

Sygn. akt: KIO 2360/22

WYROK

z dnia 22 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Osiecka-Baran
Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2022 r. przez wykonawcę **Gnom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**, prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, **Z. U. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Makowie Mazowieckim i K. Ł.**, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **PHU ZAK K. Ł. w Regiminie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Piotrkowie Trybunalskim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Gnom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gnom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Gnom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

I. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie; dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 3 zadania: Zadanie nr 1 – Rejon w Płocku, Zadanie nr 2 – Rejon w Siedlcach, Zadanie nr 3 – Rejon w Zwoleniu”, nr referencyjny O/WA.D-3.2421.23.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 076-208047 w dniu 19 kwietnia 2022 r.

W dniu 9 września 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę Gnom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 110 ust. 1, 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 111 pkt 6 Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Z. U. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Makowie Mazowieckim i K. Ł., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PHU ZAK K. Ł. w Regiminie (dalej: Konsorcjum Abramss), która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, który nie wykazał skutecznie i nie udowodnił przesłanek warunkujących zastosowanie tzw. instytucji „samooczyszczenia”, co powinno doprowadzić Zamawiającego do oceny, że podjęte przez wykonawcę czynności nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności,

2) art. 224 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum Abramss do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych

części składowych ceny w zakresie zadania nr 1, pomimo iż wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego;

3) art. 16 pkt 1 i 2) Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości postępowania.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Abramss jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania nr 1;

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu w zadaniu nr 1, a w jej wyniku:

1) odrzucenia oferty Abramss, a w przypadku uznania, że nie ma do tego podstaw,

2) wezwania Abramss do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego Konsorcjum Abramss (dalej również: Przystępujący) skutecznie zgłosiło przystąpienie po stronie Zamawiającego, a wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Piotrkowie Trybunalskim – po stronie Odwołującego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie zarzutu dotyczącego niewystarczającego „samooczyszczenia”, dokonanego przez Konsorcjum Abramss, ustaliła co następuje.

1. W rozdziale 9 pkt 9.2. ppkt 10) tom I Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW), stanowiącego część Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), Zamawiający postanowił, że z postępowania wykluczy 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.

2. Konsorcjum Abramss wraz z ofertą złożyło Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (dalej: JEDZ), podpisany przez pełnomocnika konsorcjum, Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: Abramss). W sekcji dotyczącej „wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania” oraz w sekcji dotyczącej „podstaw wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym” wpisano „TAK”.

3. Do formularza JEDZ Abramss załączył dokument, w którym oświadczył, że zachodzi w stosunku do niego podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, równocześnie opisując przeprowadzoną przez niego procedurę „samooczyszczenia” zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy. Wykonawca wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem. Wskazał, że w dniu 21 marca 2022 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach w postępowaniu, którego przedmiotem było „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach z podziałem na 2 części” wykluczyła wykonawcę Abramss z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 Prawa zamówień publicznych. Ówczesny zamawiający stwierdził, że wykonawca wraz z ofertą złożył wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu umowy, w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert. Wykonawca w załączonym do oferty wykazie osób ograniczył się jedynie do wskazania miejsca pracy osób skierowanych do pełnienia wyznaczonych funkcji. W ocenie zamawiającego tak sporządzony wykaz osób powinien być zostać uzupełniony, w związku z czym zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu, które to zostało dokonane w wyznaczonym terminie. Zamawiający powziął wątpliwości co do okoliczności wskazanych w uzupełnionym wykazie tj. okresów zatrudnienia i pełnionych funkcji przez wskazaną przez wykonawcę osobę. W związku z zaistniałymi wątpliwościami zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 21 lutego 2022 r. Wykonawca nie złożył wymaganych wyjaśnień w terminie, w konsekwencji czego zamawiający zdecydował o konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wykonawca Abramss przyznał, że wprowadził zamawiającego w błąd co do przedstawienia ww. informacji i powinien upewnić się, czy deklarowany w oświadczeniach i dokumentach stan faktyczny (dotyczący m.in. okresów zatrudnienia i pełnionych funkcji) odpowiada prawdzie, a czego zaniechał uczynić.

4. Abramss opisał podjęte środki naprawcze:

- 1) zakończenie współpracy z osobami, w stosunku do których informacje okazały się być nieprawdziwe,
- 2) wprowadzenia systemu weryfikacji ekspertów branżowych, na których doświadczenia wykonawca ma zamiar się powoływać, polegające na obligatoryjnym żądaniu udokumentowania określonego doświadczenia/wiedzy/uprawnień przez podmiot trzeci,
- 3) wprowadzenia systemu weryfikacji poprawności składania ofert, oświadczeń, podmiotowych środków dowodowych oraz przedmiotowych środków dowodowych, a także wszelkiej innej dokumentacji przedkładanej w ramach postępowań przetargowych, we własnej organizacji poprzez tworzenie specjalnych trzyosobowych zespołów na potrzeby każdego postępowania przetargowego.

5. Na potwierdzenie ww. okoliczności Abramss przedstawił trzy dokumenty: dwa oświadczenia Abramss oraz „Uchwałę nr 1/2022 Zgromadzenia Wspólników Abramss sp. z o.o. z dnia 1 kwietnia 2022 r. w sprawie powołania stałego Zespołu ds. przygotowywania i składania ofert w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego”. Z oświadczenia z dnia 1 kwietnia 2022 r., złożonego przez Prezes Zarządu Panią J. B., wynika, że „z dniem 1 kwietnia 2022 r. Abramms kończy współpracę z Panem A. P.”.

6. Zamawiający zaakceptował oświadczenia załączone przez Przystępującego do oferty, i nie wykluczył go z postępowania.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie. Twierdził, że analiza wyżej opisanych wyjaśnień oraz dokumentów przedłożonych przez Abramss nie pozwala na stwierdzenie jakoby Abramss udowodnił Zamawiającemu w myśl art. 110 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, że spełnił łącznie wszystkie przesłanki określone w hipotezie art. 110 ust. 2 Prawa zamówień publicznych do skutecznego zastosowania instytucji „self-cleaningu”. W szczególności, w ocenie Odwołującego, Abramss nie wykazał, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, z dokumentów nie wynika, jakoby Abramss zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. W szczególności, w opinii Odwołującego, nie pozwala na takie twierdzenie lakoniczna treść oświadczenia z dnia 1 kwietnia 2022 r., złożonego przez Prezes Zarządu Panią J. B., zgodnie z którym „z dniem 1 kwietnia 2022 r. Abramms kończy współpracę z Panem A. P., który był przewidziany do pełnienia funkcji Kierownika ds. utrzymania dróg”. Odwołujący podnosił, że jest to oświadczenie własne Abramss, które może być przedstawione na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie wiadomo natomiast na jakich zasadach była nawiązana współpraca z Panem A. P., na

podstawie jakiego tytułu (jaki był to rodzaj umowy), a już na pewno nie sposób stwierdzić, iż przedmiotowe oświadczenie stanowi wypowiedzenie umowy/współpracy z Panem P.. Oświadczenie nie jest kierowane do Pana P., abstrahując od tego, że Abramss nie przedstawił praktycznie żadnych dokumentów potwierdzających faktyczne zakończenie współpracy z ww. osobą (nie ma nawet żadnego dowodu nadania takiego oświadczenia do Pana P.). Niemniej jednak, jak można się domyślić z treści wyjaśnień, wyżej wskazane oświadczenie dotyczy wyłącznie osoby, która została wskazana w wykazie osób jako Kierownik ds. utrzymania dróg, która została skierowana przez podmiot trzeci udostępniający zasoby Abramss w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA w Kielcach. Budzi to zatem uzasadnione wątpliwości, czy rzeczywiście Abramss podjął skuteczne środki zaradcze i zerwał wszelkie powiązania z osobami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy.

Odwołujący podnosił, że Abramss powinien był zweryfikować samodzielnie prawdziwość składanych przez inne osoby zapewnień, które są wpisywane do wykazu osób. Takiej weryfikacji powinny dokonywać osoby znajdujące się w strukturze organizacyjnej Abramss, a mianowicie osoby zajmujące się przygotowaniem i składaniem ofert w Abramss. Argumentował, że przecież podmiot trzeci nie tworzy oferty, a już na pewno nie osoba pełniąca funkcję Kierownika ds. utrzymania dróg. Zauważyć należy, że Abramss nie wskazuje takiej osoby i nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających zakończenie współpracy z taką osobą (tym samym informacje wskazane w treści samooczystwienia są niekompletne i niewyczerpujące w myśl art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp).

Odwołujący zauważał, że osoby podpisujące dokumenty w imieniu spółki, biorą przecież odpowiedzialność za składane w imieniu spółki oświadczenia. Tymczasem Abramss nie przedstawił żadnego dokumentu (w tym nawet oświadczenia własnego), że zakończył współpracę z takimi osobami. Wręcz przeciwnie, z przedłożonej Uchwały nr 1/2022 Zgromadzenia Wspólników Abramss sp. z o.o., wynika, że w skład stałego zespołu ds. przygotowywania i składania ofert w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego została powołana Pani Prezes Zarządu J. B., która zgodnie z powszechnie dostępnymi danymi (odpisem pełnym z Krajowego Rejestru Sądowego), pełniła tę funkcję również w czasie wykluczenia Abramss sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez GDDKiA w Kielcach.

Odwołujący zwracał uwagę na treść drugiego oświadczenia własnego Abramss z dnia 1 kwietnia 2022 r. stanowiącego de facto głośne zapewnienie (a już na pewno nie można poczytać takiego dokumentu jako dowód na okoliczność rzetelności), że spółka w ramach przygotowanych i składanych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie dokonywała bardziej wnikliwej weryfikacji potencjalnych podmiotów trzecich. Odwołujący podnosił, że tego rodzaju weryfikacja powinna być standardem

u wykonawców składających oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, którzy są przecież profesjonalistami. Od takich podmiotów wymaga się dołożenia należytej staranności w prowadzeniu spraw związanych z działalnością gospodarczą. Nie jest to zatem, w ocenie Odwołującego, jakiś szczególny środek techniczny, organizacyjny czy też kadrowy, który odpowiednio zapobiegałby w przyszłości podobnym sytuacjom. Tego rodzaju oświadczenie spółka może wytworzyć w każdym czasie i przedstawić na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego, wymowne jest również to, iż w trzecim dokumencie - uchwale zgromadzenia wspólników, Abramss powołując „zespół zadaniowy” w celu zapewnienia poprawności, terminowości i spójności w procesie przygotowywania i składania ofert, nie wskazuje w punkcie 3., kto dokładnie ma wchodzić w skład takiego zespołu (nie podano imienia i nazwiska tejże osoby), lecz poprzestaje wyłącznie na sformułowaniu: „pracownik ds. zamówień publicznych”. Nie wiadomo zatem, czy osoba ta dawałaby rękojmię „zapewnienia poprawności, terminowości i spójności w procesie przygotowywania i składania ofert”. Równie dobrze może być to wadliwej, która wcześniej była pracownikiem ds. zamówień publicznych biorącym udział w przygotowaniu „wadliwej” oferty skutkującej koniecznością wykluczenia wykonawcy Abramss z postępowania prowadzonego przez GDDKiA w Kielcach. Już sam brak tego rodzaju informacji, nie pozwala na zweryfikowanie, czy rzeczywiście zerwano wszelkie powiązania z osobami i podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, a już na pewno nie wiadomo czy w ogóle poczyniono jakiegokolwiek faktyczne czynności w stosunku do personelu Abramss odpowiedzialnego za sporządzenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez GDDKiA w Kielcach.

Dodatkowo Odwołujący zgłaszał wątpliwości co do mocy prawnej i skuteczności przedłożonego dokumentu zatytułowanego „uchwała zgromadzenia wspólników”. Nie wiadomo w szczególności, czy zgromadzenie wspólników zostało zwołane zgodnie z przepisami kodeksu spółek handlowych z odpowiednim wyprzedzeniem (zgodnie z art. 238 k.s.h.), kto w nim faktycznie uczestniczył i czy zostało podjęte zgodnie z umową spółki (nie przedstawiono listy obecności, dokumentów potwierdzających zwołanie takiego zgromadzenia, umowy spółki umożliwiającej zweryfikowanie, czy uchwała została podjęta skutecznie). Natomiast z danych widniejących w rejestrze przedsiębiorców KRS spółki Abramss wynika, iż spółka posiada więcej niż jednego wspólnika. Tymczasem przedłożony dokument zawiera podpis wyłącznie Pani J. B. (nie przedłożono listy obecności, protokołu zgromadzenia, potwierdzenia wysłania zawiadomienia o Zgromadzeniu Wspólników itp.).

Zdaniem Odwołującego, Abramss nie sprostął ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 110 ust. 2 Pzp i nie udowodnił, że spełnił łącznie wszystkie przesłanki do wykazania

jego rzetelności oraz, że przedstawione przez Abramss środki są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Abramss na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 110 ust. 1, 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 111 pkt 6 Pzp która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i który nie wykazał skutecznie i nie udowodnił przesłanek warunkujących zastosowanie tzw. instytucji „samooczyszczenia”, co powinno doprowadzić Zamawiającego do oceny, że podjęte przez wykonawcę czynności nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, wykonawca podlega wykluczeniu, jeżeli 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. Z kolei zgodnie z art. 110 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wykonawca nie podlega wykluczeniu w powyższych okolicznościach, 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.

Dla rozstrzygnięcia zarzutu postawionego przez Odwołującego konieczne było ustalenie, czy dokumenty i oświadczenia przedstawione przez wykonawcę Abramss spełniają łącznie przesłanki wymienione w wyżej przywołanym przepisie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie można czynić zarzutu, że procedura samooczyszczenia jest oparta o dokumenty własne wykonawcy Abramss. Nie można mieć wątpliwości, że „self-cleaning” jest procedurą autonaprawczą, przeprowadzaną samodzielnie przez wykonawcę, u którego nastąpił, nazywając to ogólnie, incydent, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych. Można dywagować, że incydenty te mogą być różnej wagi (co czynił Odwołujący na rozprawie), jednak art. 110 ust. 2 nie uzależnia procedury samooczyszczenia od „wagi” incydentu, lecz jedynie od skuteczności (wypełnienia przesłanek z art. 110 ust. 2 Prawa zamówień publicznych) środków naprawczych. Trzeba więc wnioskować, że intencją ustawodawcy było, aby bez względu na wagę i rodzaj incydentu, wymienionego w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Prawa zamówień publicznych, który zaistniał u wykonawcy, można zapobiec wykluczeniu z postępowania, jeżeli podejmie się odpowiednie środki zaradcze, które wyeliminują (przynajmniej ograniczą możliwość) powstawania analogicznych incydentów w przyszłości.

W ocenie składu orzekającego Abramss podjął skuteczną – adekwatną do zaistniałego wcześniej incydentu – procedurę naprawczą, mającą zapobiegać wystąpieniu podobnych incydentów w przyszłości. W innym postępowaniu wykonawca Abramss podał nieprawdziwe informacje. Elementem procedury samooczyszczenia jest przyznanie się do błędu i szczegółowe opisanie zaistniałych okoliczności, zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, co w ocenie Izby Przystępujący uczynił w załączonych do oferty formularzu JEDZ i innych dokumentach. Abramss opisał również w sposób wystarczający i adekwatny do zaistniałej sytuacji, środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych: zerwał współpracę z osobą, która podała nieprawdziwe informacje, zreorganizował personel, wdrożył odpowiedni system sprawozdawczości i kontroli.

W ocenie składu orzekającego, oświadczenie Abramss o „zerwaniu współpracy” z osobą, która podała nieprawdziwe informacje, jest wystarczające. Oświadczenie to nie musi, wbrew oczekiwaniom Odwołującego, precyzować rodzaju współpracy, która nie będzie podejmowana. Przepis art. 110 ust. 2 pkt 3 lit a Prawa zamówień publicznych mówi o „wszelkich powiązaniach”, a w pojęciu „współpraca” mieszczą się powiazania jakiegokolwiek rodzaju, formalne i nieformalne. Trudno też zaakceptować wywody Odwołującego, że oświadczenie o zerwaniu współpracy powinno być czynnością prawną dwustronną. Wydaje

się, że zupełnie wystarczające jest wyrażenie woli w tym zakresie w dowolny sposób (choć dla celów dowodowych pożądana jest forma pisemna) i faktyczne wykonywanie takiej woli (choćby przez nieodbieranie telefonów, brak odpowiedzi na wiadomości itd.).

Nie można się nie zgodzić z Odwołującym, że to Abramss „powinien był zweryfikować samodzielnie prawdziwość składanych przez inne osoby zapewnień, które są wpisywane do wykazu osób. Takiej weryfikacji powinny dokonywać osoby znajdujące się w strukturze organizacyjnej Abramss, a mianowicie osoby zajmujące się przygotowaniem i składaniem ofert w Abramss”. Słuszny również jest argument, że tego rodzaju procedury u wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia powinny być standardem. Jednak tego rodzaju argumenty nie mogą deprecjonować aktualnej procedury samonaprawczej wprowadzonej Abramss. Skoro okazało się, że podejmowane wcześniej środki były niewystarczające, to wprowadzenie nowych rozwiązań powinno być bardziej efektywne.

Odwołujący postulował zmianę zarządu Abramss – z jego argumentacji wynika, że uważa to za element konieczny skutecznej procedury self-cleaning. Jednak z żadnego przepisu Prawa zamówień publicznych nie wynika, że konieczna jest zmiana zarządu spółki. Wszak w każdej sytuacji, kiedy w ofercie podano nieprawdziwe informacje, za ostateczną treść oferty odpowiedzialność podnosi zarząd spółki. Z dokumentów przedstawionych przez Abramss wynikało, że czynności naprawcze są skupione na wzmożonej weryfikacji i kontroli informacji podawanych w ofertach. Stąd powołanie stałego zespołu ds. przygotowywania i składania ofert w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przedłożonej (Uchwała nr 1/2022 Zgromadzenia Wspólników Abramss sp. z o.o.), w skład którego wchodzi Pani Prezes Zarządu J. B., która zgodnie z powszechnie dostępnymi danymi (odpisem pełnym z Krajowego Rejestru Sądowego), pełniła tę funkcję również w czasie wykluczenia Abramss sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez GDDKiA w Kielcach.

Zdaniem Odwołującego, wadą procedury samooczyszczenia Abramss jest również to, iż w trzecim dokumencie - uchwale zgromadzenia wspólników, Abramss powołując „zespół zadaniowy” w celu zapewnienia poprawności, terminowości i spójności w procesie przygotowywania i składania ofert, nie wskazuje, kto dokładnie ma wchodzić w skład takiego zespołu (nie podano imienia i nazwiska tejże osoby), lecz porzestaje wyłącznie na sformułowaniu: „pracownik ds. zamówień publicznych”. Jednak w ocenie składu orzekającego taka argumentacja jest wbrew jasnym wytycznym art. 110 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, gdzie mowa o reorganizacji, wdrożeniu systemu, utworzeniu struktur – a więc stworzeniu odpowiednich algorytmów postępowania; powołanie zespołu zadaniowego odpowiada takiego rodzaju wytycznym. Gdyby wskazano konkretną – z imienia i nazwiska, zgodnie z postulatami Odwołującego – osobę, można byłoby z kolei zarzucać,

że system naprawczy załamał się, gdy umowa o pracę z tą konkretną osobą zostanie rozwiązana.

Odwołujący zgłaszał również wątpliwości co do mocy prawnej i skuteczności uchwały zgromadzenia wspólników: podnosił, że nie wiadomo w szczególności, czy zgromadzenie wspólników zostało zwołane zgodnie z przepisami kodeksu spółek handlowych z odpowiednim wyprzedzeniem (zgodnie z art. 238 k.s.h.), kto w nim faktycznie uczestniczył i czy zostało podjęte zgodnie z umową spółki (nie przedstawiono listy obecności, dokumentów potwierdzających zwołanie takiego zgromadzenia, umowy spółki umożliwiającej zweryfikowanie, czy uchwała została podjęta skutecznie).

Wydaje się, że tego rodzaju argumenty Odwołujący podnosi wyłącznie dla polemiki. Co do skuteczności podjętej uchwały - Odwołujący nie podał żadnych powodów, aby kwestionować jej legalność i prawidłowość. Izba nie dopatrzyła się konieczności załączenia do uchwały potwierdzeń prawidłowego zwołania zgromadzenia wspólników, listy obecności itd. O ile nie pojawiają się żadne wątpliwości co do dokumentu, nie ma powodów do dalszej weryfikacji. Gdyby przyjąć odmienny pogląd, każdorazowa weryfikacja jakiegokolwiek dokumentu mogłaby posuwać się do absurdalnych granic (np. trzeba byłoby badać, czy osoba, która podpisała dokument, miała pełną zdolność do czynności prawnych itp.).

Reasumując, Izba nie znalazła żadnych podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 110 ust. 1, 2 i ust. 3 w zw. z art. 111 pkt 6 Prawa zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Abramss. W ocenie Izby Konsorcjum Abramss wykazało, że procedura samooczyszczenia została skutecznie przeprowadzona, zgodnie z art. 110 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucał również naruszenie art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum Abramss do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny w zakresie zadania nr 1, pomimo iż wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego.

W tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

1. W ofercie należało wycenić różne grupy prac, m. in. grupę prac nr 1 – w zakresie nawierzchni.

2. Wycena tej grupy prac przez Przystępującego w jego ofercie jest na poziomie wyceny z kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego (co zasadniczo nie było sporne; Przystępujący zawarł takie porównanie w zestawieniu - dowodzie przedstawionym na rozprawie, a Odwołujący go nie zakwestionował).
3. Zamawiający zaakceptował wycenę Przystępującego, tymczasem zdaniem Odwołującego powinien być go wezwać w tym zakresie do wyjaśnień.

Odwołujący argumentował, że niewątpliwie istotną częścią składową ceny ofertowej w przedmiotowym postępowaniu jest wycena dotycząca grupy prac nr 1 w zakresie nawierzchni. Odwołujący porównywał wycenę Przystępującego z wyceną w innych ofertach złożonych w postępowaniu. I tak: grupa tych prac w ofercie Odwołującego wynosi 43 546 000,00 zł, w ofercie Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. (dalej „PRD-M”) wyniosła 36 376 087,00 zł, w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Polbud Partners sp. z o.o., Romil sp. z o.o., Wegarten sp. z o.o., Wegarten BAU sp. z o.o. wyniosła 35 922 392 zł, a w ofercie Przystępującego – 27 990 350,00 zł. Zdaniem Odwołującego powyższe porównanie oraz okoliczność, że grupa prac nr 1 to najistotniejsza (najdroższa) pozycja cenowa w każdej ze złożonych ofert bez wątpienia prowadzi do konieczności wezwania Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Ponieważ Odwołujący nie przedstawił żadnej przekonującej argumentacji na poparcie stawianego przez siebie zarzutu, zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych podlegał oddaleniu.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący twierdził, że oferta Przystępującego jest niedoszacowana, jednak nie oparł swoich wyliczeń na żadnych środkach dowodowych. Przedstawił jedynie ofertę swojego kontrahenta na wycenę mas bitumicznych i zauważał, że w innych postępowaniach Przystępujący na analogiczne nawierzchnie oferuje wyższe ceny. Powyższe dowody w ocenie składu orzekającego nie są w żaden sposób wystarczające: okoliczność, że Odwołującemu zaoferowano wycenę mniej korzystną, niż innym wykonawcom biorącym

udział w postępowaniu (jego oferta w zakresie grupy prac obejmujących nawierzchnię jest najdroższa spośród ofert złożonych w postępowaniu) nie może przesądzać o tym, że inni wykonawcy nie mogli otrzymać od swoich kontrahentów korzystniejszych, niż Odwołujący, wycen. Przystępujący może w innych postępowaniach oferować inne ceny – cena zależy od wielu czynników, m.in. od czasu (daty) złożenia oferty, a w tym wypadku również – od miejsca realizacji zamówienia/położenia zakontraktowanej wytwórni mas bitumicznych.

Faktem notoryjnie znanym jest to, że obecnie ceny materiałów budowlanych rosną. Jednak sama ta okoliczność nie może przesądzać o konieczności wezwania Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Wycena Przystępującego koresponduje z wyceną zawartą w kosztorysie inwestorskim Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił przekonujących dowodów, a nawet nie wzbudził wątpliwości, że za cenę podaną w ofercie Przystępującego nie da się zrealizować przedmiotu zamówienia. Reasumując, nie było podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z podnoszonych zarzutów, nie było również postaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości postępowania.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....