związane z robotami rozbiórkowymi i przygotowawczymi w ciągu ul. Łąkowej i Porannej – 35,06%;
- 3) poz. 15. związana z budową kolektora kanalizacji grawitacyjnej o średnicy 400 mm w ul. Porannej na odc. 024-031 o długości 231,80 m – 53,86% (o 23.712,23 zł netto niższa od kolejnej w klasyfikacji cenowej);
- 4) poz. 20.-25. związane z kompleksowym wykonaniem robót w ul. Rzecznej (roboty przygotowawcze i rozbiórkowe, roboty budowlano-montażowe oraz roboty odtworzeniowe) – 57,65% (o 96.276,38 zł netto niższa od kolejnej w klasyfikacji cenowej).

W stosunku do zakresu z pkt 1. powyżej Odwołujący wskazał, że charakter kolektora (jako rurociągu odbierającego wody deszczowe z terenów zlewni północnej części ul. Wiejskiej oraz z ul. Wiosennej), jego umiejscowienie w pasie jezdni, bliskie sąsiedztwo niskiej zabudowy mieszkaniowej, duży ruch lokalny i tranzytowy wraz z komunikacją autobusową w ciągu ul. Wiejskiej, bliskie sąsiedztwo pętli autobusowej a także płytko występujące grunty kat. VI (wg analizy załączonej do dokumentacji projektowej opinii geotechnicznej autorstwa Zakładu Prac Geologicznych mgr Krzysztof Kilar na głębokościach poniżej ok. 2,50-3,30 m od poziomu terenu mogą występować skały – zwietrzliny wapieni i margle, zaś zgodnie z rysunkiem profilu sieci kanał DN500 mm posadowiony jest na głębokości średniej 3,03 m, co wraz z projektowaną podsypką piaskową wymaga prowadzenia robót ziemnych na średnią głębokość 3,23 m) – stanowią czynniki komplikujące realizację, a zatem stawka za robociznę i pracę sprzętu nie może być zaniżona w stosunku do cen rynkowych

Według Odwołującego wartości materiałów kluczowych dla zakresu z poz. 5 Wykazu cen w oparciu o pozyskane przez niego oferty dostawców kształtują się następująco:

- wartość rur GRP DN500 mm – 496,10 m x 475,00 zł/m = 235 647,50 zł;

- wartość studni DNI000 mm – 33 938,76 zł;

- wartość włączów samopoziomujących DN 600 mm – 19 szt. x 800,00 zł/szt = 15 200,00 zł;

- piasek na podsypkę, obsypkę i wymianę gruntu w pasie drogowym – (485,50 m³ + 1545,99

m^3) x 22,89 zł/ m^3 (cena jednostkowa z kosztorysu szczegółowego wykonawcy Drogomaxu) = 46 500,81zł;

- na robociznę, pracę sprzętu, odpóz nadmiaru gruntu (prawie 2000 m^3), materiału z rozbiórek, zabezpieczenie wykopów, próby szczelności, inspekcję telewizyjną, kucie skał i ewentualne odwodnienie wykopów pozostaje kwota: 405.658,00 zł – 331.287,07 zł = 74.370,93 zł, co daje finalnie za wykonanie odcinka sieci kanalizacji deszczowej cenę jednostkową w wysokości 149,91 zł/m.

Odwołujący zarzucił, że jest to cena nierynkowa dla tej średnicy kanału i w tak skomplikowanych warunkach realizacji, z uwagi na kluczowy charakter tego elementu Wykazu cen, wybór oferty skonstruowanej w oparciu o tak przyjęte założenie wiąże się z ryzykiem problemów realizacyjnych, nietrwałości wybudowanej sieci i ewentualnych roszczeń odszkodowawczych od mieszkańców.

Odwołujący powtórzył, jak stwierdził – za jednolitym obecnie orzecznictwem Izby, wyrażonym m.in. w wyroku z 6 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1358/18, że *w sytuacji gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, nierzeczowe, niepoparte faktami, postępuje wbrew obowiązowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 pzp. Miara należytej staranności oczekiwanej od Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia zakłada, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego w sposób rzetelny wyjaśnić okoliczności które uzasadniają wysokość ceny oferty.*

Według Odwołującego bez znaczenia jest powołanie się przez Konsorcjum na niewielką różnicę pomiędzy ceną jego oferty a kosztorysem inwestorskim oraz ceną arytmetyczną wszystkich złożonych ofert, gdyż wezwany wykonawca musi w sposób zupełny wyjaśnić własną cenę ofertową, a nie ograniczać się do porównania z ofertami innych wykonawców, skoro sprzyjające warunki realizacji zamówienia mogą być dla każdego z wykonawców różne.

W odpowiedzi na odwołanie datowanej na 17 listopada 2020 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów, a w pozostałym zakresie wnosi o jego oddalenie.

Zamawiający w szczególności następująco odniósł się do poszczególnych zarzutów odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zamawiający podał, że wobec podniesienia tego zarzutu wystąpił o wyjaśnienia zarówno do Drogomaxu, jak i do Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Gliwicach (dalej: „PWIK”) w celu zweryfikowania jego zasadności. W odpowiedzi

na zadane pytania PWiK potwierdził, że pani E. D. nie pełniła funkcji kierownika robót budowlanych w ramach kontraktu „Modernizacja gospodarki wodno- ściekowej w Gliwicach II etap – Bojków”, w ramach którego przeprowadzono budowę kanalizacji sanitarnej fi 300 o długości 139,1 m, a nie 4 km jak to wskazano w wykazie.

Zamawiający sprecyzował, że ponieważ Odwołujący nie wykazał, że działania Drogomaxu były zamierzone, a ustalenia poczynione przez Zamawiającego również nie pozwalają na przyjęcie celowego działania lub rażącego niedbalstwa (Drogomax oparł się na oświadczeniu tej osoby oraz podmiotu, który udostępnił mu tego pracownika), uznaje zarzut w odniesieniu do naruszenia art. 26 ust. 1 pkt 17 pzp. Powołując się na rzeczzone doświadczenie Drogomax wprowadził Zamawiającego w błąd, a informacja ta mogła mieć (a nawet w ocenie Zamawiającego miała) wpływ na wybór oferty Drogmaxu jako najkorzystniejszej, gdyż dotyczyła spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. kwestii mającej podstawowe znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający powołał się na wyrok Izby z 4 września 2020 r. sygn. akt KIO 1938/20, który jego zdaniem zapadł w zbliżonym stanie faktycznym {w odpowiedzi na odwołanie zacytowano stosowny fragment z uzasadnienia tego wyroku}.

Zamawiający zauważył, że tym samym irrelevantny dla sprawy staje się alternatywny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, gdyż – jak to wynika również z powyżej wskazanego orzeczenia – w przypadku wystąpienia tej podstawy wykluczenia przepis ten nie znajduje zastosowania.

{ad pkt 2. i 4. listy zarzutów}

Zamawiający podniósł, że wskazane w treści odwołania argumenty były już przez niego analizowane w toku badania ofert, gdyż zostały podniesione w piśmie z 14 października 2020 r. pn. „Sygnalizacja możliwości podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnej z prawem”.

Zamawiający oświadczył, że na potrzeby analizy ofert, w tym poszczególnych cen zawartych w wykazach cenowych, opracował tabelę zestawiającą te ceny { w zakresie cen wynikających z ofert Drogomaxu, Konsorcjum i Odwołującego została zamieszczona w odpowiedzi na odwołanie}, która pozwoliła na wyprowadzenie wniosku, że każda z tych trzech najwyżej ocenionych ofert w zakresie pojedynczych cen odbiega od pozostałych w znacznym stopniu, co jednak nie oznacza, że każda z tych ofert zawiera rażąco niską cenę.

Według Zamawiającego okoliczność, że podstawą skierowanych wezwań było wyłącznie odbieganie cen ofert Drogmaxu i Konsorcjum od wartości zamówienia powiększonej o kwotę VAT, a nie od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, potwierdza,

że cena żadnej ze złożonych ofert nie jest niewiarygodna czy też nierealna. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że przesądzające dla oceny, czy oferty te zawierają rażąco niską cenę powinny mieć złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia, gdyż różnice cen pomiędzy ofertami różnych wykonawców są naturalnym elementem konkurencji i jeszcze o niczym nie przesądzają.

W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Drogomax i Konsorcjum wyjaśnienia świadczą o tym, że cena tych ofert jest rynkowa i pozwala na prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy, a wykonawcy odnieśli się do wszystkich kwestii objętych skierowanym do nich wezwaniem. W szczególności wskazali w swoich wyjaśnieniach, że wynagrodzenie pracowników biorących udział w realizacji zamówienia będzie zgodne z przepisami w zakresie minimalnego wynagrodzenia i minimalnej stawki godzinowej, podali wysokość zysku oraz załączyli stosowne dowody w postaci kalkulacji ceny oraz (tylko Drogomax) ofert podwykonawców. Jednocześnie Zamawiający powołał się na stanowisko Izby wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 22 października 2015 r. sygn. akt KIO 2126/15, że nieznaczna różnica cenowa pomiędzy ofertami odwołującego i przystępującego pozwala na stosowanie mniej rygorystycznych reguł dowodowych dotyczących badania rażąco niskiej ceny, co wg Izby czyniło zbędnym przedstawienie przez przystępującego szczegółowej kalkulacji cenowej. Zamawiający powołał się również na wyrok Izby z 20 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 676/12, w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że już wykazanie jakiegokolwiek zysku jednoznacznie przemawia na korzyść wykonawców składających wyjaśnienia.

Zamawiający następująco odniósł się do szczegółowych argumentów odwołania.

Według relacji Zamawiającego z wyjaśnień Drogomaxu wynika, że jego podwykonawcy będą odbiorcami kruszywa jego produkcji.

Zamawiający stwierdził, że wskazana przez Drogomax jako minimalna stawka wynagrodzenia za pracę w wysokości 18,50 zł jest wyższa niż minimalna stawka wynagrodzenia za pracę, która będzie obowiązywała od 2021 r. (16,60 zł).

Według Zamawiającego wskazanie przez Drogomax, że kwota 626.450,18 zł stanowi kwotę zysku uwzględniającą ST-00 nie oznacza, że koszty ogólne nie zostały przez uwzględnione w ofercie zgodnie z instrukcją do Wykazu cen w ramach poszczególnych pozycji cenowych i pomniejszają one kwotę zysku wykonawcy. Natomiast zysk podwykonawców uwzględniony jest w poszczególnych pozycjach tabeli. Nawet gdyby uznać za prawidłową kwotę zysku wyliczoną w odwołaniu (66450,18 zł), należałoby ją odnieść do wartości zakresu prac wykonywanego przez Drogomax (25807,23 zł).

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący na potrzeby argumentacji stawianych zarzutów dokonał wybiórczego porównania cen zawartych w wykazach cen poszczególnych ofert. Tymczasem z porównania w 3 najwyższej ocenionych ofertach cen za cały zakres prac

dla odcinków obejmujących poz. 3, 13 i 21 (wskazanych w odwołaniu) czy cen wszystkich robót budowlano-montażowych na ul. Wiejskiej i Wiosennej (a nie tylko dla kolektora fi 800 mm, czyli poz. 4 wykazu cen w odniesieniu do Drogomaxu lub tylko dla poz. 5 w odniesieniu do Konsorcjum) – wynika, że to cena z oferty Odwołującego jest najniższa {w odpowiedzi na odwołanie zamieszczono stosowne tabele}. Z kolei przy wzięciu pod uwagę całego zakresu robót na ul. Łąkowej i Pornnej (a nie tylko poz. 11.-13.) wycena w ofercie Odwołującego (900.719,29 zł) stanowi 59% średniej arytmetycznej z wszystkich ofert (2.222.118,60 zł), co wg logiki rozumowania Odwołującego wskazywałoby na rażąco niską cenę.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zamawiający wskazał na następujące okoliczności odnośnie opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} i kosztorysu Drogomaxu:

- w ramach OPZ nie było przedmiarów a tym samym nie określono ilości niezbędnych materiałów;
- powierzchnie do odtworzenia w kosztorysie Drogomaxu są zgodne z dokumentacją projektową;
- OPZ dopuszcza odtworzenie nawierzchni z użyciem kostki brukowej odzyskanej w ramach rozbiórki;
- Drogomax zastosował w kosztorysie współczynniki korygujące, gdyż zakłada w tych pozycjach wykorzystanie odzyskanej w trakcie rozbiórki kostki brukowej;
- zastosowanie tych współczynników korygujących nie wpływa na wielkość powierzchni do odtworzenia, a jedynie na wyliczenie wynagrodzenia za wykonanie tych robót;

Zamawiający zauważył, że jeżeli Drogomax nie osiągnie przyjętego przez siebie współczynnika odzysku kostki brukowej to i tak zobowiązany będzie wykonać całość przedmiotu umowy w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdził, że w odwołaniu nie wskazano ani powszechnie obowiązujących zasad kosztorysowania (i dlatego kosztorys Drogomaxu jest niezgodny z nimi), ani z czego wynika zarzut redukcji powierzchni oraz grubości konstrukcji.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie przystąpił po stronie Zamawiającego DROGOMAX sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach {dalej również: „Przystępujący}, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący w szczególności następująco odniósł się do zarzutów odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Przystępujący oświadczył, że wszystkie podane przez niego w wykazie informacje odnośnie doświadczenia pani E. D. polegają na prawdzie, gdyż modernizacja gospodarki wodno-ściekowej w Gliwicach – II etap Bojków podzielony został na dwa odrębne zamówienia, gdyż dzięki uzyskanej 14.02.2014 r. zgodzie Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie (jako Instytucji Wdrażającej), możliwe stało się rozszerzenie dotychczasowego zakresu rzeczowego o budowę stacji zrzutu osadów oraz budowę kanalizacji sanitarnej w dzielnicach Bojków i Ostropa w kolejnych rejonach. W drugim z tych zamówień pn. *Modernizacja gospodarki wodno-ściekowej w Gliwicach II etap Bojków – faza II*, wykonywanym przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, funkcję kierownika robót pełniła pani E. D. .

Według Przystępującego ponieważ Odwołujący mylnie przyjął, że opisane w wykazie doświadczenie zawodowe pani E. D. dotyczyło pierwszego z zamówień pn. *Modernizacja gospodarki wodno-ściekowej w Gliwicach – II etap Bojków*, wszelkie złożone przez niego w tym zakresie wnioski dowodowe nie doprowadzą do stwierdzenia faktu determinującego wypełnienie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 pzp, gdyż Odwołujący zmierza do wykazania okoliczności dotyczących innego zamówienia publicznego.

Zdaniem Przystępującego ponieważ wskazał osobę dysponującą wymaganym w tym postępowaniu doświadczeniem, nie doszło do wywołania co do tego u Zamawiającego mylnego wyobrażenia.

W ocenie Przystępującego dołożył należytej staranności profesjonalisty, gdyż nie poprzestał na treści zobowiązania z 21.07.2020 r. Budomontu-6 sp. z o.o., który zobowiązał się do oddania mu do dyspozycji osobę posiadającą stosowne uprawnienia i doświadczenie jako kierownik budowy robót instalacyjnych sanitarnych przy realizacji min. 1 inwestycji obejmującej budowę/rozbudowę/przebudowę sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości min. 3 km. Przystępujący zwrócił się bezpośrednio z prośbą o złożenie oświadczenia potwierdzającego te informacje do pani E. D., która w oświadczeniu z 22.07.2020 r potwierdziła własnoręcznym podpisem prawdziwość przekazanych przez podmiot trzeci informacji. W opinii Przystępującego wykazał się dalece idącą ostrożnością oraz podjął – jak to określił – maksymalne działania weryfikacyjne w zakresie składanych oświadczeń oraz informacji przekazywanych przez podmiot trzeci.

Przystępujący podsumował, że niezależnie od waloru prawdziwości przekazanych informacji, tak dalece idąca weryfikacja nie może być w ogóle rozpatrywana pod kontem winy, rażącego niedbalstwa bądź lekkomyślności.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zdaniem Przystępującego rzetelnie oraz wyczerpująco odniósł się do wezwania

do wyjaśnienia ceny złożonej przez siebie oferty.

Przystępujący wywiódł, że źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są elementami organizacji przedsiębiorstwa, prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen.

Przystępujący oświadczył, że spośród podwykonawców, z którymi stale współpracuje, wyodrębnił podmioty, które cechują najbardziej konkurencyjne ceny rynkowe oraz wysoka jakość dostarczanych towarów oraz usług. Z kolei szczegółowa analiza ofert tych starannie wyselekcjonowanych podmiotów umożliwiła uwzględnienie cen materiałów oraz kosztów robocizny na poziomie, który – po skalkulowaniu dodatkowych kosztów – pozwala uzyskać planowany zysk.

W ocenie Przystępującego wysokość kosztów ogólnych została wskazana w odwołaniu w sposób dowolny (znacząco zawyżony), gdyż realnie ich wysokość dla tej inwestycji maksymalnie wynosi ok. 300 tys. zł netto. Przystępujący zaznaczył, że część wymienionych w odwołaniu (str. 6) kosztów ogólnych uwzględniona została w ofertach podwykonawców. Stąd założony przez Przystępującego zysk z realizacji tego zamówienia publicznego realnie ukształtuje się na poziomie niespełna 5% jego wartości.

Niezależnie od powyższego Przystępujący powołał się na wyrok Izby z 1 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 486/20, z którego uzasadnienia wynika, że żadne szczególne okoliczności mogą nie występować w odniesieniu do danego wykonawcy – jeżeli jednak cena jego oferty pokrywa wszystkie koszty z tytułu realizacji danego zamówienia i pozwala wykonawcy na uzyskanie choćby minimalnego zysku, wyklucza to uznanie ceny za rażąco niską. Zgodnie natomiast ze stanowiskiem Izby wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z 25 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 263/20 kalkulacja ceny jest sprawą indywidualną każdego z wykonawców, co oznacza, że stawki dla każdego z wykonawców mogą być zróżnicowane. Wykonawca posiadający infrastrukturę sprzętowo-osobową będzie miał mniejsze koszty realizacji zamówienia, aniżeli wykonawca, który w celu spełnienia wymogów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia będzie zmuszony zakupić dodatkowe środki trwałe lub zatrudnić nowy personel.

Przystępujący oświadczył, że koszt likwidacji sieci został uwzględniony w oparciu o ofertę podwykonawcy, który jako podmiot profesjonalny posiada wieloletnie doświadczenie w realizacji robót sieciowych. Przystępujący dodał, że roboty podwykonawcze wycenione zostały wraz z uwzględnieniem materiałów budowlanych po stronie podwykonawcy.

W opinii Przystępującego zawarte w odwołaniu wyliczenia sugerujące wykorzystanie rur dwuściennych PE i PP dla wykazania rzekomego braku możliwości skalkulowania odpowiedniego materiału oraz kosztów robocizny w cenie ofertowej są całkowicie chybione, gdyż Odwołujący powołuje się na pozyskane przez siebie oferty dostawców (Przystępujący zwrócił uwagę, że bez wskazania konkretnego numeru czy na nazwę dostawcy), których wartości są znacząco zawyżone i nie odzwierciedlają rynkowych realiów. Stąd w rzeczywistości cena jednostkowa za wykonanie odcinka sieci kanalizacji deszczowej wynosi 495,80 zł/m.

Przystępujący oświadczył, że sporządzając ofertę działał z zachowaniem najwyższej staranności oraz profesjonalizmu wymaganego w tych okolicznościach i przewiduje uzyskanie realnego zysku przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia zgodnie z projektem, co umożliwiła określona przez niego cena ryczałtowa

Według Przystępującego nie stanowi novum w zakresie zamówień publicznych, że wykonawca starający się wejść na dany rynek oferuje zwykle cenę niższą niż wykonawcy już na tym rynku obecni, w szczególności w zakresie kwoty zysku. Jednak niskiej ceny oferty nie można utożsamiać z ceną rażąco niską.

Zdaniem Przystępującego istotne jest również, że cena oferty Odwołującego jest jedynie o 3,2% wyższa.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na zgłoszenie przez Przystępującego sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów, odwołanie w całości zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie, na której uczestnicy sporu podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia Drogomaxu oraz odrzucenia jego oferty oraz oferty Konsorcjum, uniemożliwia Drogopolowi uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Z uwagi na stanowisko zajęte przez Przystępującego konieczne stało się zaznaczenie, że Izba nie stwierdziła, aby Odwołujący w toku postępowania odwoławczego podniósł nowe okoliczności, które należałoby traktować jako niepodlegające kognicji Izby z mocy art. 192 ust. 7 pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Skoro Przystępujący ustosunkowując się do odwołania *de facto* potwierdził, że zawarł w wykazie nieprawdziwą informację, a zarazem twierdził, że nie jest ona nieprawdziwa, gdyż wskazana przez niego osoba nabyła doświadczenie przy realizacji na rzecz tego samego zamawiającego innego zamówienia publicznego, będącego kolejną fazą tego samego etapu przedsięwzięcia inwestycyjnego – tym samym należało uznać za sporną i wymagającą rozstrzygnięcia w tej sprawie kwestię, czy podanie dokładnej nazwy jednego zamówienia może być poczytane za powołanie się na inne zamówienie o bardzo zbliżonej nazwie. W konsekwencji nie sposób było pominąć zgłaszanych przez obie strony tego sporu dowodów i wniosków dowodowych również w odniesieniu do kwestii zdobycia doświadczenia w ramach zamówienia, na które Przystępujący powołał się w zgłoszeniu przystąpienia.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 1. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z określonym w pkt 1.2.1. ppkt 3) lit. b) rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”} warunkiem udziału w tym postępowaniu wykonawca miał wykazać dysponowanie osobą przewidzianą na stanowisko kierownika robót, która (abstrahując od kwestii posiadania stosownych uprawnień) zdobyła doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót instalacyjnych sanitarnych przy realizacji co najmniej jednej inwestycji obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości min. 1,5 km.

Pismem z 28 września 2020 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 2 pzp wezwał do złożenia na potwierdzenie spełniania warunku w powyższym zakresie wykazu, w którym dla osoby wskazanej przez podanie imienia i nazwiska zostanie sprecyzowane na jakim stanowisku i przy realizacji jakiej inwestycji zdobyła wymagane doświadczenie, przy czym należało również skonkretyzować długość kanalizacji sanitarnej lub deszczowej (do pisma załączono wzór wykazu).

W odpowiedzi do pisma z 5 października 2020 r. Drogomax załączył wykaz, w którym wskazał na stanowisko kierownika budowy panią E. D. i oświadczył, że ma ona 17-letnie doświadczenie zawodowe, w tym zdobyte przy realizacji inwestycji pn. „Modernizacja gosp. wodno-ściekowej w Gliwicach – II etap Bojków”, która obejmowała rozbudowę sieci kanalizacji sanitarnej Fi 300 o długości 4 km.

Pismem z 8 października 2020 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwał Drogomax do poprawienia dotychczasowego lub złożenia nowego wykazu (w przypadku wskazania innej osoby niż pierwotnie), gdyż ze złożonego wykazu nie wynika na jakim stanowisku wskazana w nim osoba zdobyła wymagane doświadczenie przy opisanej tam inwestycji.

W odpowiedzi do pisma z 13 października 2020 r. Drogomax załączył wykaz, w którym uzupełnił, że wskazana przez niego na stanowisko kierownika budowy pani E. D. zdobyła doświadczenie przy realizacji inwestycji pn. „Modernizacja gosp. wodno-ściekowej w Gliwicach – II etap Bojków”, która obejmowała rozbudowę sieci kanalizacji sanitarnej Fi 300 o długości 4 km, na stanowisku kierownika robót {w domyśle instalacyjnych sanitarnych}.

Między innymi na podstawie tak wykazanego warunku udziału Zamawiający ocenił, że Drogomax spełnia warunki udziału w postępowaniu i 23 października 2020 r. dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, które to czynności spowodowały wniesienie odwołania w tej sprawie.

W toku postępowania odwoławczego niesporna {a także wprost potwierdzona w pismach Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej: „PWIK”) z 30 października (załącznik do pisma uzupełniającego Odwołującego z 9 listopada 2020 r.) i 3 listopada 2020 r. (załącznik do odpowiedzi na odwołanie)} okazała się okoliczność, że pani E. D. nie była kierownikiem robót instalacyjnych sanitarnych w ramach wykonanego w okresie od 10.7.2013 r. do 12.3.2015 r. przez konsorcjum w składzie: PRUiM S.A., ZIB W. S. i A. D. sp. z o.o., Reminstal sp. z o.o., INKO sp. z o.o. zamówienia pn. „Modernizacja gosp. wodno-ściekowej w Gliwicach – II etap Bojków”, a inwestycja ta obejmowała m.in. rozbudowę sieci kanalizacji sanitarnej Fi 300 o długości 139,1 m.

Reasumując, niepodlegające już uzupełnieniu ostateczne oświadczenie, na którego podstawie Zamawiający stwierdził, że Drogomax wykazał spełnienie przywołanego powyżej

przywołanego warunku udziału w postępowaniu, okazało się nieprawdziwe.

W kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy pzp nie ma zatem znaczenia, czy pani E. D. faktycznie była kierownikiem robót instalacyjnych sanitarnych przy realizacji w okresie od 24.9.2014 r. do 21.7.2015 r. przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: „MPRD”) zamówienia pn. „Modernizacja gosp. wodno-ściekowej w Gliwicach – II etap Bojków – faza II” {fakt zgłoszenia przez MPRD tej osoby w tym charakterze PWiK została wprost potwierdzona w piśmie tego ostatniego z 3 listopada 2020 r., a także wynika z dokumentów załączonych do pisma uzupełniającego Przystępującego z 17 listopada 2020 r}.

Tym niemniej Odwołujący wykazał w toku postępowania odwoławczego, że *de facto* i *de iure* (w rozumieniu Prawa budowlanego) kierownikiem robót sanitarnych z ramienia MPRD jako wykonawcy tych robót był pan T. R. {kopia dziennika budowy nr 1244/2014 oraz inne dokumenty sporządzone w toku realizacji tej inwestycji: pismo z 16.4.2015 r., wydruki korespondencji elektronicznej z 13.12.2014 r., 13, 21, 24, 25 lutego 2015 r., 2, 9, 10, 13, 20 marca 2015 r., 9.4.2015 r. w zw. z kartami nadzoru autorskiego – załączniki do pisma uzupełniającego Odwołującego z 9 listopada 2020 r., protokół z uruchomienia agregatu z 25.6.2015 r., protokoły rozruchu z 30.6.2015 r. – przedstawione przez Odwołującego na rozprawie}.

Dodatkowo w pisemnym oświadczeniu z 17 listopada 2020 r. {przedstawione przez Odwołującego na rozprawie} oraz przesłuchany na wniosek Odwołującego w charakterze świadka pan T. R. potwierdził, że z ramienia MPRD jako jego pracodawcy pełnił w toku 2. fazy II. etapu Bojków funkcję kierownika robót sanitarnych i nigdy nie spotkał pani E. D. jako osoby wykonującej jakiegokolwiek czynności w związku z realizacją tych robót.

Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów ani choćby wniosków dowodowych (choćby o przesłuchanie w charakterze świadka pani E. D.), które pozwoliłyby na wyprowadzenie innego wniosku niż taki, że pani E. D. została zgłoszona przez wykonawcę robót PWiK jedynie dla dopełnienia wymagań formalnych umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż pan T. R. nie spełniał wówczas warunku udziału w tamtym postępowaniu.

Odnośnie dopełnienia aktów staranności przy weryfikacji doświadczenia osoby, która została oddana Drogomaxowi do dyspozycji przez podmiot trzeci, na którego zasobach w tym zakresie zamierzał polegać, w postaci uzyskania 22 lipca 2020 r. od pani E. D. pisemnego potwierdzenia informacji o posiadanym doświadczeniu Izba stwierdziła, że data i treść tego oświadczenia wcale nie świadczą na korzyść Przystępującego. Po pierwsze, jeżeli rzeczywiście Drogomax dysponowałby tym oświadczeniem nie sposób racjonalnie

wytłumaczyć inaczej niż jako rażące niedbalstwo dwukrotnie sporządzenie wykazu obejmującego jedną osobę z błędną nazwą postępowania. Po drugie, treść tego oświadczenia powinna wzbudzić poważne wątpliwości co do jego wiarygodności, skoro nie nastąpiło żadnych trudności sprawdzenie w PWiK, że w ramach 2. fazy II. etapu Bojków nie była wykonywana kanalizacja deszczowa, a jedynie sanitarna {co wynika wprost z pisma PWiK z 10.11.2020 r. oraz wystawionych przez PWiK dla MPRD referencji}.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest zasadny.

W aktualnie obowiązującym art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp określono, że 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, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (*in fine*) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};
- jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h *in fine*}

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna podstawa wykluczenia wykonawcy z powodu składania nieprawdziwych informacji. Według nieobowiązującego już art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił implementację art. 45 ust. 2 lit. g

dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach miało to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

W odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przy uwzględnieniu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Według tego stanowiska złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, musi być czynnością dokonaną z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej) orzekł w związku z wykluczeniem na podstawie art. 94 lit. b rozporządzenia

Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1 ze zm.) – stanowiącego, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji – że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa, i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny, czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w wyroku z 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/19, argumentując, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść przepisu art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo.

Izba zwróciła uwagę, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa,

czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne w sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 §*

2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zarówno w przypadku dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp jak i obecnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 18 pzp skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie zostałby wprowadzony w błąd. Przy czym należy zaznaczyć, że decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów.

Natomiast taki skutek nie jest wymagany dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, gdyż z brzmienia tego przepisu {przywołanego dokładanie powyżej} wynika, że wystarczające jest, aby informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, co odpowiada sposobowi uregulowania podstawy wykluczenia w art. 57 ust. 4 lit. i (*in fine*) {również przywołanemu dokładanie powyżej}, gdzie również mowa jest jedynie o takim potencjalnym wpływie. Innymi słowy przy niedbałym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mogło to, a nie czy miało to wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Jak trafnie wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej

mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy wziąć pod uwagę, że wprowadzenie przesłanek wykluczenia ma na celu ochronę zamawiających przez nierzetelnymi wykonawcami. Wykonawca, który w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia podaje informację niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, nie daje rękąmi rzetelności i sam poddaje w wątpliwość swój profesjonalizm, który wymaga dołożenia należytej staranności ocenianej według podwyższonego miernika.

W ustalonych powyżej okolicznościach należało uznać, że ponieważ Drogomax w wyniku rażącego niedbalstwa przy weryfikowaniu informacji dotyczących osoby, którą pozyskał na potrzeby realizacji tego zamówienia, oraz przy sporządzaniu dokumentów składanych Zamawiającemu wprowadził go w błąd co do spełniania warunku udziału w tym postępowaniu, co wypełnia hipotezę normy art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, podlega on wykluczeniu z tego postępowania. Warto zauważyć, że hipoteza tej normy nie wymaga, aby informacje miały lub mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyż, jak to powyżej już wskazano, wystarczające jest, aby wprowadzające w błąd informacje mogły mieć potencjalnie taki istotny wpływ na decyzje prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia.

Izba podziela stanowisko konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie, że nieprawdziwej informacji w zakresie okoliczności istotnych dla postępowania o udzielenie zamówienia nie można w trybie art. 26 ust. 3 pzp zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdzywym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błąd dotyczący braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 2 w pkt 12 i 17 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach oceny wpływu nieprawdziwej informacji

na decyzję zamawiającego mieści się badanie, czy wykonawca, który wprowadził w błąd zamawiającego, był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca, jeżeli po raz pierwszy w danym postępowaniu wprowadził w błąd zamawiającego (tzn. nie był np. wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku), który na tej podstawie podjął decyzję (np. o spełnieniu przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu).

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, jak to już powyżej ustalono, nieprawdziwe informacje faktycznie wprowadziły w błąd Zamawiającego, który na ich podstawie pozytywnie zweryfikował spełnianie przez Drogomax warunku udziału, a ponadto zostały zawarte również w wykazie złożonym w wyniku zastosowania art. 26 ust. 3 pzp. Nie ma przy tym znaczenia, jaka była przyczyna wezwania do uzupełnienia, gdyż jednokrotność uzupełniania tego samego braku (w tym przypadku niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu) w trybie art. 26 ust. 3 pzp jest konsekwentnie wskazywana w doktrynie i orzecznictwie przy interpretacji tego przepisu, gdyż służy to zapewnieniu przestrzegania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, czyli podstawowych zasad postępowania, które statuuje art. 7 ust. 1 pzp.

W doktrynie i orzecznictwie nie budzi również wątpliwości, art. 26 ust. 4 pzp przewiduje odrębną procedurę wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów, której zakres zastosowania ogranicza się do wyjaśniania niejasnej czy niejednoznacznej treści złożonych dokumentów, w odróżnieniu od art. 26 ust. 3 pzp, który umożliwia w szczególności uzupełnienie czyli zmianę treści dokumentów. W okolicznościach rozpatrywanej sprawy, abstrahując od powyżej wskazanych skutków złożenia przez wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia (w postaci wykazu) na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, oczywiste jest również, że nawet gdyby osoba zgłoszona przez Przystępującego na kierownika budowy zdobyła doświadczenie przy realizacji innej fazy przedsięwzięcia niż wskazana w wykazie, wymagałoby to zmiany jego treści, gdyż były to jednak dwa odrębne zamówienia publiczne realizowane przez innych wykonawców.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 2. i 4. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedstawione powyżej za odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie okoliczności dotyczące treści wyjaśnień złożonych przez Drogomax i Konsorcjum wymagają jedynie

następującego uzupełnienia i podsumowania.

Jak wynika z treści pism z 31 lipca 2020 r., Zamawiający skierował w trybie art. 90 ust. 1 pzp wezwania, gdyż ceny tych ofert wzbudziły jego uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu tego zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami, gdyż były niższe o więcej niż 30% od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia.

W treści wezwania Zamawiający nie ograniczył się do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 pzp (wskazującego przykładowy katalog tzw. czynników wpływających na możliwość obniżenia ceny oferty) i art. 90 ust. 2 pzp (nakładającego na wykonawcę ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny), ale wprost wskazał, że wymaga przedstawienia kalkulacji cenowej oferty z uwzględnieniem w szczególności kosztów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, zakładanego zysku i innych elementów mających wpływ na wysokość ceny podanej w ofercie. Zamawiający sprecyzował, że oczekuje przedstawienia kompleksowej i szczegółowej kalkulacji na pełną wartość oferty, która będzie obrazować takie składowe jak: ilości, stawki, ceny, oferty podwykonawców i inne dowody oraz wszelkie narzuty z podstawami ich naliczenia itd. Zamawiającego szczególnie interesowały koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, co podkreślił przy przytaczaniu art. 90 ust. 1 lit. a pzp.

Pierwotne wyjaśnienia Konsorcjum (pismo z 6 sierpnia 2020 r.) w ogóle, a wyjaśnienia Drogomaxu (pismo z 7 sierpnia 2020 r.) w odniesieniu do niemal całego zakresu wartościowego i rzeczowego oferty nie zawierają żadnej kalkulacji, która obrazowałaby krok po kroku, w jaki sposób została wyliczona cena oferty z uwzględnieniem kosztów niezbędnych do wykonania tego zamówienia. Drogomax błędnie założył bowiem, a Zamawiający temu nie zaoponował, że powołanie się na wykonanie niemal w całym zakresie rzeczowym robót przez podwykonawców zwalnia od przedstawienia takiej kalkulacji. Stąd Drogomax ograniczył się do przedstawienia szczegółowej kalkulacji wyłącznie w odniesieniu do znikomego zakresu robót, które zamierza wykonać siłami własnymi, oraz załączenia dla całego pozostałego zakresu robót ogólnych ofert podwykonawców, które sprowadzają się do wskazania ceny. Stanowią one co najwyżej dowody tego, za jaką cenę ci podwykonawcy podjęli się realizacji prac zleconych przez Drogomax, co w żaden sposób nie pozwala na zweryfikowanie tych ceny ryczałtowych, a w konsekwencji opartej na nich w przeważającej mierze cenie całej oferty.

Poza tym pierwotne wyjaśnienia Drogomaxu zawierają ogólnikowe informacje o posiadanych na własność zasobach sprzętowych i dostępu do źródła kruszywa, bez sprecyzowania, jak konkretnie przełożyło się to na obniżenie ceny oferty. Z kolei pierwotne wyjaśnienia Konsorcjum sprowadzają się wyłącznie do ogólnych zapewnień i deklaracji,

że zamówienie może zostać należycie wykonane za cenę wskazaną w ofercie dzięki dysponowaniu wysoce wykwalifikowaną kadrami, wydajnym sprzętem i korzystnym cenom materiałów. Zostało to powtórzone w drugich wyjaśnieniach (pismo z 2 września 2020 r.), do których, pomimo ponowienia w tym zakresie przez Zamawiającego wezwania, nie załączono kalkulacji, a jedynie wskazanie ilości robót w poszczególnych lokalizacjach objętych zakresem tego zamówienia.

Z kolei okoliczności podnoszone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, sprowadzające się do analizy porównawczej cen za poszczególne zakresy rzeczowe określonych w ofercie Drogomaxu, Konsorcjum i Drogopolu są bez znaczenia dla tej sprawy, która nie dotyczy zaniechania wezwania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny. Podkreślić należy, że wszystkie te okoliczności były lub mogły być znane Zamawiającemu na podstawie treści złożonych ofert, a jednak nie uznał on, że różnice cen ofert Drogomaxu i Konsorcjum w stosunku do wartości jego oszacowania budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami, czyli nie był w stanie bez otrzymania odpowiednio szczegółowych wyjaśnień wyprowadzić wniosków jak w odpowiedzi na odwołanie.

Reasumując, wbrew temu, co twierdził Zamawiający, nie otrzymał w ramach zażądanych wyjaśnień żadnych (Konsorcjum) lub wystarczających (Drogomax) informacji, które pozwoliłyby na pozytywne zweryfikowanie, czy ceny tych ofert zostały prawidłowo skalkulowane, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, która przecież wzbudziła jego wątpliwości.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia zarówno oferty Drogomaxu, jak i oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, gdyż Zamawiający bezpodstawnie ocenił złożone w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 2 przez tych wykonawców wyjaśnienia jako potwierdzające, że oferty te nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym art. 90 ust. 1a stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) 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; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia

tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że ceny ofert Drogomaxu i Konsorcjum odbiegały o więcej niż 30 % od ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością i ubruttowionej wartości zamówienia, a jednocześnie Zamawiający nie stwierdził, że wynika to z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, co czyniło koniecznym wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na Drogomax i Konsorcjum nałożyło ciężar wykazania, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki

prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Należy wziąć jednak pod uwagę, że z powyżej przywołanego art. 90 ust. 2 pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalały na akceptację ceny oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiście jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku

Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż już pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 pzp wszczęło procedurę, w której Drogomax i Konsorcjum obciążeni zostali ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno obowiązkiem odrzucenia oferty przez Zamawiającego, bez stwarzania kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Zamawiający co prawda umożliwił Konsorcjum złożenie kolejnych wyjaśnień, ale o tyle nie miało to znaczenia, o ile złożony w ich ramach ogólnikowy kosztorys nie wniósł nic istotnego w kwestii wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 3. listy zarzutów}

Izba podziela ocenę Zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, że zarzut

naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp został tak enigmatycznie i lakonicznie sformułowany w odwołaniu, że nie sposób stwierdzić, na czym w istocie polega zarzucana w oparciu o treść wyjaśnień niezgodność treści oferty Drogomaxu z treścią s.i.w.z., w szczególności nie zostały wskazane żadne postanowienia tej ostatniej. Jest to wystarczające dla stwierdzenia, że zarzut ten nie ma racji bytu, a w istocie jest nieskuteczną próbą wyprowadzenia z okoliczności związanych z wyjaśnieniami ceny oferty odrębnego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwołującego (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono stosownie do jej wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając nimi odpowiednio Zamawiającego i Przystępującego tzn. z uwzględnieniem okoliczności, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie jednego z trzech zasadniczych zarzutów, które okazały się zasadne, a zatem za wynik sprawy w tym zakresie odpowiada Przystępujący, który się temu sprzeciwił.