

Sygn. akt: KIO 1074/18

WYROK
z dnia 14 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez wykonawcę: **P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMA P. W., ul. Pływacka 5, 15-703 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części 3 zamówienia oraz powtórzenie czynności oceny oferty wykonawcy **B. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADB B. G. z siedzibą w Kobyłce, w tym wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 i uznanie oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **P.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMA P. W., ul. Pływacka 5, 15-703 Białystok** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i**

Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok na rzecz wykonawcy: **P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMA P. W., ul. Pływacka 5, 15-703 Białystok** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Obsługa Punktów Zimowego Utrzymania Dróg (PZUD) w Rejonach Augustów, Białystok, Bielsk Podlaski, Łomża, Suwałki i Zambrów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 006- 009256 w dniu 10 stycznia 2018 r.

W dniu 18 maja 2018 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną oraz zamieścił na swojej stronie internetowej zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w Częściach 1, 3, 4, 5 i 6.

Wykonawca P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMA P. W., z siedzibą w Białymstoku wniósł odwołanie w zakresie Części 3, wobec:

1) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy ADB B. G. (dalej „ADB”), a w konsekwencji zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że wykonawca ADB nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, zaś w dokumencie „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”:

- odnośnie pięciu osób złożył niezgodne z prawdą oświadczenie o dysponowaniu tymi osobami na podstawie umowy o pracę, oraz

- wskazał ponadto trzy inne osoby, które nie posiadają doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu, czym w sposób zamierzony (*tiret* pierwsze) oraz co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa (*tiret* drugie) wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W powyższych okolicznościach niezgodne z prawdą jest także oświadczenie wstępne złożone przez wykonawcę ADB w zakresie sekcji „alfa” w Części IV jednolitego dokumentu (JEDZ) a wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ADB w Części 3 zamówienia, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinna potwierdzić ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (w przypadku dokonania tej oceny z należytą starannością);

3) czynności wyboru oferty wykonawcy ADB w Części 3, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 (względnie, z ostrożności procesowej - art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie ich zastosowania;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie ich zastosowania, oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez ich nieprawidłowe stosowanie;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp, przez jego nieprawidłowe zastosowanie w następstwie naruszenia przepisów wskazanych w punktach ad 1) i ad 2).

Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego w części 3 zamówienia powinna zostać wybrana przez Zamawiającego, ponieważ jest ofertą najkorzystniejszą, a jej cena nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części 3;
- 2) wykluczenia wykonawcy ADB z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy ADB w Części 3;
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w Części 3.

Wniósł ponadto o dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności pisma Odwołującego z dnia 24.05.2018 r. (w aktach sprawy) zawierającego analizę wyjaśnień wykonawcy ADB, dotyczących ceny oferty oraz wskazanie nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd oraz dowodów wskazanych w treści odwołania i do niego załączonych, a w razie wystąpienia takiej konieczności - także z akt sprawy odwoławczej sygn. akt KIO 454/18.

Odwołujący wniósł także o zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym uiszczonych wpisu oraz uzasadnionych kosztów Odwołującego jako strony postępowania.

Ad. Zarzut 1

Wykonawca ADB złożył ofertę na Część 3 i Część 5 zamówienia wraz z oświadczeniem wstępnym w formie jednolitego dokumentu (JEDZ) - datowane na 16.02.2018 r. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, wykonawca ADB w dniu 13.03.2018 r. złożył dokument „*Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego*” odnośnie Części 3 zamówienia (dalej jako: „wykaz osób”) i analogiczny dokument odnośnie Części 5.

W wykazie osób wykonawca ADB wskazał m.in, pięć osób z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego: J. B. (poz. 1), R. K., E. D., P. W., Ł. K. (poz. 7-10). Wykonawca ADB jednoznacznie i wyraźnie oświadczył przy tym: „*Podstawa dysponowania - umowa o pracę*”. W ten sposób wykonawca ADB, działając w sposób świadomy i zamierzony, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wszystkie wskazane osoby w chwili składania przez wykonawcę ADB oświadczenia wstępnego oraz oferty były pracownikami Odwołującego - wykonującymi zresztą tożsame zamówienie w ramach umowy obowiązującej poprzednio pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym (tożsamość oraz informacja o pracodawcy wskazanych osób była zatem Zamawiającemu znana z urzędu). Wykonawca ADB nie zatrudniał zatem wskazanych osób w chwili składania oferty i oświadczenia wstępnego ani też nie miał z tymi osobami jakiegokolwiek kontaktu. Oświadczenie wstępne wykonawcy ADB w sekcji „alfa”, dotyczące spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej co do dysponowania osobami spełniającymi wymagania Zamawiającego, określonego w sekcji III. 1.3 ust. 1 lit. b) oraz w Rozdziale 7.2 ust. 3 lit. b) w SIWZ nie miało zatem pokrycia w stanie faktycznym.

Według informacji przekazanych Odwołującemu ustnie z zachowaniem prośby o poufność przez jedną ze wskazanych osób, wykonawca ADB kontaktował się z tymi osobami dopiero w okresie 5-7 marca 2018 r., a więc dopiero po złożeniu oferty i na długo po podpisaniu oświadczenia wstępnego przez wykonawcę, dopiero w czasie przygotowywania wykazu osób. Nawiązując do informacji z otwarcia ofert w dniu 19.02.2018 r., wykonawca ADB zadeklarował w rozmowie chęć zatrudnienia wskazanych osób na zajmowanych dotąd stanowiskach - w razie spodziewanego uzyskania zamówienia. Prawdopodobnie doszło do podpisania w tym czasie jakichś porozumień wykonawcy ADB ze wskazanymi osobami, prawdopodobnie w jednym tylko egzemplarzu (zatrzymanym przez p. B. G.). Nie ma jednak żadnych podstaw do uznania, że były to umowy o pracę, tak jak wykonawca ADB jednoznacznie oświadczył w wykazie.

Wobec pozostawiania wskazanych osób w tym okresie w stosunku pracy z Odwołującym, porozumienia podpisywane z wykonawcą ADB mogły mieć co najwyżej charakter umów przedwstępnych o pracę - i to wyłącznie, o ile zawierały istotne postanowienia umowy o pracę, w szczególności: miejsce i czas wykonywania pracy oraz wysokość wynagrodzenia.

Biorąc pod uwagę okoliczności, wydaje się to być wysoce wątpliwe. Należy wyrazić w tym miejscu rozczarowanie postawą Zamawiającego, który mając wiedzę o zatrudnianiu wskazanych osób przez Odwołującego, pozostał bierny względem bezpodstawnych oświadczeń wykonawcy ADB o zatrudnianiu tych samych osób i nie pokusił się nawet o próbę wyjaśnienia tej okoliczności.

Odwołujący wskazał, że w chwili obecnej zastosowanie procedury wyjaśnienia treści dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp nie jest już możliwe, wobec zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy ADB i odrzucenia jego oferty.

Dowodzenie faktu istnienia oraz dowodzenie treści porozumień podpisanych z deklarowanymi osobami już po złożeniu oferty, jak również charakteru prawnego tych

porozumień, nie leży w obowiązkach Odwołującego. Dla potrzeb niniejszego odwołania i uzasadnienia jego zarzutów wystarczające jest wskazanie, że wykonawca ADB świadomie podał nieprawdziwe informacje o dysponowaniu osobami na podstawie umowy o pracę, czym wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jeżeli wykonawca ADB podtrzymuje twierdzenie, że w dniu 13.03.2023 r. dysponował wskazanymi osobami na podstawie umowy o pracę, wobec przeprowadzonego powyżej dowodu poszlakowego *prima facie*, powinien przedstawić odpowiedni dowód przeciwny - na przykład dowód z dokumentu w postaci umowy o pracę i dowodu zgłoszenia pracownika do ubezpieczeń społecznych. Gdyby jednak uznać, że ciężar dowodu w tym zakresie obciąża nadal wyłącznie Odwołującego - Odwołujący składa (pod warunkiem zawieszającym) wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania wszystkich wskazanych wyżej pięciu osób w charakterze świadków.

Na marginesie podniósł, że działanie wykonawcy ADB narusza zasady uczciwej konkurencji. Złożenie rażąco niskiej oferty bez dysponowania osobami mającymi zrealizować zamówienie, z myślą wyłącznie o tym, aby była to oferta najtańsza - a następnie wykorzystanie zaistniałej sytuacji do szantażu ekonomicznego i przymuszenia pracowników zatrudnianych dotychczas przez innego wykonawcę do „przejscia na stronę zwycięzcy” nie może być ocenione jako prawidłowa konkurencja i uczciwa gra o rynek. Odwołujący na chwilę złożenia odwołania nie wyraża jednak formalnych zarzutów w tym zakresie, skupiając się na nieuczciwym działaniu wykonawcy ADB względem Zamawiającego - to jest na świadomym złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w Rozdziale 7.2 ust. 3 lit. b) w SIWZ następujący warunek udziału w postępowaniu:

7.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...)

3) zdolności technicznej lub zawodowej: (...) h) Osób

Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca na każdą funkcję wymienioną poniżej wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

Wykonawca zapewni pracowników (dyżurnych) w ilości min. 6 osób dla każdego punktu, posiadających wykształcenie min. średnie, w tym co najmniej 3 pracowników z minimum 3 miesięcznym doświadczeniem w obsłudze punktu informacji drogowej (lub inaczej nazwanego stanowiska spełniającego podobną funkcję)

(...)

część 3 - min. 12 osób, (2 Punkty po min. 6 osób)”

Oprócz pięciu pracowników Odwołującego, o których mowa powyżej, w wykazie osób wykonawca ADB wskazał jeszcze trzy osoby (poz. 2-4) z doświadczeniem opisanym w następujący sposób:

R. J. - dyżurny w punkcie kontrolno-blokadowym na granicy państwa w Polowcach w latach 2000-2001

A. M. - dyżurny w punkcie alarmowym PSP w latach 2004-2009

E. G. - dyżurny ochrony na terenie bazy paliwowej PERN w Adamowie w Jatach 2015-2018

W ocenie Odwołującego, żadne z powyższych stanowisk pracy nie polega na obsłudze punktu informacji drogowej ani też nie spełnia funkcji podobnej. Zamawiający nie dokonał badania treści wykazu pod tym względem, o czym świadczy brak chociażby wezwania do wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu czy też wręcz wezwania do jego uzupełnienia. Odwołujący wskazuje, że w chwili obecnej zastosowanie procedury złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub procedury wyjaśnienia treści dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp nie będzie już możliwe - wobec zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy ADB i odrzucenia jego oferty.

Oprócz trzech osób, o których mowa powyżej oraz pięciu pracowników Odwołującego, wykonawca ADB wskazał w wykazie jeszcze cztery osoby (poz. 5-6 i 11-12) jednak z informacją, że nie posiadają one doświadczenie wymaganego przez Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy wykonawca ADB nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym także podlega wykluczeniu z postępowania - na co Odwołujący wskazuje dodatkowo w przedstawionych zarzutach, działając z ostrożności procesowej.

Ad. Zarzut 2

Kierując w dniu 15.03.2018 r. wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do wykonawcy ADB, Zamawiający wszczął procedurę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy ADB, po dokonaniu ich analizy i oceny, potwierdzają że jest to oferta rażąco tania - zbyt tania by zapewnić wykonanie zamówienia nie tylko na poziomie wymaganym przez Zamawiającego ale przede wszystkim zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami, tak jak zostało to wykazane w piśmie Odwołującego z 24.05.2018 r. i zostanie syntetycznie podsumowane dalej w niniejszym odwołaniu.

Odwołujący wskazał na naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jakich Zamawiający dopuścił się w trakcie procedury wyjaśnień. Po pierwsze - jak już wskazano w punkcie poprzedzającym - Zamawiający najpierw założył, że oferta wykonawcy ADB jest „najwyżej oceniona”, w związku z czym dokonał wezwania do

złożenia dokumentów potwierdzających oświadczenie wstępne (co nastąpiło 13.03.2018 r.), a dopiero potem przystąpił do badania tej oferty (w szczególności pod kątem ceny) - czego wyrazem stało się wspomniane wezwanie do wyjaśnień wystosowane 15.03.2018 r. Trudno w tych okolicznościach oczekiwać, że wynik badania oferty przez Zamawiającego będzie bezstronny i obiektywny.

Po drugie, Zamawiający po trzykroć wzywał wykonawcę ADB do składania wyjaśnień - po raz pierwszy w dniu 15.03.2018 r., po raz drugi w dniu 28.03.2018 r. i po raz trzeci w dniu 11.04.2018 r. Zamawiający wykazywał wielką cierpliwość względem zdawkowych i fragmentarycznych wyjaśnień wykonawcy ADB - mimo, że terminy wyznaczane na ich składanie były niespotykanie długie, a cała procedura trwała równy miesiąc. Należy stanowczo stwierdzić, że uporczywość wezwań Zamawiającego jest nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców. Wszyscy pozostali wykonawcy już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego składali odpowiednie, wyczerpujące wyjaśnienia. W tym stanie rzeczy trudno w ogóle uznać wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ADB za przekonujące, jak zrobił to Zamawiający.

Niezależnie od braku wiarygodności wyjaśnień składanych przez wykonawcę ADB, zawierają one w swojej treści informacje, w świetle których zaoferowana cena jest rażąco niska. Z wyjaśnień tych wynika bowiem, że wartość przyjęta przez wykonawcę ADB do ustalenia ceny jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odwołujący dokonał starannej analizy złożonych wyjaśnień oraz ich oceny i przeprowadził odpowiedni dowód z obliczeń w piśmie z dnia 24.05.2018 r. doręczonym tego samego dnia do Zamawiającego.

Odnosnie „wielokrotności wyjaśnień”, Odwołujący wskazał na treść art. 69 „Rażąco niskie oferty” dyrektywy 2014/24 oraz to, że na gruncie ww. przepisu ocena złożonych wyjaśnień odbywa się „w drodze konsultacji z oferentem”. Jednak Zamawiający prowadził w tym przypadku nie konsultacje - ale wręcz negocjacje z oferentem. Kolejne wezwania Zamawiającego nie dotyczyły bowiem doprecyzowania informacji przekazanych uprzednio przez wykonawcę ADB - ale złożenia informacji już wcześniej żądanych. Zamawiający dopominał się dwukrotnie (i częściowo nadal bezskutecznie) informacji, których pomimo jednoznacznej treści wezwania w poprzednich wyjaśnieniach nie otrzymał. Kolejne wyjaśnienia wykonawcy ADB - zamiast uszczegóławiać wyjaśnienia złożone uprzednio, podawały nowe informacje i kwoty, niezgodne z informacjami przekazanymi wcześniej.

Dla przykładu:

- 1) w wyjaśnieniach z dnia 16.03.2018 r. wykonawca ADB poinformował, że średnia cena jednostkowa za 1 godzinę pracy wynosi „9,14 zł /godz. Netto”,
- 2) w odpowiedzi na pytanie zawarte w kolejnym wezwaniu Zamawiającego: „Czy

Wykonawca uwzględnił w stawce jednostkowej (13 zł/godz. netto) na umowę o pracę przysługujący pracownikom dodatek za prace w godzinach nocnych oraz koszty pracodawcy ? ”, w wyjaśnieniach z dnia 5.04.2018 r. wykonawca ADB dodał „wykaz stawek godzinowych dodatków w rodzinach nocnych w kwocie brutto w 2018 w wysokości od 2,39 do 2,76 zł w poszczególnych miesiącach”. Wykonawca co do części pierwszej pytania potwierdził zatem, że wyjaśnienia złożone uprzednio były niekompletne i nierzetelne - w drugich wyjaśnieniach dokonał ich modyfikacji i uzupełnienia. Na drugą część pytania Zamawiającego (o koszty wykonawcy) wykonawca ADB nie odpowiedział natomiast w żaden sposób.

3) w odpowiedzi na ponowne pytanie, zadane „w związku z niewystarczającą odpowiedzią” w trzecim już wezwaniu: „Czy oferowana stawka 13 zł przy zatrudnieniu na umowę o pracę obejmuje wszystkie koszty płacowe (w tym dodatek godziny nocne) i poza płacowe pracodawcy? ”, w wyjaśnieniach z dnia 16.04.2018 r, wykonawca ADB poinformował, że do obliczenia ceny założył że „ do obsłużenia Punktu Zimowego Utrzymania Drów w danym rejonie/obwodzie w miesiącach letnich wystarczy jedna osoba zatrudniona na umowę o pracę w wymiarze 6/8 etatu”.

Z uwagi na możliwe obciążenia godzinowe wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, jest to niezgodne z przepisami prawa pracy, co zostało wyraźnie wykazane w piśmie Odwołującego z 24.05.2018 r. Wykonawca ADB nie rozumie ponadto pytania Zamawiającego o koszty pozapłacowe lub świadomie to pytanie ignoruje, stwierdzając: „Jedynym dodatkowym kosztem będzie dodatek za godziny nocne”. Takie oświadczenie potwierdza *a contrario*, że oferowanej stawce godzinowej wykonawca ADB nie uwzględnił na przykład płatnych urlopów ani też możliwych nadgodzin. Należy jeszcze wskazać i na to, że dopiero w tych „trzecich wyjaśnieniach” wykonawca ADB dorzucił informację: „Nadmieniamy również, że Firma ADB zakłada zatrudnienie osób niepełnosprawnych, Planujemy zatrudnienie osób z orzeczoną umiarkowaną stopniem niepełnosprawności ”. Nie odnosi się przy tym na przykład do kwestii zwiększonego wymiaru płatnego urlopu takiej osoby.

W tym miejscu należy podkreślić, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ADB potwierdzają dodatkowo zasadność przedstawionych w punkcie „ad 1” odwołania zarzutów dotyczących zaistnienia podstaw wykluczenia tego wykonawcy. Należałoby oczekiwać, że informacja o zatrudnianiu osób niepełnosprawnych pojawi się już w pierwszych wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty wykonawcy ADB i to na eksponowanym miejscu - zwłaszcza, że wyjaśnienia te były składane już po złożeniu wykazu „rzekomo zatrudnianych” osób. Tymczasem - dopiero miesiąc później i dopiero „w trzeciej rundzie” wyjaśnień wykonawca ADB pisze o tym, że „planuje zatrudnienie osób”. Dowodzi to, że wykonawca ADB w chwili składania wykazu osób nie dysponował wskazanymi osobami na podstawie umowy o pracę oraz że zapewne nie brał nawet pod uwagę, że pracownicy Odwołującego, co do których próbował „wrogiego przejęcia”, mogą być osobami z orzeczoną

niepełnosprawnością. Wszystko to prowadzi do jednoznacznych konkluzji. Po pierwsze - wykonawca ADB świadomie złożył nieprawdziwe oświadczenie dotyczące zatrudniania wskazanych osób na umowę o pracę. Po drugie - wyjaśnienia wykonawcy ADB dotyczące ceny jego oferty nie są rzetelne, ponieważ nie przedstawiają kosztów pracy faktycznie przyjętych do kalkulacji ceny oferty. Przeciwnie - wobec wychodzącej stopniowo na jaw wadliwej kalkulacji ceny oferty, wykonawca ADB tworzy *ad hoc* kolejne fikcyjne argumenty mające *post factum* usprawiedliwić rażąco niską cenę jego oferty.

Mimo ponawianych wezwań, mimo skąpych wyjaśnień uzupełnianych „na raty” i obarczonych wewnętrznymi sprzecznościami, mimo wynikających z wyjaśnień niezgodności zamiarów wykonawcy ADB z przepisami prawa pracy, mimo braku odpowiedzi na wyraźnie postawione pytanie Zamawiającego o koszty pozapłacowe oraz mimo wyraźnego oświadczenia (w trzecich wyjaśnieniach), że takie koszty nie były przez wykonawcę ADB przewidziane - Zamawiający ostatecznie dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Takie działanie Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający, pismem z dnia 13 czerwca 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że w postępowaniu w zakresie części 3 - złożone zostały 3 oferty przez następujących wykonawców:

1. SMART24 sp. z o.o. - cena oferty brutto - 982 985,00 zł,
2. ADB B. G. - cena oferty brutto - 651 255,48 zł,
3. EMA P. W. - cena oferty brutto - 718 844,47 zł.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia w zakresie części 3 zamówienia kwotę w wysokości 722 871,00 zł brutto.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, dokonał wstępnego badania cen wszystkich ofert, które wykazało, że cena żadnej z ofert nie wydała się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia ani nie budziła wątpliwości Zamawiającego. Cena całkowita żadnej z ofert nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia brutto lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Cena oferty ADB B. G. — jest niższa o 10% od kwoty zamawiającego i o 17% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, a cena oferty EMA P. W. — jest niższa o 1 % od kwoty zamawiającego i o 8% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Ponadto, z uwagi na fakt, iż w dniu 26.02.2018 r. firma Manbroker Sp. z o.o. w Gdańsku poinformowała, że w ofertach EMA P. W., EDI E. B. — W., ADB B. G., w pozycji nr 2 Formularza 2.2 widnieją stawki, które noszą znamiona rażąco niskich cen, dlatego też Zamawiający dokonał dodatkowo analizy kwestionowanej stawki 13 zł netto/godz.

Przeprowadzona analiza nie wykazała wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający dokonał swoich wyliczeń i stwierdził, że cena 13 zł netto/godz. jest ceną realną przy wykonywaniu tego zamówienia, a dodatkowo przyniesie wykonawcy jeszcze zysk.

W związku z powyższym w dniu 06.03.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę ADB, iż jego oferta w zakresie części 3 została najwyżej oceniona i w związku z tym, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp i pkt. 9.4 i 9.7 SIWZ, Tom I Instrukcji dla Wykonawców, wezwał go do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Jednakże w związku z kilkoma telefonami z firmy Manbroker Sp. z o.o. oraz pismem firmy EMA P. W. z dnia 19.03.2018 r. dotyczącymi kwestionowanej stawki 13 zł netto/godz., Zamawiający w celu rozwiania wszelkich ewentualnych wątpliwości, jak również kierując się zasadą dochowania należytej staranności, podjął dodatkowe czynności i zwrócił się do wykonawców: EMA P. W., EDI E. B. – W., ADB B. G., z prośbą o złożenie wyjaśnień.

Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał ww. wykonawców do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Zamawiający zwrócił się z zapytaniem: „Czy Wykonawca w powyższej pozycji uwzględnił wymóg Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. tj.:

§ 1. Od dnia 1 stycznia 2018 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2100 zł. § 2. Od dnia 1 stycznia 2018 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 13,70 zł.”

Po otrzymaniu odpowiedzi od wykonawców, Zamawiający skierował jeszcze dodatkowo dwa pisma do wykonawcy ADB, ponieważ pragnął uzyskać dokładne informacje w tym zakresie, aby mieć całkowitą pewność, że przedstawiona cena jednostkowa w poz. 2 Formularza cenowego 2.2 jest ceną realną i zgodną z obowiązującymi przepisami tj. w szczególności z ww. rozporządzeniem oraz Kodeksem pracy.

W odniesieniu do przepisów Kodeksu pracy należy stwierdzić, że za właściwą realizację zawartych w nim uregulowań odpowiada pracodawca zatrudniający pracowników. Właściwe stosowanie przepisów Kodeksu pracy Zamawiający będzie mógł ocenić w trakcie realizacji umowy na podstawie przedkładanych przez Wykonawcę dokumentów.

W związku z powyższym, Zamawiający nie mógł odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Kwestionowanie przez Odwołującego rażąco niskiej ceny 13 zł netto/godz. stanowi pewne kuriozum, ponieważ Odwołujący również w swojej ofercie w tej samej pozycji nr 2 Formularza 2.2 zaproponował taką samą cenę jednostkową tj. 13 zł netto/godz. Należy

zauważyć, iż firma EDI E. B. — W., złożyła także ofertę na część 2 zamówienia i w identycznym Formularzu 2.2 zawierającym taką samą ilość godzin, w pozycji nr 2 zaproponowała również cenę jednostkową 13 zł netto/godz. Cena jej oferty wynosi 688 804,92 zł brutto i jest tylko o 37 549,44 zł wyższa od oferty wykonawcy ADB. Z firmą EDI E. B. - W. Zamawiający zawarł już umowę na część 2 zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że ilość godzin w poz. 2 w Formularzu 2.2 została celowo wydzielona przez Zamawiającego i określona jako: „Przewidywana ilość godzin dodatkowych w rejonie (wynikająca z wprowadzenia stałego dyżuru, odrębnych ustaleń Dyrektora Oddziału itp.)”, ponieważ godziny te mogą wystąpić tylko w szczególnych i wyjątkowych sytuacjach, a w przypadku braku takich okoliczności — godziny te nie będą wcale wykorzystane.

Zamawiający wyjaśnił, że wszystkie czynności związane z wyjaśnianiem treści oferty wykonawcy ADB odbywały się przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zarzut postawiony przez Odwołującego dot. zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy ADB B. G. jest również chybiony, ponieważ wykonawca ADB spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Oświadczenie wstępne wykonawcy ADB w sekcji „alfa”, dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, co do dysponowania osobami spełniającymi wymagania Zamawiającego, określonego w rozdziale 7.2 ust. 3 lit. b) w SIWZ zostało potwierdzone stosownym dokumentem — wykazem osób złożonym wraz z pismem z dnia 12.03.2018 r.

Zamawiający w piśmie z dnia 06.03.2018 r. poinformował wykonawcę ADB, iż jego oferta złożona na część 3 zamówienia została najwyżej oceniona i w związku z tym, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp i pkt 9.4 i 9.7 SIWZ, Tom I Instrukcji dla Wykonawców, wezwał go do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, m. in.:

1) w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu: wykazu osób, skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Wykonawca ADB w odpowiedzi na wezwanie złożył pismo z dnia 12.03.2018 r. z wymaganymi dokumentami, m.in. z wykazem osób skierowanych do wykonania zamówienia. W wykazie osób w kolumnie tabeli o nazwie „podstawa dysponowania” zawarł zapis „umowa o pracę”. Dokument złożony przez wykonawcę stanowił informację, że do realizacji niniejszego zamówienia wykonawca ADB zatrudni na umowę o pracę wymienione w wykazie

osoby. W piśmie z dnia 19.03.2018 r. wykonawca ADB oświadczył, że umowy o pracę zostaną zawarte z ww. osobami w dniu podpisania umowy z Zamawiającym na realizację e zamówienia. Z wykazu osób przedstawionego przez wykonawcę ADB wynika, że wszystkie wymienione osoby posiadają doświadczenie wymagane przez Zamawiającego i w związku z tym Zamawiający nie miał żadnych podstaw prawnych do wykluczenia wykonawcy ADB z postępowania.

Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ, potwierdził, że osoba pracująca wcześniej w służbach mundurowych będąca dyspozytorem lub pracująca wcześniej w cywilnych służbach dyspozytorskich, legitymująca się doświadczeniem na stanowisku o zakresie odpowiadającym OPZ spełnia ten warunek.

Wykaz osób złożony przez wykonawcę ADB został dokładnie przeanalizowany przez Zamawiającego. Kwestionowane przez Odwołującego trzy osoby posiadają wieloletnie doświadczenie zarówno w okresie letnim i zimowym jako dyżurni w punkcie kontrolno-blokadowym na granicy państwa, w punkcie alarmowym PSP i jako dyżurny ochrony na terenie bazy paliwowej PERN. Zgodnie z zapisami OPZ 1.5 b) Zamawiający wymagał od Dyżurnego posiadania kwalifikacji, między innymi -
-minimum 3 miesięcznego doświadczenia w obsłudze punktu zimowego utrzymania dróg (lub inaczej nazwanego stanowiska o zakresie odpowiadającym OPZ).

Zdaniem Zamawiającego, wymieniony w punkcie 1.5 b Opisu Przedmiotu Zamówienia zakres obowiązków dyżurnego jest bez wątplenia możliwy do wykonania przez osoby wskazane przez wykonawcę ADB z przedstawionym doświadczeniem.

Złożone przez Wykonawcę ADB dokumenty nie budziły u Zamawiającego żadnych wątpliwości i wobec powyższego nie było przesłanek do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ani też na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania w zakresie Części 3 zamówienia, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 (względnie, z ostrożności procesowej - art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ADB z postępowania.

W ocenie Izby, powyższy zarzut jest zasadny w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp.

W Rozdziale 7.2 ust. 3 lit. b) w SIWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej – wymagał wykazania przez wykonawcę osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujących się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca został zobowiązany do zapewnienia pracowników (dyżurnych) w ilości min. 6 osób dla każdego punktu, posiadających wykształcenie min. średnie, w tym co najmniej 3 pracowników z minimum 3 miesięcznym doświadczeniem w obsłudze punktu informacji drogowej (lub inaczej nazwanego stanowiska spełniającego podobną funkcję). W części 3 należało wykazać min. 12 osób (2 Punkty po min. 6 osób).

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 13 listopada 2017 r. w odpowiedzi na Pytanie 2 o treści „Punkt. 7.2 podpunkt B.: Co Zamawiający rozumie przez zapis: „inaczej nazwanego stanowiska spełniającego podobną funkcję”? Czy osoba pracująca wcześniej w służbach mundurowych będąca dyspozytorem lub pracująca wcześniej w cywilnych służbach dyspozytorskich spełnia taki warunek?” Zamawiający wyjaśnił: „Zamawiający wymaga aby osoba legitymowała się doświadczeniem na stanowisku w zakresie odpowiadającym OPZ. Osoba pracująca wcześniej w służbach mundurowych będąca dyspozytorem lub pracująca wcześniej w cywilnych służbach dyspozytorskich legitymująca się doświadczeniem na stanowisku o zakresie odpowiadającym OPZ spełnia ten warunek.”

W pkt. 1.5 lit.c OPZ Zamawiający opisał zakres obowiązków i wymagania dla wykonawcy i dyżurnych w siedzibie Rejonu i Obwodzie Drogowym, określając kwalifikacje dyżurnych, w tym: „minimum 3 miesięczne doświadczenie w obsłudze punktu zimowego utrzymania dróg (lub inaczej nazwanego stanowiska spełniającego podobną funkcję)” oraz „znajomość problematyki i zagadnień administracji drogowej”, a także szczegółowo zakres obowiązków:

- racjonalne zarządzanie (osiąganie stopnia realizacji celu przy wykorzystaniu minimalnego nakładu środków) pracą sprzętu do ZUD (pług-pośypywarkami, solarkami, pługami, równiarkami, ładowarkami, wytwornicami solanki itp.) i materiałami do zwalczania śliskości zimowej w celu utrzymania odcinków dróg krajowych w odpowiednim standardzie ZUL), zgodnie z Zarządzeniem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad,

- monitorowanie sytuacji pogodowej na podstawie: dostępnych prognoz pogody, obserwacji własnej, wymiany informacji z dyżurnymi w sąsiednich Rejonach, podawanych informacji w mediach (radio, Internet, radio CB itp.) oraz innych służb (policja, straż pożarna, służba graniczna, WCZK w Białymstoku itp.),
- monitorowanie sytuacji na drogach na podstawie obserwacji własnych to jest: analizy prognozy pogody, obserwacji danych ze stacji „Meteo”, podglądu kamer drogowych aktualnych warunków pogodowych oraz informacji od operatorów sprzętu ZUD, informacji w mediach, informacji od innych służb i użytkowników dróg,
- rozliczanie po każdym dyżurze pracy sprzętu oraz materiałów dysponowanych z magazynu Rejonu GDDKiA,
- współpraca z PID-em Oddziału Białystok oraz PZUD pozostałych Rejonów działającymi w strukturze Oddziału GDDKiA w celu wymiany informacji, szczególnie na temat zagrożeń pogodowych i utrudnień w ruchu,
- obsługa komputera, zbieranie danych, redagowanie informacji i przekazywanie meldunków w formie elektronicznej lub telefonicznej do PID w siedzibie Oddziału, - staranne i czytelne prowadzenie ustalonej dokumentacji w zakresie:
 - a) ewidencji i przebiegu dyżuru,
 - b) zużycia materiałów do zwalczania śliskości zimowej,
 - c) pracy, dyżurów i przerzutu sprzętu,
 - d) rejestru interwencji, poleceń służbowych itp.,
- zapoznanie zmiennika (obejmującego dyżur) z aktualną sytuacją na drogach, - utrzymanie w czystości pomieszczeń dyżurnego PZUD,
- natychmiastowe przekazywanie informacji dotyczących zaistniałych zdarzeń i utrudnień na sieci drogowej, a przede wszystkim o wypadkach, karambolach, zatorach, itp. do PID w Oddziale,
- udzielanie wszystkim zainteresowanym informacji o warunkach przejazdu i występujących utrudnieniach w ruchu na drogach krajowych na terenie działania Rejonu oraz informowanie o punktach informacyjnych dotyczących dróg miejskich, wojewódzkich i powiatowych,
- przesyłanie do Oddziału meldunków ZUL) o: stanie przejezdności dróg w godzinach wyznaczonych przez jednostkę nadrzędną, stanie materiałów chemicznych do zwalczania śliskości, wypadkach, utrudnieniach oraz innych meldunków w formie wymaganej przez dyżurnego PID Oddziału w Białymstoku,
- udzielanie wszystkim zainteresowanym informacji o warunkach przejazdu po drogach krajowych na terenie rejonu,

- znajomość otrzymywanych prognoz pogody oraz bieżącej sytuacji na drogach i występujących utrudnieniach w ruchu,
- monitorowanie zjawisk atmosferycznych i warunków przejazdu,
- przekazywanie do Punktu Informacji Drogowej w siedzibie Oddziału bieżącej informacji o występujących zjawiskach atmosferycznych, pracy jednostek sprzętowych i zaistniałych, nieprzewidywanych zdarzeniach na drogach (np. wypadki, kolizje, padłe zwierzęta itp.),
- na polecenie dyżurnego Oddziału kierowanie na zagrożony odcinek drogi pomocy sprzętowej z rezerw Centrali GDDKiA.
- odnotowywanie w dzienniku czynności swojej obecności oraz otrzymanych, względnie wydanych w czasie obsługi PZUD poleceń,
- obsługa systemu ZimaWin, UtrudnieniaWin, ASPG,
- aktualizacja utrudnień, wg. programu UTRWin i powiadamianie telefonicznie PID w Oddziale GDDKiA.

Wykonawca ADB złożył ofertę na Część 3 zamówienia, w której zawarł oświadczenie w ramach jednolitego dokumentu (JEDZ) z datą 16 luty 2018 r. o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów dokonane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, wykonawca ADB w dniu 13 marca 2018 r. przedłożył Zamawiającemu „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”, w którym w poz. 7-10 wskazał pięć osób z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. Wykonawca ADB oświadczył w wykazie, że podstawą dysponowania przez niego tymi osobami jest „umowa o pracę”. Ponadto, w wykazie osób wykonawca ADB wskazał także trzy osoby (poz. 2-4) z doświadczeniem jako „dyżurny w punkcie kontrolno-blokadowym na granicy państwa w Polowcach”, „dyżurny w punkcie alarmowym PSP”, „dyżurny ochrony na terenie bazy paliwowej PERN w Adamowie. Pozostałe osoby zostały wskazane bez wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

Jak wyjaśnił Odwołujący, wskazane w wykazie osoby w poz. 7-10 w chwili składania przez wykonawcę ADB oświadczenia wstępnego oraz oferty były pracownikami Odwołującego - wykonującymi tożsame zamówienie w ramach umowy obowiązującej poprzednio pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym. Powyższe osoby były w tym czasie zatrudnione przez Odwołującego, który realizował zamówienie na rzecz Zamawiającego na taki sam przedmiot zamówienia na podstawie wcześniej zawartej umowy. Podkreślić należy, że powyższa okoliczność nie była kwestionowana przez Zamawiającego. Zamawiający posiadał pełną wiedzę, że wskazane przez wykonawcę ADB w wykazie osoby są zatrudnione przez Odwołującego przy realizacji dotychczasowej umowy.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 marca 2018 r. do wyjaśnienia „czy Wykonawca na dzień składania ofert miał zawarte umowy o pracę ze wskazanymi osobami?” w dniu 19 marca 2018 r. wykonawca ADB wyjaśnił, że „firma ADB B. G. [...] wskazanymi

osobami do wykonywania dyżurów na dzień otwarcia ofert dysponowała bezpośrednio i nadal dysponuje bezpośrednio. Umowy o pracę zostaną zawarte z ww. osobami po podpisaniu umowy z Zamawiającym.” Wykonawca ADB nie odpowiedział zatem wprost na pytanie Zamawiającego oraz nie wyjaśnił, na jakiej podstawie oświadczył w ofercie, że dysponuje bezpośrednio wskazanymi w wykazie ww. osobami, tj. jaki stosunek prawny łączył go z tymi osobami w momencie składania oferty.

Oczywiste jest w tym stanie rzeczy, że wykonawca wbrew złożonemu w JEDZ oświadczeniu że spełnia warunek udziału w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia i oświadczeniu zawartemu w wykazie osób, że dysponuje wskazanymi osobami na podstawie umowy o pracę - w rzeczywistości nie zatrudnił ww. osób w terminie składania oferty. Dodatkowo wykonawca ADB nie podał Zamawiającemu żadnej innej informacji, potwierdzającej, że dysponował wskazanymi osobami składając ofertę.

W ocenie Izby brak wyjaśnienia ze strony wykonawcy ADB, na jakiej podstawie oświadczył, że dysponuje bezpośrednio wskazanymi w wykazie ww. osobami stanowi potwierdzenie, że wykonawca nie miał możliwości wykazania tej okoliczności, udzielając jedynie wymijającej odpowiedzi Zamawiającemu. Wobec powyższego, za bezsporny należało uznać fakt, że wykonawca ADB w dokumencie JEDZ oraz w wykazie osób złożył informację nie znajdującą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie faktycznym, tj. że dysponuje wskazanymi osobami na podstawie umowy o pracę.

Powyższa okoliczność, jako wymagana na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jest informacją istotną dla Zamawiającego w zakresie oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału a tym samym, że jest w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie. Zatem informacja nieprawdziwa miała niewątpliwie istotny wpływ na ocenę spełnienia warunków udziału przez wykonawcę ADB. Podając Zamawiającemu informację niezgodną ze stanem rzeczy, wykonawca ADB wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, podczas gdy faktycznie nie zatrudnił wskazanych w wykazie osób. Jak wyjaśnił Odwołujący, wykonawca ADB kontaktował się z tymi osobami dopiero w okresie 5-7 marca 2018 r., a zatem dopiero po złożeniu oferty, na etapie składania dokumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, zamawiający ma obowiązek wykluczyć 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. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 5 grudnia 2014 r., sygn. akt XII Ga 659/14 „Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym

stanem rzeczy. Kryterium ocennym jest wpływ informacji na wynik postępowania. Informacje mają wpływ na wynik postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełnienia warunku udziału, a tym samym możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą. Zdaniem Sądu niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć, jako potwierdzenie w praktyce posiadanych umiejętności w zakresie wykonania danego rodzaju zamówienia, a tego wprost nie dowodziły zakwestionowane dostawy. Dokumenty przedstawione na potwierdzenie spełnienia warunków udziału winny w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego. W realiach niniejszej sprawy procedura uzupełnienia dokumentów określona w art. 26 ust. 3 ustawy została wyczerpana, a wykonawca nie przedstawił dokumentów, które potwierdzałyby w sposób niezbity spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego.”

Z powyższego stanowiska Sądu wynika, że aby móc wykluczyć wykonawcę z postępowania z uwagi na złożenie informacji nieprawdziwych, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, wskazana byłaby procedura poprzedzająca tak doniosłą w skutkach czynność zamawiającego, tj. wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bądź, w ocenie Izby również art. 26 ust. 4 Pzp. Zaistnieć może bowiem sytuacja, w której wykonawca nieświadomie, bądź poprzez nieuwagę przedstawi zamawiającemu informacje, które w swojej treści mogą nie odpowiadać faktycznym okolicznościom wynikającym ze stanu sprawy. Zamawiający, stojąc na straży zasady równego i niedyskryminującego traktowania wszystkich wykonawców, winien w takiej sytuacji, dołożyć wszelkich starań, aby sprawę wyjaśnić.

W niniejszej sprawie okoliczność, że podana przez wykonawcę podstawa dysponowania osobami jest nieprawdziwa była znana Zamawiającemu w trakcie badania oferty wykonawcy ADB, jednak Zamawiający pominął ten fakt przy ocenie oferty tego wykonawcy w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej co do dysponowania osobami spełniającymi wymagania Zamawiającego, określonego w sekcji III. 1.3 ust. 1 lit. b) ogłoszenia oraz w Rozdziale 7.2 ust. 3 lit. b) w SIWZ, czym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zauważyć również należy, że interpretacja art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp powinna być związana z art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, z którego wynika, że z udziału z postępowania można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy.

Izba wzięła pod uwagę stanowisko jakie zajął 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. Komisja Europejska w prowadzonym na postawie 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; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit.b ww. rozporządzenia. Przepis ten stanowi, 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. Sąd stwierdził, 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). Celem bowiem przepisu jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w postępowaniu winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów, szczególnie tych, które otrzymał od osób trzecich.

Wskazać należy, że wykazanie wykonawcy rażącego niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym 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 k.c. 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.

Przenosząc powyższe rozważania na analizowany stan faktyczny, wskazać należy, że

bezsprzecznie pomiędzy stronami było to, że wykonawca ADB przedstawił Zamawiającemu informację w sposób oczywisty nieprawdziwą, z której usiłował wycofać się na etapie wyjaśnień z dnia 19 marca 2018 r. udzielając wymijającej odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, co było konsekwencją dążenia wykonawcy do uniknięcia wykluczenia go z postępowania. W danym stanie faktycznym Izba uznała, że nie zachodzi konieczność przeprowadzenia dowodu z przesłuchania wskazanych w wykazie osób w charakterze świadków na okoliczność stosunku łączącego te osoby z wykonawcą ADB.

Dodatkowo wskazać również należy, że z uwagi na złożenie przez wykonawcę ADB nieprawdziwych informacji, Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu osób, zgodnie bowiem z jednolitą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zaś ocenie Zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (tak m.in. wyrok KIO z 2.04.2015 r., KIO 526/15; wyrok KIO z 11.02.2015 r., KIO 177/15, wyrok KIO z 13.07.2015 r., KIO 1370/15). Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca ADB świadomie lub w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa podał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje o dysponowaniu osobami na podstawie umowy o pracę, czym wprowadził Zamawiającego w błąd co do okoliczności, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zastosowanie procedury wyjaśnienia treści dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp w omawianym zakresie nie jest na obecnym etapie możliwe z uwagi na fakt, że wykonawca ADB podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a jego oferta podlega uznaniu za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Przywołany przez Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

Izba uznała także, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż nie wystąpiły okoliczności uzasadniające stwierdzenie przesłanki

lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia ponieważ w tym przypadku mamy do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wykonawcy.

W odniesieniu do trzech osób, które wykonawca ADB wskazał w poz. 2-4 wykazu osób, które posiadają doświadczenie w charakterze „dyżurny w punkcie kontrolno-blokadowym na granicy państwa w Polowcach”, dyżurny w punkcie alarmowym PSP”, „dyżurny ochrony na terenie bazy paliwowej PERN w Adamowie” należy podnieść, że Zamawiający wymagał jednoznacznie posiadania doświadczenia na stanowisku w zakresie opisanym w OPZ, a zatem w obsłudze punktu informacji drogowej lub funkcji podobnej. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający jednoznacznie wymagał w OPZ „minimum 3 miesięczne doświadczenie w obsłudze punktu zimowego utrzymania dróg (lub inaczej nazwanego stanowiska spełniającego podobną funkcję)” oraz „znajomość problematyki i zagadnień administracji drogowej” należy przyjąć, że funkcję podobną należy rozumieć jako pełnioną w ramach tzw. administracji drogowej. Podkreślić należy, że w świetle wyjaśnień treści SIWZ z listopada 2017 r. Zamawiający nie zmienił powyższego wymagania lecz je podtrzymał, wskazując, że „Osoba pracująca wcześniej w służbach mundurowych będąca dyspozytorem lub pracująca wcześniej w cywilnych służbach dyspozytorskich” spełnia ten warunek jeśli legitymuje się doświadczeniem „na stanowisku o zakresie odpowiadającym OPZ”.

Z treści wykazu osób złożonego przez wykonawcę ADB nie wynika, że wskazane trzy osoby posiadają minimum trzymiesięczne doświadczenie w pełnieniu funkcji podobnej w ramach administracji drogowej.

Biorąc pod uwagę treść złożonego wykazu, Zamawiający był uprawniony wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści wykazu osób lub do jego uzupełnienia, czego zaniechał. Zastosowanie procedury uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub wyjaśnienia treści dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp na obecnym etapie nie jest możliwe, wobec zaistnienia podstawy do wykluczenia wykonawcy ADB z postępowania i uznania oferty za odrzuconą. W tym stanie rzeczy należało stwierdzić, że wykonawca ADB nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ADB jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez ich nieprawidłowe zastosowanie.

W ocenie Izby, zarzut powyższy jest zasadny w części dotyczącej naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Jak wyjaśnił Zamawiający, procedura wyjaśnień dotyczących zastosowania stawki 13 zł/godz. przez wykonawcę ADB w formularzu cenowym w pozycji nr 2 „Przewidywana ilość godzin dodatkowych w Rejonie (wynikająca z wprowadzenia stałego dyżuru, odrębnych ustaleń Dyrektora Oddziału, itp.)” w kolumnie „Cena jednostkowa zł/godz”, została wszczęta przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, tj. jako procedura dotycząca wyjaśnienia treści oferty, co wynika jednoznacznie z treści wezwania z dnia 15 marca 2018 r. Dalsze wezwania i wyjaśnienia były kontynuowane w tym samym trybie (wezwanie z dnia 28 marca 2018 r., wyjaśnienia z dnia 5 kwietnia 2018 r., wezwanie z dnia 11 kwietnia 2018 r. i wyjaśnienia z dnia 16 kwietnia 2018 r.).

Nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia złożone w postępowaniu przez wykonawcę ADB należy ocenić jako ogólnikowe, a ponadto – niespójne. Zamawiający trzykrotnie wzywał wykonawcę ADB do złożenia wyjaśnień - w dniu 15.03.2018 r., w dniu 28.03.2018 r. i w dniu 11.04.2018 r. i pomimo nieuzyskania wymaganych informacji wzywał wykonawcę ponownie do wyjaśnień, co w ocenie Izby wykracza poza dopuszczalną możliwość ponawiania wezwań w świetle zasady równego traktowania wykonawców oraz w świetle art. 69 dyrektywy 2014/24, na gruncie którego ocena złożonych wyjaśnień (w zakresie ceny oferty) odbywa się „w drodze konsultacji z oferentem”. W ocenie Izby, trudno uznać złożone przez wykonawcę ADB wyjaśnienia za przekonujące. Składane kolejno wyjaśnienia zamiast uszczegóławiać wyjaśnienia złożone uprzednio, wskazują nowe informacje i kwoty, niezgodne z informacjami przekazanymi wcześniej. W wyjaśnieniach z dnia 16.03.2018 r. wykonawca ADB poinformował, że średnia cena jednostkowa za 1 godzinę pracy wynosi „9,14 zł /godz. netto”, a w odpowiedzi na pytanie zawarte w kolejnym wezwaniu Zamawiającego: „Czy Wykonawca uwzględnił w stawce jednostkowej (13 zł/godz. netto) na umowę o pracę przysługujący pracownikom dodatek za pracę w godzinach nocnych oraz koszty pracodawcy?” (w wyjaśnieniach z dnia 5.04.2018 r.) wykonawca ADB dodał „wykaz stawek godzinowych dodatków w rodzinach nocnych w kwocie brutto w 2018 w wysokości od 2,39 do 2,76 zł w poszczególnych miesiącach”. Na pytanie Zamawiającego o koszty wykonawcy, wykonawca ADB w ogóle nie odpowiedział. W odpowiedzi na ponowne wezwanie „w związku z niewystarczającą odpowiedzią” w wyjaśnieniach z dnia 16.04.2018 r, wykonawca ADB poinformował jedynie, że do obliczenia ceny założył że „do obsłużenia Punktu Zimowego Utrzymania Dróg w danym rejonie/obwodzie w miesiącach letnich wystarczy jedna osoba zatrudniona na umowę o pracę w wymiarze 6/8 etatu”.

W ocenie Izby, już po pierwszych wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę na wezwanie z dnia 15 marca 2018 r. Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do wysokości wskazanego powyżej kosztu i wezwać wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do

złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty. Zgodnie z tym przepisem, „Jeżeli zaofferowana 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 2017 r. poz. 847);
- 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.”

Zaniechanie wykonania przez Zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy ADB do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp powoduje, że tryb wyjaśnienia ceny oferty nie został dopełniony, co w konsekwencji nie pozwala na ocenę złożonych wyjaśnień w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny. Z tego względu Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w stanie faktycznym niniejszej sprawy jest przedwczesny. Zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę ADB do złożenia wyjaśnień w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 Pzp, aby umożliwić wykonawcy złożenie wyjaśnień i wykazanie, w jaki sposób została skalkulowana cena jego oferty oraz czy uwzględnia ona wszystkie koszty i wymagania Zamawiającego umożliwiające prawidłową realizację przedmiotowego zamówienia. Dopiero wyjaśnienia złożone w tym trybie mogą podlegać ocenie na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Niezastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp należy ocenić także negatywnie w kontekście zasady przejrzystości oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, Izba nie nakazała Zamawiającemu wykonania czynności wezwania wykonawcy ADB do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp z uwagi na fakt, że potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy ADB z postępowania, a zatem dalsze czynności wyjaśniania tej oferty nie znajdują uzasadnienia w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie mogą wpłynąć na sytuację wykonawcy podlegającego wykluczeniu w danym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w niniejszej sprawie, za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, przez jego nieprawidłowe zastosowanie w następstwie naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 oraz art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 4 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....