

Sygn. akt: KIO 3743/21

**WYROK**

**z dnia 17 stycznia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa  
Robert Skrzyszewski  
Bartosz Stankiewicz**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **(1) H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Boronowie, (2) Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO USŁUGOWE Z. U. w Makowie Mazowieckim, (3) HEDAR CENTRUM SERWISOWE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziskach Górnych, (4) EKO-PROBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gogolinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach ul. Myśliwska 5 40-017 Katowice**

przy udziale wykonawcy **FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3743/21 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **(1) H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Boronowie, (2) Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO USŁUGOWE Z. U. w Makowie Mazowieckim, (3) HEDAR CENTRUM SERWISOWE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Łaziskach Górnych, (4) EKO-PROBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gogolinie i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Boronowie, (2) Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO USŁUGOWE Z. U. w Makowie Mazowieckim, (3) HEDAR CENTRUM SERWISOWE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziskach Górnych, (4) EKO-PROBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gogolinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Boronowie, (2) Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO USŁUGOWE Z. U. w Makowie Mazowieckim, (3) HEDAR CENTRUM SERWISOWE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziskach Górnych, (4) EKO-PROBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gogolinie na rzecz Zamawiającego Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach ul. Myśliwska 5 40-017 Katowice kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Boronowie, (2) Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO USŁUGOWE Z. U. w Makowie Mazowieckim, (3) HEDAR CENTRUM SERWISOWE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziskach Górnych, (4) EKO-PROBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gogolinie kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wartość nadpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKIA Oddział w Katowicach, Rejon w Zabrze.” Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 161-424059 w dniu 20 sierpnia 2021 r.

W dniu 27 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówieni, tj. konsorcjum: (1) „H.” Sp. z o. o. Lider konsorcjum, (2) PHU U. Z. U., (3) HEDAR CENTRUM SERWISOWE Sp. z o.o., (4). EKO-PROBUD Sp. z o.o. zwanych dalej Odwołującym, od:

1. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Wykonawcy FB Serwis SA, z uwagi na to, iż wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy i odszkodowania, a także z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu;
2. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy FB Serwis SA, z uwagi na niewykazanie przez niego braku podstaw do wykluczenia w postępowaniu;
3. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy FB Serwis SA z uwagi na niespełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu;
4. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy FB Serwis SA z uwagi na niewniesienie wadium;
5. zaniechania przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy FB Serwis SA do wyjaśnień istotnych elementów ceny oferty oraz ceny całkowitej oferty a następnie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę;
6. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy FB Serwis SA z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

7. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy FB Serwis SA z uwagi na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
8. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FB Serwis SA.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, mających istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na niewykluczeniu wykonawcy FB Serwis SA z udziału w postępowaniu, pomimo że FB Serwis SA z przyczyn leżących po jej stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonała lub nienależycie wykonała zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło w pierwszym przypadku do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie FBSERWIS SPÓŁKA AKCYJNA, a w drugim przypadku do naliczenia kar umownych (odszkodowania);
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 8 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na niewykluczeniu wykonawcy FB Serwis SA z udziału w postępowaniu, pomimo że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 3) art. 109 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na niewykluczeniu wykonawcy FB Serwis SA z udziału w postępowaniu, pomimo że Wykonawca, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 4) art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i uznanie, że wykonawca FB Serwis SA podjął czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp oraz że podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, podczas gdy FB Serwis SA nie podjął wszystkich czynności o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, a podjęte czynności nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum FB Serwis SA wobec niewykazania braku podstaw wykluczenia przez Wykonawcę poprzez przedłożenie nieaktualnych dokumentów;

- 6) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c i pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FB Serwis SA w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu;
- 7) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FB SERWIS SPÓŁKA AKCYJNA, mimo że nie zostało skutecznie wniesione wadium;
- 8) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy FB Serwis SA do wyjaśnień istotnych elementów ceny oferty oraz ceny całkowitej oferty, a następnie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 9) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FB Serwis SA mimo, iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na świadczeniu usług poniżej kosztów ich wytworzenia;
- 10) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę FB Serwis SA jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności ponownego badania i oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności wykluczenia wykonawcy FB Serwis SA i odrzucenie jego oferty,
4. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
5. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

Odwołujący podnosi, iż posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż w wyniku wskazanych wyżej czynności i zaniechań Zamawiającego uniemożliwiono mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem jest narażenie Odwołującego na poniesienie szkody w postaci utraty spodziewanego dochodu. Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp posiada status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, wobec którego nie zaistniały jakiegokolwiek przesłanki wykluczenia i który złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, co zostało potwierdzone informacją uzyskaną od Zamawiającego. Uwzględniając natomiast fakt, iż oferta Odwołującego sklasyfikowana została przez Zamawiającego na trzecim miejscu, a wykonawca sklasyfikowany na drugim miejscu nie składał jeszcze podmiotowych ani przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu ani innych oświadczeń i dokumentów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2

Prawa zamówień publicznych, w przypadku prawidłowego, a więc zgodnego z przepisami ustawy Pzp działania Zamawiającego oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Podkreślić bowiem należy, że niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie procedury odwróconej (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp), co oznacza że tylko wykonawca, będący na pierwszym miejscu w klasyfikacji składał stosowne oświadczenia i dokumenty, a weryfikacja może całą tą klasyfikację zmienić i okaże się, że w razie podjęcia przez Zamawiającego prawidłowych czynności to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Zaskarżone w niniejszym odwołaniu czynności i zaniechania wprost pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, czego skutkiem jest narażenie Odwołującego na poniesienie szkody, polegającej na niezyskaniu wynagrodzenia za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Mając więc na względzie powyższe uznać należy, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał że w dniu 17 grudnia 2021 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego w trybie art. 253 ustawy Pzp informację w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach zamówienia pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach, Rejon w Zabrze”, znak sprawy O.KA.D-3.2413.37.2021, zgodnie z którą Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy FB Serwis SA, zwanego dalej Wykonawcą. W ww. informacji Zamawiający wskazał, iż złożone zostały trzy oferty, a po dokonaniu oceny ofert, za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę Wykonawcy, a na trzecim miejscu sklasyfikował ofertę Odwołującego.

Odwołujący podnosi, iż dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty Wykonawcy nastąpiło z naruszeniem art. 109 ust. 1 pkt 7 i ust. 2, art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp albowiem wykonawca podlegał wykluczeniu z przedmiotowego postępowania. Ponadto Odwołujący podnosi, iż oferta złożona przez Wykonawcę podlegała odrzuceniu z uwagi na brak spełnienia warunków przez Wykonawcę, brak wykazania podstaw wykluczenia, oferta zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także z uwagi iż nie zostało skutecznie złożone wadium. Powyższe uchybienia spowodowały natomiast, iż Zamawiający de facto w toku postępowania nie stosował tożsamyh kryteriów względem wszystkich wykonawców, czym naruszył przepis art. 16 ustawy Pzp

Uwzględniając powyższe uchybienia Zamawiającego skutkujące w konsekwencji wyborem oferty FB Serwis SA jako najkorzystniejszej Odwołujący wskazuje, iż na skutek ww. zaniechań i czynności Zamawiającego nie uzyskał przedmiotowego zamówienia. Natomiast podkreślić należy, że niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie procedury

odwróconej (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp), co oznacza że tylko wykonawca, będący na pierwszym miejscu w klasyfikacji składał stosowne oświadczenia i dokumenty, a weryfikacja może całą tą klasyfikację zmienić i okaże się, że w razie podjęcia przez Zamawiającego prawidłowych czynności to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Przechodząc do szczegółowego omówienia podniesionych na wstępie niniejszego odwołania zarzutów, Odwołujący wskazał co następuje:

#### **I. zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (zaniechanie wykluczenia Wykonawcy)**

Na samym wstępie wskazać należy, iż Wykonawca winien zostać wykluczony z udziału w niniejszym postępowaniu ze względu na fakt, iż z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy oraz odszkodowania (naliczenia kary umownej).

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp przesłanka ta została przewidziana w SWZ (punkt 9, ustęp 2, ppkt 7). Tym samym w razie zaistnienia tej przesłanki Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Wykonawcy.

W niniejszym przypadku taka sytuacja miała miejsce dwukrotnie. Pierwsza taka sytuacja miała miejsce w odniesieniu do umowy z dnia 04.01.2021 roku, nr MI.7021.21.2021 pn. „Bieżące utrzymanie i konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta i gminy Myślenice”. W dniu 9 sierpnia 2021 roku Gmina Myślenice złożyła oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy z powodu niewywiązywania się przez Wykonawcę z postanowień umowy.

Jak wskazała w swoim piśmie Gmina Myślenice niedotrzymywanie zapisów umowy miało charakter powtarzający się i długotrwały (znacznie przekraczający wynikający z umowy 48 godzinny okres wymiany niesprawnych źródeł światła).

Druga taka sytuacja miała miejsce w odniesieniu do umowy łączącej Wykonawcę z Gminą Ruda Śląska w ramach umowy na modernizację oświetlenia ulicznego w Rudzie Śląskiej – etap IV cz. 2. Jak wskazał Wykonawca w przedmiotowej sprawie w trakcie realizacji tej umowy doszło do powstania opóźnień w wykonaniu niektórych obowiązków – z uwagi na stwierdzenie przez przedstawiciela wad w trakcie odbioru inwestycji. Sytuacja ta również miała miejsce w 2021 roku.

Tym samym już z powodu dwukrotnego wystąpienia sytuacji polegającej na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy istotnych



zobowiązań wynikających w wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego wystąpiła przesłanka wykluczenia Wykonawcy z udziału w niniejszym postępowaniu.

Przesłanka ta mogłaby zostać uchylona wyłącznie wskutek prawidłowo przeprowadzonej procedury samooczyszczenia, do czego w niniejszym przypadku nie doszło, a o czym będzie mowa później.

Co jednak istotne Wykonawca nie uwzględnił w JEDZ informacji o drugim przypadku (związanym z Gminą Ruda Śląska) i uczynił to dopiero na wezwanie Zamawiającego.

Jak wskazuje się w doktrynie Pierwsza przesłanka wykluczenia z postępowania z powodu złożenia informacji wprowadzających w błąd, zawarta w art. 109 ust. 1 pkt 8, dotyczy wprowadzenia w błąd zamawiającego przy wykazywaniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Dotyczy więc stricte informacji odnoszących się do sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. Przepis ma o tyle istotne znaczenie, że właśnie ten zakres informacji badany jest w postępowaniu na podstawie oświadczeń. Z tej perspektywy bardzo istotne jest nałożenie na wykonawców odpowiedniej sankcji za złożenie nieprawdziwych oświadczeń, na podstawie których zamawiający będzie dokonywał weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców. (tak J. Jarnicka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Jaworska, 2021).

W niniejszym przypadku pomimo, że istniały podstawy wykluczenia wobec Wykonawcy nie tylko odnoszące się do przypadku z Gminą Myślenice, ale również do przypadku z Gminą Ruda Śląska to Wykonawca nie wskazał w JEDZ ani załączniku do niej tej drugiej sytuacji, czym wprowadził Zamawiającego w błąd. Podkreślić należy, iż warunkiem zastosowania wykluczenia jest potencjalny wpływ informacji wprowadzającej w błąd na decyzje zamawiającego. Jak wskazuje się w doktrynie: Z założenia informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu, podstaw wykluczenia czy kryteriów selekcji mogą wpłynąć na decyzje zamawiającego, w szczególności jeśli dotyczą oferty najkorzystniejszej. Sankcją wykluczenia objęte są te informacje, które mają rzeczywisty wpływ na ocenę podmiotową wykonawcy. Zatem nie będzie stanowiło podstawy wykluczenia z postępowania przedstawienie informacji nieprawdziwej, która nie podlega ocenie przez zamawiającego.

Celem przykładu można wskazać szczegółowe informacje na temat wykształcenia osoby wskazanej w wykazie osób, podczas gdy zamawiający nie postawił w tym zakresie żadnego warunku, a oczekiwał jedynie wykazania odpowiedniego doświadczenia osób (tak J. Jarnicka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Jaworska 2021). W niniejszym

przypadku bezsprzecznie informacje te mogły mieć wpływ na decyzje Zamawiającego, gdyż dotyczyły przesłanek wykluczenia Wykonawcy. Zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp przesłanka taka została przewidziana w SWZ (punkt 9, ustęp 2, ppkt 8 i 10).

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 8 marca 2017 roku, sygn. akt II Ga 1019/16: *„Niedbalstwo łączy się ze stwierdzeniem niezachowania należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Oznaczony w ten sposób wzorzec ma charakter abstrakcyjny i odnosi się do każdego kto znalazł się w określonej sytuacji. Co do zasady przy określaniu kształtu wzorca zachowań nie następuje odwołanie do cech osobistych podmiotu.*

*Ocena działania i zaniechania podmiotu odpowiedzialnego wymaga odniesienia do modelu starannego działania, który kształtowany jest przez przepisy prawa, zasady współżycia społecznego, zwyczaje, zasady wykonywania zawodu. Niedbalstwem profesjonalisty będzie nie tylko niedołożenie należytej staranności ale także brak wiedzy, niezręczność, nieuwaga jeżeli nie powinny zaistnieć”.*

Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 grudnia 2018 roku, sygn. akt KIO 2463/18: *„Rażące niedbalstwo jest postacią winy nieumyślnej i mamy z nią do czynienia wówczas, gdy sprawca szkody nie ma zamiaru wyrządzić szkody, ale narusza pewne normy prawne, społeczne lub zasady, bezpodstawnie licząc na to, że do szkody nie dojdzie, lub nie zdaje sobie sprawy z tego, że jego zachowanie narusza normy prawne, społeczne lub zasady, choć powinien mieć taką świadomość”.*

Sąd Najwyższy w wyr. z 10.3.2004 r. (IV CK 151/03, niepubl.) wskazał, że: *„Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”.*

W niniejszym przypadku w ocenie Odwołującego w niniejszym przypadku miało miejsce rażące niedbalstwo, albowiem gdyby zostały zachowane minimalne standardy i wymagania, których należy oczekiwać od Wykonawcy do takiej sytuacji by nie doszło. Niemniej, nawet jeśli zostanie ustalone, że odbyło się to w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa to i tak stanowi to podstawę wykluczenia Wykonawcy, a to na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp

Bezsprzecznie zatem w niniejszym przypadku wystąpiła przesłanka wykluczenia Wykonawcy z udziału w niniejszym postępowaniu. Przesłanka ta mogłaby zostać uchylona wyłącznie wskutek prawidłowo przeprowadzonej procedury samooczyszczenia, do czego w niniejszym przypadku nie doszło.

Istotą samooczyszczenia jest dobrowolna chęć naprawienia szkody przez wykonawcę. Artykuł 110 ust. 2 PZP wskazuje, że z inicjatywą samooczyszczenia musi wystąpić wykonawca. Nie jest zatem możliwe zastosowanie self-cleaning w sytuacji, kiedy to zamawiający w toku postępowania pozyska informacje, że zaistniała podstawa wykluczenia (wyr. KIO z 28.2.2018 r., KIO 274/18, Legalis, wydany na gruncie PZP2004, którego teza pozostaje aktualna w obecnym stanie prawnym).

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 lipca 2020 roku, sygn. akt KIO 1248/20: *Informacje na temat samooczyszczenia wykonawca powinien przedstawić, co do zasady, w oświadczeniu własnym składanym wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, np. w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (JEDZ).*

W ocenie Odwołującego w celu zagwarantowania pewności w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca, który jest świadomy że formalnie podlega wykluczeniu powinien już na etapie składania ofert podjąć czynności niezbędne do uznania, iż doszło do skutecznego samooczyszczenia.

W niniejszym przypadku w dokumencie JEDZ i załączniku do JEDZ Wykonawca odniósł się tylko do pierwszej sytuacji związanej z Gminą Myślenice, co przesądza że nie doszło do skutecznego samooczyszczenia, a więc Wykonawca winien zostać wykluczony z udziału w niniejszym postępowaniu.

Co jednak istotne FB Serwis SAw dokumencie JEDZ wskazał: *Wykonawca zaznacza, że okoliczności opisane w zakresie okoliczności stanowiących odpowiedź na ww. pytanie JEDZ nie świadczą o istnieniu wobec niego podstaw wykluczenia. Wykonawca wskazuje jednak szczegółowo okoliczności faktyczne – działając z ostrożności, celem uniknięcia możliwości postawienia mu zarzutów dotyczących zatajenia czegokolwiek lub posądzenia go o próbę wprowadzenia w błąd.*

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 31 lipca 2020 roku, sygn. akt KIO 1248/20: *Aby skorzystać z self-cleaning wykonawca musi przyznać się do deliktu, a jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne. Jak wskazuje się powszechnie w orzecznictwie: Zgodzić się należy z prezentowanym w tej materii w orzecznictwie stanowiskiem, że zastosowanie tej instytucji jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 Pzp istnieje możliwość tzw. samooczyszczenia.*

*Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści przepisu art. 24 ust. 8 Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia. (tak wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2018 roku, sygn. akt KIO 991/18; KIO 997/18; KIO 1000/18; KIO 1007/18; KIO 1016/18).*

Odwołujący polemizuje z wnioskami Zamawiającego, wykazując zasadność przyjętych przez siebie wniosków. Nie można zatem przeprowadzać skutecznie procedury self – cleaningu w sytuacji, gdy wykonawca nie przyznaje okoliczności stanowiących podstawę do podjęcia działań naprawczych. A z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktyczny. Z treści pisma z dnia 22 lipca 2019 r. wynika, że Odwołujący powołuje się na procedurę samooczyszczenia „na wszelki wypadek”. Nie ma takiej konstrukcji samooczyszczenia w ustawie Pzp (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 roku, sygn. akt KIO 1576/19). Z regulacji tych wynika, że warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 335/18). Aby prawidłowo skorzystać z procedury samooczyszczenia wykonawca musi przyznać się do deliktu, natomiast jeśli zaprzeczy temu, jego oświadczenie o samooczyszczeniu staje się niewiarygodne (tak KIO w wyroku z dnia 3 lutego 2017 roku, KIO 139/17).

W niniejszym przypadku natomiast Zamawiający nie przyznał się wprost do popełnienia deliktu, a jedynie powołał się na procedurę samooczyszczenia na wszelki wypadek, co jest niedopuszczalne. Uznać zatem należy, że nie doszło do procedury samooczyszczenia, gdyż jego oświadczenie jest niewiarygodne.

Niemniej nawet gdyby zostało uznane, że doszło do procedury samooczyszczenia dalej wskazać należy, że zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu,

w szczególności:

- a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
- b) zreorganizował personel,
- c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
- d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
- e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebrzeżenie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Jak wskazuje się w doktrynie określone wyżej przesłanki badane są łącznie. Zatem w celu wykazania, że wykonawca pomimo zaistnienia przesłanki wykluczenia nie będzie podlegał wykluczeniu, konieczne jest jednoczesne wykazanie wszystkich ww. okoliczności. (tak J. Jarnicka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Jaworska 2021). Środki zaradcze podjęte przez wykonawcę mogą dotyczyć budowy lub zmiany w budowie określonych struktur organizacyjnych, wprowadzania przejrzystego trybu podejmowania decyzji czy sposobu zarządzania kontraktami, wprowadzania systemów nadzoru i kontroli czy wprowadzania i egzekwowania wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane działania.

Za środki organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, uznaje się np. wyciągnięcie konsekwencji dyscyplinarnych wobec osób winnych popełnienia wykroczenia w postaci rozwiązania umowy o pracę, zatrudnienia dodatkowych specjalistów. Wykonawca może wykazać podjęcie środków mających świadczyć o jego rzetelności, np. poprzez złożenie pisemnego oświadczenia pokrzywdzonego o zrekompensowaniu szkody, dowodu uiszczenia grzywny, zapłaty zadośćuczynienia pieniężnego, dokonania przelewów wraz z notami obciążeniowymi na kwoty odpowiadające karom umownym lub złożenie oświadczenia inwestora o treści potwierdzającej, że szkoda została w całości naprawiona. Co jednak istotne to na Wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że podjęte przez niego środki zaradcze są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy.

W niniejszym przypadku Wykonawca przedłożył szereg środków, co jednak istotne są to środki podjęte tylko po sytuacji związanej z umową zawartą z Gminą Myślenice, a brak jest okazania jakichkolwiek środków po sytuacji związanej z realizacją umowy z Rudą Śląską.

Jak wskazuje M. Stachowiak: Środki podejmowane w ramach samooczyszczenia powinny więc być następcze w stosunku do negatywnego zdarzenia oraz uprzednie w stosunku do kolejnego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto powinny charakteryzować się wiarygodnością oraz tym, że są odpowiednie do rodzaju naruszenia. W każdym przypadku ocena, czy środki są wystarczające i odpowiednie, wymaga dogłębnej analizy stanu faktycznego oraz wzięcia pod uwagę wszelkich okoliczności. (tak M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. W. Dzierżanowski, 2021 rok).

W ocenie Odwołującego nie doszło do wykazania przez Wykonawcę, że podjął że podjął środki odpowiednie do zapobieżenia występowaniu zdarzeń niepożądanych w przyszłości. Zwolniono Kierownika Rejonu i postanowiono o zatrudnieniu nowego, ale nie wskazano aby zmieniono jakiegokolwiek kryteria naboru. To samo tyczy się podwykonawców, zalecono niewspółpracowanie z danymi wykonawcami, ale nie wskazano czy zostały zmienione warunki weryfikacji potencjalnych nowych podwykonawców, co spowoduje że sytuacja się może powtórzyć. Samooczyszczenie jest specjalną procedurą, w której przyznano wykonawcy możliwość wykazania, że jest on zdolny do wykonania zamówienia, pomimo że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania. W niniejszym przypadku Wykonawca nie udowodnił, że daje rękojmię rzetelnego wykonywania udzielanego zamówienia.

Odwołujący zatem wskazuje, iż nie doszło do skutecznej czynności selfcleaningu przez Wykonawcę, co powinno skutkować jego wykluczeniem zgodnie z treścią art. 110 ust. 3 ustawy Pzp

## **II. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp (zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wobec niewykazania braku podstaw wykluczenia)**

Kolejno odwołujący podnosi, iż oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie na dzień składania ofert braku podstaw do wykluczenia.

Podkreślić należy, że o udzielenie każdego zamówienia publicznego mogą ubiegać się tylko ci wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z rozdziałem I punkt 8 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z punktem 10 Zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie:

- 1) braku podstaw wykluczenia

2) spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp nie jest podmiotowym środkiem dowodowym i stanowi tymczasowy dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z procedurą przewidzianą w SWZ, zamawiający pismem z dnia 1 grudnia 2021 roku wezwał Wykonawcę do przedłożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył stosowne dokumenty, przy czym przedstawione przez członków konsorcjum zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach i niezaleganiu w opłacaniu składek nie potwierdzają stanu na dzień złożenia oferty i stanowią potwierdzenie stanu na dzień wystawienia owego zaświadczenia, a nie na dzień składania ofert.

W tym kontekście podzielić należy stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 8 marca 2017 roku, KIO 366/17: *„Wbrew wywodom zamawiającego, aktualna treść art. 26 ust. 3 ZamPublU nie stanowi o tym, że „ustawodawca zrezygnował z wymogu, aby złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert”.* Nadal wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, co pod rygorem odpowiedzialności wynikającej z przepisów odrębnych, i wykluczenia z postępowania – potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, a taki stan ma się utrzymywać aż do zawarcia umowy. Zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 ZamPublU, ma jedynie taki skutek, że powinny być przez zamawiającego przyjmowane dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 ZamPublU, wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie takie, które w swojej treści potwierdzają spełnienie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty. Przykładowo, zaświadczenie o niezaleganiu z uiszczaniem podatków według stanu z rejestru na oznaczony dzień składania ofert, chociaż termin wystawienia danego zaświadczenia może być późniejszy. Jeżeli przystępujący [...] na wezwanie zamawiającego uzyska i przedstawi informację z KRK z datą bieżącą, potwierdzającą niekaralność prokurenta p. T. na dzień 26 października 2016 r., to taki dokument będzie odpowiedni. Jeżeli między datą

*złożenia oferty a datą wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ZamPublU nastąpiłaby by zmiana na stanowisku prokurenta, również dopuszczalne byłoby uzupełnienie zaświadczenia z KRK dla nowej osoby z datą bieżącą.”*

Podkreślić należy, iż zaświadczenia ZUS oraz Naczelnika Urzędu Skarbowego przedstawione przez Wykonawcę potwierdzają okoliczności wynikające z ich treści według stanu na dzień, w którym ta informacja jest udzielana. Złożona przez Wykonawcę informacja o niezaleganiu w podatkach oraz niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne nie potwierdza według Odwołującego w sposób prawidłowy braku podstaw wykluczenia, bowiem potwierdza informacje po terminie składania ofert. Możliwa jest zatem sytuacja, w której pomiędzy terminem składania ofert, a datą wydania informacji podmiot ten będzie posiadał zaległości publicznoprawne i dojdzie dopiero do ich spłaty, co wobec braku ukazania w takiej informacji danych historycznych nie zostanie ujawnione w wydanym dokumencie. Dokumenty muszą poświadczyć, że stan, do którego odnosi się dane zaświadczenie nie uległ zmianie od momentu złożenia oświadczenia wstępnego (JEDZ), czyli od terminu składania ofert, a w niniejszym przypadku przedłożone dokumenty tego nie potwierdziły.

### **III. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c i pkt 5 ustawy Pzp (zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wobec niespełnienia warunków zamówienia)**

Kolejno wskazać należy, że oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona w niniejszym postępowaniu, albowiem nie spełnia ona warunków zamówienia. I tak wskazać należy, że w punkcie 8 SWZ Zamawiający szczegółowo opisał warunki udziału w postępowaniu. W punkcie 8.2.4.2. zostały opisane wymagania dotyczące osób. I tak Wykonawca był zobowiązany do wskazania osób, które muszą być dostępne na etapie realizacji zamówienia i spełniać następujące wymagania:

- Kierownik ds. Utrzymania Dróg – minimum 24 miesiące doświadczenia, w tym m.in. 2 sezony zimowe, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg lub minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z tym utrzymaniem.



- Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg – minimum 12 miesięcy doświadczenia, w tym m.in. 1 sezon zimowy, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy m.in. GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg lub minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z tym utrzymaniem.

Wykonawca w ofercie na stanowisko Kierownika ds. Utrzymania Dróg wskazał Pana T. K., a na stanowisko Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg wskazał Pana M. A., przy czym nie wykazał w sposób dostateczny, że osoby te uczestniczyły w realizacji wskazanych postępowań, a w konsekwencji że posiadają wymagane doświadczenie, co wynika z pisma Wykonawcy z dnia 29 października 2021 roku. Tym samym nie zostało wykazane, że Wykonawca spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Oferta Wykonawcy winna zostać zatem odrzucona. Zamawiający nie był zatem uprawniony do uznania, że Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu.

#### **IV. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp (zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, z uwagi iż nie zostało skutecznie wniesione wadium)**

Kolejno Odwołujący wskazuje, iż jego zdaniem oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona z tej przyczyny, że nie zostało skutecznie wniesione wadium. Zgodnie z pkt 18 SWZ każdy wykonawca był zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 790.000,00 zł. W niniejszym przypadku Wykonawca jako wadium przedłożył gwarancję wadialną nr 962/2021/FIN z dnia 23 września 2021 roku wystawioną przez SOCIÉTÉ GÉNÉRALE Spółka Akcyjna. Co jednak istotne przedmiotowa gwarancja wadialna jak wynika z jej treści podpisana został przez osoby, przy czym osoby te jak wynika z odpisu KRS nie były uprawnione w tej dacie do reprezentacji SOCIÉTÉ GÉNÉRALE Spółka Akcyjna. Jak wynika z wydruku z Centralnej Informacji KRS w zakresie informacji pełnych sposób reprezentacji wygląda następująco: Prezes Zarządu Dyrektor oraz Wiceprezesi Zarządu samodzielnie. W skład Zarządu wchodzi O. F., B. S., L. K. D., A. P.. Osobą uprawnioną do reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy w oddziale jest Pan K. W. . Przedstawiona gwarancja wadialna nie została podpisana przez żadną z osób uprawnionych do reprezentacji

SOCIÉTÉ GÉNÉRALE Spółka Akcyjna, jak również nie przedłożono pełnomocnictw do reprezentacji SOCIÉTÉ GÉNÉRALE Spółka Akcyjna dla osób, które podpisały przedmiotową gwarancję wadialną. Tym samym nie doszło do skutecznego złożenia wadium przez Wykonawcę, a jego oferta powinna ulec odrzuceniu.

**V. zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień istotnych elementów ceny oferty oraz ceny całkowitej oferty i następnie odrzucenia oferty Wykonawcy mimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na świadczeniu usług poniżej kosztów ich wytworzenia)**

Dalej Odwołujący podkreśla, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazać w tym miejscu należy, iż cena zaproponowana przez Wykonawcę jest o 24 672 396 zł niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Jest ona niższa o 21,72% w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, przy czym wskazać należy, iż były trzy oferty, wobec czego średnia ta odzwierciedla obecne na rynku usług objętych zamówieniem tendencje. Zdaniem Odwołującego, którego oferta wyższa jest od oferty Konsorcjum o kwotę 50 454 654,60 zł, stoi na stanowisku, iż jego oferta była najkorzystniejszą, przy uwzględnieniu okoliczności, iż nie oferuje on w żadnym wypadku ceny niepokrywającej kosztów świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia. Dokonując rzeczywistych kalkulacji Odwołujący wskazuje, iż brak jest możliwości by przedmiotowe zamówienie wykonać za cenę zaoferowaną przez konsorcjum.

W tym miejscu wskazać należy, że „Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów czy usług za symboliczną kwotę. (tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2016 r. KIO 44/16, Legalis nr 1430625).

W tym miejscu wskazać należy, iż oferowanie w pozycji w kolumnie g, w której Wykonawca podał stawkę za Gotowość do ZUD wynoszącą 48,58 złotych netto za 1 km zarówno dla odcinków Autostrady jak i dróg krajowych jest oferowaniem za cenę co najmniej symboliczną, kilkukrotnie mniejszą od rynkowych cen dla tego rodzaju usług. Cena ta znacznie odbiega od stawek podanych przez pozostałych Wykonawców, odpowiednio 195 zł oraz 236,58 zł – dla autostrady i tym samym jest rażąco niska, przez co nie pozwalająca na

należyte zrealizowanie tego zakresu zamówienia. Wykonawca w tej cenie ujmując wszystkie koszty stałe, w tym

- a) narzucone przez Zamawiającego – jak np.
  - zapewnienie ilości minimalnej wymaganego sprzętu (wykaz w załączniku)
  - koszty magazynów soli (wykaz w załączniku)
  - obowiązek zapewnienia całodobowej obsady dyżurnych w poszczególnych obwodach drogowych
  - zatrudnienie na umowę o pracę koordynatora

Oraz

- b) wynikające z obowiązujących przepisów jak kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Następnie mając na uwadze, że ilość kilometrów do ZUD wynosi 159,11 km.

Przyjmując stawkę Wykonawcy za gotowość, otrzyma on wynagrodzenie w kwocie 7.729,32 zł na dobę co daje 231.879,60 zł na miesiąc. Miesięczne koszty stałe:

1. praca dyżurnych:  $24 \text{ godz/dobę} \times 25 \text{ zł/h} \times 30 \text{ dni} \times 2 \text{ Obwody drogowe}$  daje koszt minimalny = 36.000,00 zł
2. praca koordynatora:  $8 \text{ godz/dobę} \times 25 \text{ zł/h} \times 30 \text{ dni} = 6.000,00 \text{ zł}$
3. koszty magazynów – podane przez Zamawiającego = 7.308,40 zł

Razem 49.308,4 na miesiąc. Po odjęciu tych kosztów pozostaje 182.571,20 zł.

Zamawiający wymaga zapewnienia 19 jednostek sprzętowych, toteż na jedną jednostkę na miesiąc pozostaje 9.609,01 zł.

Należało w tej pozycji natomiast uwzględnić również koszt wyposażenia biur dyżurnych w odpowiedni sprzęt komputerowy, oprogramowanie, monitor, telefon, łącze internetowe itp. W pozycji tej należało również ująć koszty pracy kierowców i operatorów sprzętu ZUD z tyt. pełnionych dyżurów. Wykonawca zadeklarował zapewnienie nośników pod sprzęt ZUD o klasie emisji spalin minimum Euro 6, gdzie dochodzą koszty amortyzacji, koszty konserwacji, koszty obowiązkowych ubezpieczeń pojazdów OC. Mając na uwadze powyższe w ocenie Odwołującego nie ma realnych możliwości realizacji opisanego wyżej zakresu umowy, Zamawiający natomiast zaniechał wezwania Wykonawcy do wyjaśnień, w celu poddania ich ocenie.

Dalej wskazać należy na pozycję w kolumnie h, w której Wykonawca podał stawkę za zapobieganie śliskości dla odcinków dróg krajowych, tj. w tabeli od poz. 2.1 do poz. 2.10 oraz od poz. 3.1 do poz. 3.8 wynoszącą 93,56 zł netto za 1 km. W pozycji tej należało ująć koszty pracy kierowców, operatorów sprzętu ZUD, koszty paliwa, koszty soli zużytej podczas pracy, koszty opłat za przejazd płatnymi odcinkami dróg. Ponadto stawka za 1 km dotyczy

odcinka na całej szerokości drogi – w obie strony toteż stawkę należy podzielić de facto przez 2, dodatkowo należy uwzględnić utrzymanie wszystkich obiektów inżynierskich – mostów, wiaduktów itp., które nie zostały ujęte w formularzu kalkulacyjnym przez Zamawiającego.

W celu dojazdu do odcinków dróg przeznaczonych do ZUD oraz do obiektów inżynierskich, węzłów itp. Wykonawca powinien uwzględnić tzw. puste kilometry, tj. dojazdy, które oczywiście są niepłatne, stanowią koszt Wykonawcy. Ponadto wyjazd bezpośredni z bazy na poszczególnych Obwodach drogowych na odcinki dróg przeznaczone do utrzymania również wymaga pokonania dystansu nieobjętego wynagrodzeniem.

Podkreślenia wymaga również fakt, iż Część umowy obejmująca Zimowe Utrzymanie Dróg – zgodnie z SWZ powinna być realizowana od podpisania umowy, natomiast pozostały zakres prac obejmujący całoroczne utrzymanie dróg ma być świadczony z dniem 22 czerwca 2022 roku, toteż bardzo ważna jest ocena Zamawiającego, czy ZUD została należycie skalkulowana – gwarantując prawidłową realizację tego zakresu zamówienia.

W tym miejscu zatem warto również wskazać, że „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej 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.”(Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r., sygn. KIO 416/17). Mając zaś na uwadze powyższe koniecznym jest wskazanie, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena odbiega od rzeczywistej wartości zamówienia. Wskazać należy, iż pomimo, iż poszczególne ceny jednostkowe wyżej wskazane zaproponowane przez Wykonawcę znacznie różniły się od cen pozostałych Oferentów, co powinno powodować powstanie u Zamawiającego wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez Wykonawcę zaniechał on wezwania Wykonawcy do wyjaśnień i następnie zaniechał odrzucenia oferty, pomimo iż zawierała ona rażąco niską cenę. Podkreślić bowiem należy, że rażąco niska cena konkretnych usług – jako istotnych części składowych ceny – oznacza rażąco niską cenę oferty.

Zamawiający jedynie pismem z dnia 14 października 2021 roku wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w jaki sposób Wykonawca w cenie oferty uwzględnił zakres wskazany w pozycjach 1.33 oraz 1.51. mając na uwadze, że w Formularzu Grupa Prac 1 - Nawierzchnia w pozycjach 1.33 oraz 1.51 Wykonawca wpisał wartość 0,00 zł. Jednakże w tym zakresie uwzględnił wyjaśnienia Wykonawcy, co jest nieprawidłowe gdyż proponowanie wykonywania określonych usług za 0 zł jest siłą rzeczy poniżej ich rzeczywistego kosztu i stanowi, iż oferta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podnosi dalej, iż jego zdaniem oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż w ocenie Odwołującego jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe wynika z faktu, iż zdaniem Odwołującego uwzględniając zaoferowaną przez Wykonawcę cenę świadczone przez Wykonawcę usługi polegające na całorocznym utrzymaniu dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach Rejon w Zabrze będą sprzedane poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Wskazać bowiem należy, iż w ocenie Odwołującego niemożliwym jest wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia po cenie wskazanej przez Wykonawcę w treści oferty. Zakres usług będących przedmiotem zamówienia, jak również obszar i okres ich wykonywania, nie przystaje do wysokości ceny wskazanej w treści oferty Wykonawcy.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, iż w jego ocenie sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia ma na celu eliminację innych przedsiębiorców, gdyż należy zauważyć, iż specyfika usług świadczonych zarówno przez Wykonawcę, jak i Odwołującego polega na tym, iż w dużej mierze są one nabywane na rynku na podstawie przetargów organizowanych w trybie ustawy Pzp, jak również w przetargach organizowanych poza ww. ustawą, gdzie podstawowym, kryterium decydującym o wyborze oferty danego wykonawcy jest cena. Tym samym sprzedaż usług przez Konsorcjum poniżej ceny ich świadczenia niewątpliwie ma na celu eliminację z rynku Odwołującego.

Wskazać w tym miejscu należy, iż przykładowo, Wykonawca w pozycjach 1.33 oraz 1.51 wskazał 0 zł. W pozycji w kolumnie g, w której Wykonawca podał stawkę za Gotowość do ZUD wynoszącą 48,58 złotych netto za 1 km, podczas gdy pozostali oferenci wskazali odpowiednio 195 zł oraz 236,58 zł – dla autostrady. Kalkulacje Odwołującego wskazują, iż cena ta jest znacznie zaniżona. Odwołujący uwzględniając bowiem wszystkie koszty i wymogi zawarte w SWZ oszacował cenę za Gotowość do ZUD wynoszącą 236,58 zł za 1 km. Oferta Wykonawcy plasuje się poniżej kosztów, czym wypełnia przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowiące o znamionach czynu nieuczciwej konkurencji, równocześnie bowiem, oferta na cenę wykonania zamówienia jest rażąco niska, a to bezpośrednio wpływa na wyeliminowanie Odwołującego z rynku usług utrzymania dróg. Wskazać należy, iż przedsięwzięte przez Wykonawcę działania, tj. zaoferowanie ceny rażąco niskiej, takiej, która w istocie stanowi cenę poniżej kosztów świadczenia usługi, doprowadziło do tego, iż Odwołujący został wyeliminowany ze świadczenia usług na tym rynku.

W tym miejscu wskazać nadto należy, na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2017 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 373/17, zgodnie z którym „Z art. 3 ust. 1 ZNKU wynika, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi

*obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby przywołana regulacja, poza spełnianiem funkcji korygującej i uzupełniającej na gruncie przepisów ZNKU, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach ZNKU (art. 5 i nast.) za nieuczciwie naruszające konkurencję. Na podstawie komentowanego przepisu możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, ale również naruszeniem takim zagraża. Istotne jest jedynie wykazanie sprzeczności takiego zachowania z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia lub naruszenia interesu prawnego innego przedsiębiorcy lub klienta oraz związku pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia) a zasługującym na ochronę interesem innego uczestnika rynku.”*

Mając zaś powyższe na uwadze należy wskazać, iż zastosowanie przez Wykonawcę ceny, która stanowi cenę poniżej kosztów świadczenia usług objętych zamówieniem, równocześnie będącą ceną rażąco niską, a nadto wobec braku rzetelności kalkulacji cen przedstawionych w ofercie, których wynik stanowi ceny zaniżone, niewątpliwie są działaniami sprzecznymi z dobrymi obyczajami a w przedmiotowym przypadku naruszają i zagrażają naruszeniem interesów zarówno przedsiębiorcy – Odwołującego jak i klienta, którym jest Zamawiający.

W ocenie odwołującego bowiem przedstawiona przez Wykonawcę oferta jest oderwana od rzeczywistych kosztów wykonywania usług stanowiących przedmiot zamówienia, zaś zachowanie to ukierunkowane jest na nieuprawnione obniżenie ceny oferty. Zaznaczyć zatem należy, iż skalkulowanie ceny oferty poniżej kosztów świadczenia usług stanowi bezpośrednie zagrożenie dla Zamawiającego, którego obowiązkiem jest zapewnienie całorocznego utrzymania dróg. Zaś otrzymanie przedstawionej przez Wykonawcę w ofercie ceny za zamówione usługi nie pozwoli mu na sprostanie wymogom Zamawiającego, w konsekwencji natomiast powyższego Zamawiający nie dopełni ww. obowiązków.

**VI. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp (wybór oferty złożonej przez konsorcjum jako najkorzystniejszej, pomimo że podlegało ono wykluczeniu z postępowania, a złożona przez konsorcjum oferta powinna zostać odrzucona**

Ostatecznie Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez FBSERWIS SPÓŁKA AKCYJNA, jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu. Jak bowiem

szczegółowo wskazane w uzasadnieniu punktu I – konsorcjum winno zostać wykluczone z niniejszego postępowania, czego Zamawiający zaniechał. W konsekwencji oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona.

Mając na względzie wszystkie przytoczone wyżej argumenty, Odwołujący podnosi, iż uwzględniając charakter uchybień Zamawiającego uznać należy, iż naruszenie przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż w przypadku prawidłowego, a więc zgodnego z w/w regulacjami działania Zamawiającego, nie doszłoby do wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Powyższe oznacza natomiast, iż niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Niniejsze odwołanie zostaje wniesione w dniu 27 grudnia 2021 r., a więc w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit a). Odwołujący otrzymał informacje za pomocą środków komunikacji elektronicznej w dniu 17 grudnia 2021 roku, a więc termin upływa w dniu 27 grudnia 2021 roku. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w terminie, o którym mowa w art. 514 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 30 grudnia 2021 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca FBSerwis SA z siedzibą w Warszawie, dalej zwany „Odwołującym” wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 12 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego

po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika Postępowania.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Ofertę z najniższą złożył wykonawca FBSerwis SA z siedzibą w Warszawie – Przystępujący.

Przystępujący w oświadczeniu JEDZ na str. 14 i 15 w odpowiedzi na pytanie:

*„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”*

udzielił odpowiedzi: „TAK”, jednocześnie w treści oświadczenie JEDZ złożył następujące wyjaśnienia:

*„Informacje szczegółowo opisane w załączniku do niniejszego formularza – dokumencie zatytułowanym „tajemnica przedsiębiorstwa”. Na wstępie Wykonawca zaznacza, że okoliczności opisane w zakresie okoliczności stanowiących odpowiedź na ww. pytanie JEDZ nie świadczą o istnieniu wobec niego podstaw wykluczenia. Wykonawca wskazuje jednak szczegółowo okoliczności faktyczne – działając z ostrożności, celem uniknięcia możliwości postawienia mu zarzutów dotyczących zatajenia czegokolwiek lub posądzenia go o próbę wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Jednocześnie zaznaczam, że informacje zawarte w ww. załączniku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – przy czym zasadność zastrzeżenia przedmiotowych informacji została wykazana w kolejnym załączniku do JEDZ – „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa”.*

W odpowiedzi na pytanie:

*Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”)?*

Odwołujący udzielił odpowiedzi „TAK”, jednocześnie w treści oświadczenie JEDZ złożył następujące wyjaśnienia:



*Informacje szczegółowo opisane w załączniku do niniejszego formularza – dokumencie zatytułowanym „tajemnica przedsiębiorstwa” z zastrzeżeniem stanowiska zaprezentowanego w ww. dokumencie.*

W pliku dokumentów załączonych do oferty, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, zatytułowanych „9. Załączniki do JEDZ” przystępujący złożył dokument zatytułowany: „Informacje dotyczące umowy, w ramach której Zamawiający naliczył kary umowne”. Dokumenty zawarte w ww. pliku załączników, zostały przez Zamawiającego odtajnione, pismem z dnia 3 grudnia 2021 r.

Izba ustaliła, że treść pisma zatytułowanego „Informacje dotyczące umowy, w ramach której Zamawiający naliczył kary umowne” zawiera wyjaśnienie okoliczności realizacji umowy zawartej w dniu 30 października 2020 r. z Miastem Ruda Śląska oraz umowy zawartej w dniu 4 stycznia 2021 r. z Gminą Myślenice.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 14 października 2021 r. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie wartości 0,00 zł. wskazanej w pozycjach 1.33 oraz 1.51 w Formularzu cenowym - Tabele elementów rozliczeniowych Formularz Grupa Prac 1 – Nawierzchnia.

Pismem z dnia 21 października 2021 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień w zakresie pozycji 1.33 oraz 1.51 z Formularza cenowego i wskazanej w tych pozycjach wartości 0,00 zł. Wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a następnie odtajnione przez Zamawiającego, pismem z dnia 3 grudnia 2021 r.

Zamawiający w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w pkt 9 przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie fakultatywnych przesłanek wykluczenia.

Zamawiający w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt 8.2.4.2. ustanowił następujące warunki udziału w postępowaniu:

Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone.

Wykonawca, na funkcję wymienione poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

a) Osoby stanowiące obsadę Zespołu ds. Utrzymania Dróg:

1) osoba proponowana do pełnienia funkcji: Kierownik ds. Utrzymania Dróg

wymagana liczba osób: 1

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia, w tym min. 2 sezony zimowe, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70

km dróg klasy min GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/ nadzorowaniu/ kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg

lub

Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z tym utrzymaniem.

2) osoba proponowana do pełnienia funkcji:

Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg - wymagana liczba osób: 1

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 12 miesięcy doświadczenia, w tym min. 1 sezon zimowy, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min. GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg

lub

Minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min GP na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z tym utrzymaniem.

Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 21 października wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie okresu realizacji zadań przywołanych na potwierdzenie posiadanego doświadczenia przez osoby, wskazane do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg na stanowisko Kierownika i Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg.

Tym samym pismem (punkt II) Przystępujący został wezwany na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie doprecyzowania:

- *informacji dotyczących tego dlaczego fakty i okoliczności przedstawione przez Wykonawcę w przedmiocie dotyczącym Umowy na „Modernizację oświetlenia ulicznego w Rudzie ŚLĄSKIEJ – etap IV cz. 2” oraz Umowy na „Bieżące utrzymanie i konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta i gminy Myślenice”, Wykonawca uznał, za okoliczności, które nie mogą być kwalifikowane str. 3 jako wypełniające znamiona fakultatywnej przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 109 ust.1 pkt. 7 ustawy Pzp,*

- *dokładnego zakresu zobowiązań Wykonawcy wynikających z Umowy na „Modernizację oświetlenia ulicznego w Rudzie ŚLĄSKIEJ – etap IV cz. 2” oraz Umowy na „Bieżące utrzymanie i konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta i gminy Myślenice”;*
- *dokładnego zakresu zobowiązań, które nie zostały wykonane przez Wykonawcę w ramach Umowy na „Modernizację oświetlenia ulicznego w Rudzie ŚLĄSKIEJ – etap IV cz. 2” oraz Umowy na „Bieżące utrzymanie i konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta i gminy Myślenice”, w tym wskazania dlaczego stwierdzone uchybienia w zakresie wykonywania przez Wykonawcę ww. Umów miały charakter nieistotny, a powstałe opóźnienia związane z ich realizacją nie wynikały z okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca;*
- *co należy rozumieć pod sformułowaniem, iż Wykonawca podjął: „działania w celu identyfikacji przyczyn wejścia w spór z ww. zamawiającym i usprawnienia funkcjonowania subdywizji SL/FM w taki sposób, aby podobne spory z podmiotami zamawiającym w przyszłości już nie występowały” oraz które z przedstawionych Zamawiającemu dowodów wskazują na to, że podjęte przez Wykonawcę środki są wystarczające do uznania jego rzetelności.*

Przystępując pismem z dnia 29 października 2021 r. udzielił wyjaśnień w zakresie doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg na stanowisko Kierownika i Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg. Wyjaśnienia zostały objęte przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, a następnie odtajnione przez Zamawiającego, pismem z dnia 3 grudnia 2021 r.

Odrębnym pismem z dnia 29 października 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia – Oświadczenie wykonawcy o podjęciu działań w celu zapobiegnięciu naruszeń. Wyjaśnienia te zostały objęte przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały odtajnione przez Zamawiającego.

Izba ustaliła również, że Zamawiający, pismem z dnia 1 grudnia 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym:

- *zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem składa dokumenty potwierdzające, że przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;*

- zaświadczenie albo inny dokument właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzający, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz wskazanymi w z zaświadczeniem albo innym dokumentem składa dokumenty potwierdzające, że przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

Przystępujący, w terminie wskazanym przez Zamawiającego złożył wymagane dokumenty, w tym: ZAŚWIADCZENIE O NIEZALEGANIU W PODATKACH LUB STWIERDZAJĄCE STAN ZALEGŁOŚCI wystawione przez NACZELNIKA PIERWSZEGO MAZOWIECKIEGO URZĘDU SKARGOWEGO W WARSZAWIE potwierdzającego brak zaległości podatkowych na dzień 22 września 2021 r. oraz ZAŚWIADCZENIE O NIEZALEGANIU W OPŁACZNIU SKŁADEK wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, potwierdzające brak zaległości w opłacaniu składek do których Przystępujący jest zobowiązany, na dzień 4 października 2021 r.

#### **Izba zaważyła co następuje:**

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający przez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub przez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło w pierwszym przypadku do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Przystępującego a w drugim przypadku do naliczenia kar umownych (odszkodowania); zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na

podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Przystępującego z udziału w postępowaniu, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; oraz zaniechania wykluczeniu Przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 ustawy Pzp, pomimo że Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w ocenie Izby w ramach powyższych zarzutów, nie zostały potwierdzone przesłanki wykluczenia wskazane w przywołanych przepisach.

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zgodnie z treścią powyższego przepisu, dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu konieczne jest wykazanie łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- wykluczenie, musi być związane z niewykonywaniem zobowiązań z wcześniej zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji lub wykonywaniem ich w sposób nienależyty wyłącznie z przyczyn obciążających wykonawcę,
- okoliczności związane z niewykonaniem zobowiązania lub nienależytym wykonaniem albo długotrwałym nienależytym wykonywaniem zobowiązania powinny doprowadzić do wypowiedzenia lub odstąpienia, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z rękojmi,
- w każdym przypadku niezbędne jest zbadanie stopnia naruszenia zobowiązań przez wykonawcę, jedynie bowiem nienależyte wykonywanie w znacznym stopniu lub zakresie oraz jedynie zobowiązań istotnych będzie przesłanką wykluczenia.

W świetle powyższego, stwierdzić należy że nie każde nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji będzie stanowiło podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz tylko takie, które wskazuje na nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie, albo długotrwale nienależyte wykonywanie istotnych

zobowiązań wynikających z umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W ocenie Izby, analiza treści zarzutu, nie pozwala na stwierdzenie, iż Odwołujący wykazał zaistnienie przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. że łącznie zostały spełnione przesłanki polegające na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu w znacznym stopniu lub zakresie umowy albo jej długotrwałym nienależytym wykonywaniu odnoszącym się do istotnych zobowiązań umownych, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący powołał się na umowę realizowaną dla Gminy Myślenice z dnia 4 stycznia 2021 r. nr MI.7021.21.2021 np. „Bieżące utrzymanie i konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta i gminy Myślenice” oraz na umowę nr GRU/UM/1054/KK/26/INW-W/2020 z dnia 30 października 2020 r. „Modernizacja oświetlenia ulicznego w Rudzie Śląskiej – etap IV cz. 2” realizowaną dla Miasta Ruda Śląska.

W zakresie umowy dla Gminy Myślenice Odwołujący wskazał jedynie, iż „w dniu 9 sierpnia 2021 r. Gmina Myślenice złożyła oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy z powodu niewywiązania się przez Wykonawcę z postanowień umowy. Jak wskazała w swoim piśmie Gmina Myślenice niedotrzymanie zapisów umowy miało charakter powtarzający się i długotrwały (znacznie przekraczający wynikający z umowy 48 godzinny okres wymiany niesprawnych źródeł światła)”.

Podkreślenia wymaga, iż sam fakt, iż zostało złożone przez zamawiającego – stronę umowy oświadczenie o odstąpieniu od umowy, jak w przypadku umowy realizowanej dla Gminy Myślenice, nie oznacza jeszcze, że zaistniały pozostałe przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, wystąpienia których Odwołujący nie wykazał.

Podobnie w zakresie umowy realizowanej dla Miasta Ruda Śląska. Odwołujący podniósł, iż „w trakcie realizacji tej umowy doszło do powstania opóźnień w wykonaniu niektórych obowiązków – z uwagi na stwierdzenie przez przedstawiciela wad w trakcie odbioru inwestycji”, co doprowadziło do naliczenia kar umownych (odszkodowania).

W świetle powyższego, Izba wskazuje, że w treść zarzutu podniesionego w odwołaniu zawiera wyłącznie ogólnikowe i bardzo lakoniczne stwierdzenia, które nie potwierdzają, że zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w zakresie umowy realizowanej dla Gminy Myślenice, że odstąpienie od umowy było skuteczne, że nastąpiło na skutek przyczyn

leżących po stronie Przystępującego, oraz że długotrwałe nienależyte wykonanie umowy dotyczyło istotnych zobowiązań wynikających z umowy.

W odniesieniu do umowy realizowanej dla Miasta Ruda Śląska Odwołujący wskazał jedynie na naliczeniu kar umownych jako odszkodowania, w ramach realizacji umowy, nie odnosząc się do pozostałych przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Odwołujący nie wykazał że zaistniały okoliczności uzasadniające wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, co prowadzi do braku możliwości uznania, iż zarzut zasługuje na uwzględnienie

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Z kolei na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że Przystępujący nie uwzględnił w oświadczeniu JEDZ informacji o realizacji umowy dla Miasta Ruda Śląska, czym wprowadził Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji że nie podlega wykluczeniu, a ponadto w niniejszym przypadku poprzez rażące niedbalstwo, wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, co w konsekwencji skutkuje koniecznością wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Izba wskazuje, że powyższy zarzut jest całkowicie niezasadny oraz oparty na okolicznościach nieznajdujących uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Nie potwierdziły się okoliczności, zgodnie z którymi Przystępujący przekazał łącznie z ofertą informacje dotyczące wyłącznie realizacji umowy z Gminą Myślenice, pomijając informacje dotyczące realizacji umowy z Miastem Ruda Śląska. Informacje w zakresie realizacji obu umów zostały przekazane Zamawiającemu w załączniku do oświadczenie JEDZ, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Informacje te zostały odtajnione przez Zamawiającego i udostępnione również Odwołującemu. Nie można zatem Przystępującemu zarzucić wprowadzenia

Zamawiającego w błąd, skoro przedstawił on wszystkie okoliczności sprawy, zarówno w zakresie umowy realizowanej dla Gminy Myślenice jak i Ruda Śląska.

Ponadto w oświadczeniu JEDZ, na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” Przystępujący udzielił odpowiedzi: „TAK”, zatem zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu okoliczności, że nie podlega wykluczeniu jest niezasadny.

Izba podkreśla, że w zakresie powyższych zarzutów, uzasadnienie Odwołującego nie potwierdza zaistnienia przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp co skutkuje koniecznością oddalenia zarzutu.

Izba nie uwzględniła zarzutu podniesionego przez Odwołującego na rozprawie, zgodnie z którym, Odwołujący upatruje wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez odniesienie do tytułów plików i dokumentów, w których wyjaśnia okoliczności realizacji umowy dla Gminy Myślenice i Miasta Ruda Śląska. Izba wskazuje, że zarzut nie został podniesiony w odwołaniu, zatem zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i uznanie, że Przystępujący podjął czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, oraz że podjęte przez tego wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, podczas gdy Przystępujący nie podjął wszystkich czynności o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, a podjęte czynności nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu.

Izba wskazuje, że wyjaśnienia Przystępującego zatytułowane „Oświadczenie wykonawcy o podjęciu działań w celu zapobiegnięcia naruszeń” zawierające informacje dotyczące podjętych przez Przystępującego czynności, w celu wykazania jego rzetelności, zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, zatem nie jest możliwe szczegółowe odniesienie się przez Izbę do ich treści. Izba wskazuje jednak, że treść wyjaśnień, w sposób niebudzący wątpliwości wyczerpuje przesłanki określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. W treści powyższych wyjaśnień zostały wskazane i poparte załączonymi do wyjaśnień dowodami, okoliczności do których odwołuje art. 110 ust. 2 Pzp, które zostały spełnione przez Przystępującego łącznie (o czym Odwołujący nie mógł wiedzieć, z uwagi na brak odtajnienia wyjaśnień przez Zamawiającego). Na str. 14 i 15 Oświadczenia, Przystępujący przedstawił okoliczności na potwierdzenie spełnienia wymogów określonych w



art. 110 ust. 2 pkt 1) Ustawy Pzp, na str. 2 – 15 przedstawił okoliczności na potwierdzenie spełnienia wymogów określonych w art. 110 ust. 2 pkt 2) Ustawy Pzp, natomiast na str. 15 - 22 przedstawił okoliczności na potwierdzenie spełnienia wymogów określonych w art. 110 ust. 2 pkt 3) Ustawy Pzp. Przywołane okoliczności zostały poparte załączonymi do wyjaśnień dowodami.

W ocenie Izby, Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że łącznie wypełnił nałożone przez ustawodawcę wymagania, a złożone wyjaśnienia pozwalały na ocenę przez Zamawiającego, że podjęte przez Przystępującego czynności (szczegółowo opisane w treści wyjaśnień) są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając również wagę i szczególne okoliczności czynu Przystępującego.

Nie potwierdziła się również podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w załączniku do JEDZ, Przystępujący odniósł się jedynie do sytuacji związanej z Gminą Myślenice, a pominął okoliczności dotyczące realizacji umowy z Miastem Ruda Śląska. Izba wskazuje, że informacje o realizacji obu powyższych umów zostały zawarte przez Przystępującego w załączniku objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, zatytułowanym „Informacje dotyczące umowy, w ramach której Zamawiający naliczył kary umowne” (odtajnionym 23 grudnia 2021 r.).

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący złożył powyższe wyjaśnienia na „wszelki wypadek”. Taki stan faktyczny nie wynika ze złożonego Oświadczenia JEDZ. W jego treści Przystępujący wyraźnie zaznaczył, że działanie z ostrożności dotyczy *uniknięcia możliwości postawienia mu zarzutów dotyczących zatajenia czegokolwiek lub posądzenia go o próbę wprowadzenia w błąd Zamawiającego*. Zastrzeżenie to nie odnosi się zatem do przedsięwziętych środków w postaci samooczyszczenia, które zgodnie z treścią oświadczenia JEDZ (str. 15) zostały *szczegółowo opisane w załączniku do niniejszego formularza – dokumencie zatytułowanym „tajemnica przedsiębiorstwa” (...)*.

Powyższe, nie potwierdza zasadności argumentacji Odwołującego.

Izba doszła zatem do przekonania, że zarzut naruszenia art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie przez Zamawiającego jest niezasadny i podlega oddaleniu.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego wobec niewykazania braku podstaw wykluczenia przez Wykonawcę poprzez przedłożenie nieaktualnych dokumentów.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego,

potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zamawiający, pismem z dnia 1 grudnia 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym: zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem należnych podatków i opłat, oraz zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne w zakresie wymaganym przez przepisy prawa. W odpowiedzi na wezwanie, Przystępujący złożył zaświadczenia z Urzędu Skarbowego potwierdzające brak zaległości, aktualne na dzień 22 września 2021 r. i z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające brak zaległości w opłacaniu składek, do których Przystępujący jest zobowiązany, na dzień 4 października 2021 r.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż oferta Przystępującego winna zostać odrzucona, z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia na dzień składania ofert. Powyższe dokumenty potwierdzają jedynie stan na dzień wystawienia zaświadczeń, a nie potwierdzają stanu na dzień składania ofert.

Z argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić. Odwołujący pomija całkowicie treść przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym składane na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, mają być „aktualne na dzień złożenia”. „Aktualny”, zgodnie z definicją z internetowego Słownika języka polskiego, oznacza „dotyczący tego, co się dzieje obecnie, ważny w czasie obecnym”. Zatem, podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie zamawiającego, winny oddawać stan faktyczny istniejący w momencie ich złożenia. Izba w całości podziela stanowisko zawarte w wyroku z dnia 3 stycznia 2022 r sygn. akt KIO 3628/21 przywołanym przez Przystępującego, uznając je za własne. W wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, który konstruował w taki właśnie sposób przepisy ustawy Pzp, było to, aby ocena sytuacji podmiotowej wykonawców odbywała się na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji. Niezależnie wyposażono także zamawiającego w uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Zgodnie z motywem 84 Preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE „Instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia

się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania (...)", zaś w motywie 85 wskazano, iż „Istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko (...)”. Warto również zaznaczyć, że powyższe, jak i treść art. 59 ust. 4 wskazanej dyrektywy, znalazło odzwierciedlenie na gruncie prawa krajowego, o czym stanowi art. 126 ust. 3 ustawy Pzp, umożliwiający wezwanie wykonawcy, na każdym etapie postępowania, do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, które będą aktualne na dzień ich złożenia. W konsekwencji należy przyjąć, że zarówno ustawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy, odszedł od zasady, że składane podmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać stan istniejący jedynie na moment przystąpienia do postępowania - moment złożenia oferty lub wniosku. Czym innym będzie zatem kwestia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które co nie ulega wątpliwości winny być przez wykonawcę spełnione już na etapie, kiedy wykonawca przystępuje do postępowania, czy jak w tym przypadku w momencie składania oferty, czym innym natomiast kwestia weryfikacji spełnienia deklarowanych warunków. Ten moment zależy z kolei od zamawiającego, który najpierw kieruje do wykonawcy odpowiednie wezwanie, wyznaczając mu jednocześnie moment, w którym nastąpi weryfikacja czy deklarowane warunki są spełnione, a co za tym idzie wskazuje na jaki dzień winny być aktualne dokumenty przez tego wykonawcę składane”.

Przedłożone przez Przystępującego zaświadczenia z US i ZUS były dokumentami aktualnymi na dzień ich złożenia, potwierdzały bowiem okoliczności na ten właśnie dzień (co jest zgodne z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp). Podkreślenia wymaga, iż w zależności od tego w jakiej dacie zamawiający skieruje do wykonawcy wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przedłożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumenty, nie zawsze będą odzwierciedlały stan istniejący w dacie, kiedy wykonawca składa swoją ofertę.

Nie można pominąć również okoliczności, że aktualność dokumentów oceniana jest w kontekście przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), gdzie Zamawiający może żądać zgodnie z § 2 pkt 4) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio

przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności; oraz zgodnie z § 2 pkt 5) zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

Podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 ustawy Pzp, mają stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Dokument „aktualny” oznacza bowiem taki dokument, który obrazuje bieżącą sytuację wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, z treści którego będzie wynikało, że na dzień w którym Zamawiający takiej weryfikacji dokonuje, wykonawca spełnia wymagany warunek. Z taką też sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty – zaświadczenie z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, spełniają wymóg aktualności na dzień ich złożenia.

Wobec powyższego zarzut Odwołującego, jako niezasadny, nie może zostać uwzględniony.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c i pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu, uznając go za niezasadny.

Zamawiający w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia IDW TOM I (SWZ) pkt 8.2.4.2. ustanowił warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. osoby proponowanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz osoby proponowanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w związku z niespełnieniem warunków wymaganych dla ww. osób, wskazując,

że Przystępujący „nie wykazał w sposób dostateczny” że osoby te (...) posiadają wymagane doświadczenie.

Podkreślenia wymaga, że zarzut Odwołującego nie zawiera żadnego uzasadnienia faktycznego, wskazującego na zasadność stawianego zarzutu. Poza stwierdzeniem „nie wykazał w sposób dostateczny” zarzut nie został poparty żadną argumentacją, uzasadniającą, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w odwołaniu. Brak jest jakiegokolwiek merytorycznego odniesienia do treści złączonego do oferty Formularza 2.3., w którym to Przystępujący wskazał osoby proponowane do pełnienia funkcji ww. funkcji, wraz z ich doświadczeniem.

Okolicznością bezsporną jest to, że Zamawiający kierował do Przystępującego wezwanie dotyczące wyjaśnienia wskazanych w formularzu umów i okresów ich realizacji, jednakże w wyniku tej procedury, zostało potwierdzone spełnienie wymaganych warunków.

Ponadto, Zamawiający, w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt. 8 IDW TOM I SWZ, pismem z dnia 1 grudnia 2021 r. wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym między innymi, wykazu osób, skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi, pismem z dnia 9 grudnia 2021 r. Przystępujący, złożył Zamawiającemu wymagane dokumenty, w tym wykaz osób (Formularz 3.5.), w którym wskazał osoby proponowane do objęcia wymaganych w SWZ stanowisk wraz z opisem ich doświadczenia.

W przedmiotowym wykazie wskazane zostały między innymi zakwestionowane w odwołaniu osoby zaproponowane przez Przystępującego na stanowiska Kierownika ds. utrzymania dróg oraz Zastępcy Kierownika ds. utrzymania dróg.

Jak wynika z treści przedłożonego przez Przystępującego Formularza 3.5 Wykaz osób, ww. osoby legitymować się miały doświadczeniem zdobytym w związku ze zrealizowanym na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie zadaniem pn. „Kompleksowe całoroczne (letnie i zimowe) - utrzymanie drogi krajowej nr 7 (klasy GP odcinkowo od km 388+700 do km 410+550 i od km 457+547 do km 466+776) oraz drogi ekspresowej S7 (od km 410+550 do km 457+547) na odcinku od m. Sękocin do m. Radom”.

Powyższe okoliczności, zostały również zweryfikowane przez Zamawiającego, który w celu dochowania należytej staranności podjął własne działania zmierzające do wyjaśnienia doświadczenia ww. osób występując ze stosownymi zapytaniami do właściwych dla wskazanych przez Wykonawcę postępowań, zamawiających publicznych. Uzyskane przez Zamawiającego informacje potwierdziły wymagane przez Zamawiającego w SWZ doświadczenie wskazanych przez Wykonawcę osób, zarówno co do zajmowanego przez te osoby stanowiska jak i zakresu przedmiotowego zrealizowanego zamówienia, klasy i długości utrzymywanych dróg oraz okresu zajmowania wskazanych przez Wykonawcę funkcji.

Wobec powyższego, nie można uznać, że zarzut Odwołującego jest zasadny i udowodniony, skoro nie został poparty żadnym uzasadnieniem faktycznym, a procedura wyjaśnienia wszczęta przez Zamawiającego, potwierdziła spełnienie przez Przystępującego warunku określonego w SWZ w pkt 8.2.4.2.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp poprzez odrzucenia oferty Przystępującego, z uwagi na to, iż nie zostało skutecznie wniesione wadium.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż wadium wniesione przez Przystępującego w postaci gwarancji wadialnej, zostało podpisane przez dwie osoby, które jak wynika z odpisu z KRS nie były uprawnione w tej dacie do reprezentacji Gwaranta, jak również Przystępujący nie przedłożył dla tych osób pełnomocnictw potwierdzających uprawnienia do reprezentacji Gwaranta. Tym samym nie doszło do skutecznego złożenia wadium przez Przystępującego, a jego oferta powinna ulec odrzuceniu.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Wskazać należy, iż brak jest postawy prawnej do żądania pełnomocnictwa dla osoby wystawiającej gwarancję. Ponadto wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma obowiązku załączać do dokumentu gwarancji wadialnej ani pełnomocnictw dla osób, które ją podpisały w imieniu gwaranta, ani dokumentów rejestrowych wykazujących, że takie pełnomocnictwo zostało udzielone przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu. Odwołujący nie wskazał postanowień SWZ, z których wynikałby taki obowiązek. Podkreślenia wymaga, że w orzecznictwie słusznie wskazuje się, że na gruncie ustawy Pzp brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej, żądania załączenia do gwarancji pełnomocnictwa dla osoby podpisującej gwarancję. Ponieważ ubezpieczyciele i banki prowadzą działalność na dużą skalę zasadą jest, że czynności prawne z klientami są dokonywane za pośrednictwem pracowników tych instytucji czy nawet pośredników. Zarówno klient, jak i osoby postronne powinny brać pod uwagę wynikające z art. 97 Kodeksu cywilnego domniemanie, że osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca ma prawo domniemywać, że osoby wystawiające gwarancję wadialną w lokalu banku czy ubezpieczyciela i na odpowiednich formularzach tej instytucji działają w ramach umocowania do dokonywania tego typu czynności prawnych. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu zaistnienia żadnych przesłanek wzruszających domniemanie, że gwarancja wadialna złożone przez Przystępującego została wystawiona prawidłowo.

Nie można również pominąć okoliczności, na którą zwrócił uwagę Przystępujący, że dokument wadialny został wystawiony na formularzu Gwaranta, oraz że podpisy elektroniczne składających je osób, opatrzone zostały treścią Societe Generale S.A. Odział w Polsce, które to dane w zakresie ich prawdziwości, weryfikowane są przez wystawcę podpisu elektronicznego.

Ponadto, ponad wszelką wątpliwość, Przystępujący wykazał prawidłowość złożonej gwarancji wadialnej, składając podczas rozprawy odpis pełnomocnictw z dnia 6 listopada 2019 r. oraz z 30 kwietnia 2021 r. dla osób, których podpisy widnieją pod złożoną gwarancją wadialną, potwierdzające uprawnienie m.in. do wystawiania gwarancji.

Ponadto o niezasadności zarzutu świadczy okoliczność, że sam Odwołujący załączył do oferty dokument wadialny podpisany przez osobę, która nie widnieje w KRS i dla której nie załączono do oferty pełnomocnictwa.

Wobec powyższego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za niezasadny uznała również zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień istotnych elementów ceny oferty oraz ceny całkowitej oferty, a następnie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę oraz zarzut naruszenia oraz związany z tym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FB Serwis SA mimo, iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na świadczeniu usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż cena oferty Przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia ponieważ jest niższa o 21,72% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, ponadto brak jest możliwości by przedmiotowe zamówienie wykonać za cenę zaoferowaną przez Przystępującego. Odwołujący wskazując na pozycje w kolumnie „g” o wartości 48,58 zł netto za 1 km., oraz w kolumnie „h” o wartości 93,56 zł netto za 1 km. podnosi, iż ceny te znacznie różnią się od cen pozostałych Wykonawców, co powinno powodować powstanie u Zamawiającego wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez Przystępującego. Zatem Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

W zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy za ugruntowaną linią orzeczniczą KIO i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie

oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień.

Odwołujący zarzuca Przystępującemu rażąco niską cenę w oparciu o wartości z kolumny „g” i kolumny „h”, wskazując że są one rażąco niskie. Jednakże Izba podkreśla, że zarzut Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w treści oferty Przystępującego. Wartości, do których referuje Odwołujący, jako stawki podane w ofercie, w rzeczywistości nie zostały podane w ofercie Przystępującego. Również podczas rozprawy Odwołujący nie mógł wskazać ich w treści oferty Przystępującego. Wyjaśnił, iż zostały one wyliczone przez Odwołującego na podstawie innych wartości podanych w ofercie Przystępującego.

Zatem zarzut Odwołującego opiera się nie o treść oferty Przystępującego, a o własne wyliczenia Odwołującego, uzyskane na podstawie przyjętego przez siebie wzoru, których wyniki następnie zostają zakwestionowane przez Odwołującego.

W ocenie Izby zarzut oparty o wartości stawek, które nie zostały wskazane w ofercie nie może zostać uwzględniony, bowiem opiera się na okolicznościach, które nie mają potwierdzenia w stanie faktycznym.

Odwołujący nie wykazał zatem, że cena oferty Przystępującego jest ceną niewiarygodną, całkowicie oderwaną od realiów rynkowych, której wartość powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego. Analiza cen podanych w ofertach przez pozostałych wykonawców nie wskazuje, że różnice pomiędzy cenami są na tyle istotne, aby uznać, że nie mieszczą się one w granicach ogólnie spotykanej na rynku konkurencji.

Odwołujący nie sprostął zatem ciężarowi wykazania, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości skutkujące koniecznością wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyliczenia ceny.

Dodatkowo, odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podkreślenia wymaga, iż po pierwsze Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania lub wynikającymi z odrębnych przepisów w zakresie ceny ogólnej lub jej istotnych części składowych (odnosząc się do stawek, które nie zostały podane w ofercie), a po drugie nie zaistniał ustawowy obowiązek wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Cena oferty Przystępującego nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.



Zamawiający nie był zatem zobowiązany do wezwania Przystępującego w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazuje również na pozycje 1.33. oraz 1.51 w Formularzu Grupa Prac 1-Nawierzchnia, dla których Przystępujący określił wartość usługi na 0 zł, jako na czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ oferowanie usług za 0 zł. stanowi wartość poniżej ich rzeczywistego kosztu i powoduje, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ponadto potwierdza, iż zaoferowana cena jest rażąco niska.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którego naruszenie zarzuca Odwołujący, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zamawiający pismem z dnia 14 października 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanych w ofercie w Formularzu cenowym w pozycji 1.33 i 1.51 wartości 0 zł.

W dniu 21 października 2021 Wykonawca udzielił Zamawiającemu odpowiedzi wyjaśniając, że wskazane w Formularzu cenowym wartości nie są błędne, zaś ich wysokość determinowana jest przez treść ofert podwykonawczych złożonych Wykonawcy, w oparciu o które Wykonawca zamierza realizować na rzecz Zamawiającego przedmiot zamówienia. Do wyjaśnień Wykonawca dołączył przytoczone oferty, które potwierdziły wyjaśnienia wykonawcy. Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, wartość usług wskazanych w powyższych pozycjach zaoferowana została Wykonawcy przez Podwykonawców w ramach stałej współpracy bez dodatkowego wynagrodzenia, stanowiąc swoisty rabat cenowy ze strony Podwykonawców, uzasadniony stałą współpracą pomiędzy ww. podmiotami.

W ocenie Izby, treść ofert podwykonawców nie potwierdza zaoferowania usług poniżej kosztów ich wytworzenia, a opiera się na udzielonych rabatach, lub na innych zasadach wynikających z dotychczasowej współpracy, co nie jest równoznaczne z zaoferowaniem usług poniżej kosztów ich wytworzenia. Ponadto, co wymaga podkreślenia, jako istotne dla sprawy, wartość pozycji 1.33 odnosi się merytorycznie do fizycznej czynności „Wykonanie warstwy bitumicznej z betonu asfaltowego WMS - za każdy dalszy 1 cm różnicy”, która to jest funkcjonalnie powiązana z czynnością opisaną w pozycji 1.32 odnoszącą się do czynności „Wykonanie warstwy bitumicznej z betonu asfaltowego WMS o grubości 5 cm” w ramach której Przystępujący zaoferował cenę 21,47 zł netto za m<sup>2</sup> tj. 42 940,00 zł netto. W tym przypadku Wykonawca również oparł swoją ofertę na ofercie

podwykonawcy, który zadeklarował wykonanie poszczególnych warstw bitumicznych przyjmując na siebie ryzyko ewentualnej zmiany ich grubości.

Za niezasadne Izba uznała również stanowisko Odwołującego, iż wartości z pozycji 1.33 oraz 1.51 wskazują na zaoferowanie przez Przystępującego rażąco niskiej ceny. Zamawiający wykazał, iż wartości powyższych pozycji stanowią zaledwie: dla poz. 1.33 - 0,05 % wartości oferty, a dla poz. 1.51 - 0,12 % wartości oferty, co nie może być uznane za istotne części składowe ceny lub kosztu. Odwołujący nie przedstawił również argumentacji przeciwnej, potwierdzającej, iż wartości z poz. 1.33 i 1.51 stanowią istotne części składowe oferty.

Powyższe okoliczności, nie potwierdzają zasadności zarzutów Odwołującego z zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazał, iż zaistniały okoliczności uzasadniające wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zarzut opart na niepodanych w ofercie stawkach, i wartościach jednostkowych, które nie stanowią istotnych części składowych oferty.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na oferowanie usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, Wartość podana w ofercie w poz. 1.33 i 1.51 nie oznacza że usługi te oferowane są poniżej kosztów ich wytworzenia, lecz ich wartość wynika np. z zastosowanych rabatów przez podwykonawców w związku ze stałą współpracą podmiotów. W ocenie Izby jest to typowa praktyka występująca w obrocie gospodarczym między podmiotami, oparta na zasadach konkurencyjnych, której celem nie jest eliminacja innych przedsiębiorców. Podkreślenia wymaga również, że Odwołujący nie przywołał żadnej argumentacji, na potwierdzenie tego, z czego wywodzi, iż otrzymany przez Przystępującego od podwykonawców rabat ma służyć eliminacji innych przedsiębiorców.

Wobec powyższego powyższe zarzuty nie mogły zostać uwzględnione.

W okolicznościach niniejszej sprawy, nie został również potwierdzony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba nakazała zwrot kwoty 5 000 zł 00 gr stanowiącej wartość nadpłaconego wpisu. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Odwołujący winien wnieść wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr natomiast wniósł wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr. Zatem zwrócenie Odwołującemu kwoty 5 000 zł 00 gr jako kwoty, która nie stanowi wartości wymaganego wpisu jest zasadne.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....