

**WYROK**  
**z dnia 21 czerwca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2021 r. przez odwołującego Ciepłownik Ekoinwestycje Sp. z o.o. Sp. k. w Plewiskach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. w Poznaniu przy udziale wykonawcy ADEXBUD Przedsiębiorstwo Montażowo Budowlane Sp. z o.o. Sp. k. w Obornikach przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - 1.2. wykluczenie z postępowania wykonawcy ADEXBUD Przedsiębiorstwo Montażowo Budowlane Sp. z o.o. Sp. k. w Obornikach, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
  - 1.3. powtórzenie badania i oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie oddać odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/4 obciąża zamawiającego Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. w Poznaniu oraz w części 3/4 odwołującego Ciepłownik Ekoinwestycje Sp. z o.o. Sp. k. w Plewiskach i:
  - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Ciepłownik Ekoinwestycje Sp. z o.o. Sp. k. w Plewiskach tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego Zarządu Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. w Poznaniu na rzecz odwołującego Ciepłownik Ekoinwestycje Sp. z o.o. Sp. k. w Plewiskach kwotę 404,00 zł (czterysta cztery złote) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020) 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**

### **wyroku z dnia 21 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 1345/21**

Zamawiający – Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. ul. Matejki 57, 60-770 Poznań, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa i remont budynków wielorodzinnych Kilińskiego 4 i Kilińskiego 5”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 grudnia 2020 r. pod numerem 772420-N-2020, zwane dalej „postępowaniem”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 5 maja 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Ciepłownik Ekoinwestycje Sp. z o.o. Sp. k. ul. Grunwaldzka 475, 62-064 Plewiska (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 dawnego PZP w związku z art. 22d ust. 1 i z art. 26 ust. 3 dawnego PZP, w związku z art. 22a ust. 1 i 3 dawnego PZP tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na wielokrotnym wzywaniu wykonawcy Adexbud Przedsiębiorstwo Montażowo Budowlane Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Obornikach (dalej: „wykonawca Adexbud” lub „Wybrany Wykonawca”) do uzupełnień oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania przez Wybranego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz uznaniu, że Wybrany Wykonawca podołał wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego na dysponowaniu wymaganym doświadczeniem podmiotu trzeciego mimo niezłożenia przez Wybranego Wykonawcę wymaganych dokumentów lub oświadczeń w tym zakresie;
2. art. 7 ust. 1 dawnego PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) i z art. 22d ust. 1 dawnego PZP oraz art. 26 ust. 3 dawnego PZP polegające na zaniechaniu wykluczenia Adexbud z postępowania, mimo że ten wykonawca nie podołał wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17) dawnego Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia Wybranego Wykonawcy, mimo przedstawienia przez Wybranego Wykonawcę nieprawdziwych informacji na potwierdzenie wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dot. doświadczenia,

czym wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dot. doświadczenia, co oczywiście miało wpływ na podjętą przez Zamawiającego decyzję co do dysponowania przez Wybranego Wykonawcę wymaganą zdolnością techniczną lub zawodową dot. wymaganego doświadczenia;

4. art. 7 ust. 1 dawnego PZP w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 dawnego PZP, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu lub niedokonaniu należytego badania treści wyjaśnień złożonych przez Wybranego Wykonawcę w efekcie zaniechaniu odrzucenia oferty tego Wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę jego oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzają złożone wyjaśnienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy Adexbud z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej warunku doświadczenia oraz z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, czym wprowadził zamawiającego w błąd i co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Wniesiono również o odrzucenie oferty wykonawcy Adexbud z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz powtórzenie badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego. Odwołujący zażądał także zasądzenia od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami dojazdu na rozprawę według norm przepisanych.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący przywołał stan faktyczny sprawy i wskazał co następuje. W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołujący podniósł, iż w efekcie uznania przez zamawiającego odwołania z 3 marca 2021 r., gdzie jednym z dwóch zarzutów było niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Adexbud, zamawiający wezwał Adexbud, w trybie art. 22a ust. 6 p.z.p., do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. ponowne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez zastąpienie podmiotów, na których zasoby wykonawca powołuje się w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt 11.1. ppkt 3 lit. a) SIWZ, innym podmiotem lub zobowiązanie się od osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże zdolności techniczne lub zawodowe, o których mowa w pkt 11.1. ppkt 3 lit. a) SIWZ. W wezwaniu zamawiający jasno sprecyzował, że przyczyną ponownego wezwania było niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niedostateczne deklarowane zaangażowanie podmiotów trzecich, na których zasób

doświadczenia pierwotnie powołał się wykonawca Adexbud. W wyznaczonym terminie, tj. 7 kwietnia 2021 r. Adexbud przedstawił oświadczenie, z którego wynikało, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, zamierza oprzeć się na potencjale nowego podmiotu trzeciego w osobie Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu. Tym niemniej, w ramach tego uzupełnienia wykonawca nie zdołał wykazać spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia w zakresie przesłanek opisanych w art. 24 ust. 1 p.z.p., bowiem nie przedstawił wymaganego zapisem pkt 13.7. SIWZ wykazu robót budowlanych według załącznika nr 6 do SIWZ oraz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania przez nowy podmiot trzeci. W dniu 16 kwietnia 2021 r. zamawiający po raz kolejny (drugi) wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca po raz drugi uzupełnił dokumenty w postępowaniu 20 kwietnia 2021 r., przedstawiając m.in. brakujący wykaz robót. Wykonawca nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu w odniesieniu do nowego podmiotu trzeciego.

W ocenie odwołującego wykonawca Adexbud nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia z pkt 11.1. ppkt 3) lit. a) SIWZ, ponieważ nie złożył w wyznaczonym przez zamawiającego terminie do uzupełnienia dokumentów, tj. do 7 kwietnia 2021 r., wymaganego w tym celu, zgodnie z pkt 13.7 SIWZ, wykazu robót, który również na podstawie § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest właściwym dowodem potwierdzającym doświadczenie wykonawcy. Tego oświadczenia nie może zastąpić inny dokument, choćby referencje, które w świetle ww. rozporządzenia stanowią wyłącznie dowód tego, że wskazane w wyrazie roboty referencyjne zostały wykonane należycie. Natomiast wykaz robót uzupełniony przez wykonawcę 20 kwietnia 2021 r. nie może zostać uznany za prawidłowy, bowiem został on złożony po terminie wyznaczonym na 7 kwietnia 2021 r. Nie zmienia niedopuszczalnego charakteru tego uzupełnienia okoliczność, że zamawiający po raz kolejny wezwał wykonawcę do uzupełnień i wyznaczył nowy termin z powołaniem się w wezwaniu na art. 26 ust. 3 p.z.p.

Zgodnie z ustaloną i jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie może naruszyć zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnień. Art. 22a ust. 6 p.z.p. nie stanowi odrębnej instytucji wobec przewidzianego w art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwania do uzupełnienia dokumentów, co potwierdza wyrok Izby z 29 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 1434/20. Skoro w postępowaniu wykonawca Adexbud nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczenia przez nowy podmiot trzeci - Invest House Plus Sp. z o.o. Sp.k., nie podołał wykazaniu, że nowy podmiot trzeci, na zasobach którego polega celem

wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 p.z.p. Zaś zamawiający bezpodstawnie uznał, że wykonawca podołał wykazaniu spełniania warunków udziału postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w oparciu o zasób nowego podmiotu trzeciego na podstawie art. 22a ust. 2 lit. b w zw. z art. 22a ust 3 p.z.p.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołujący stwierdził, że skoro wykonawca Adexbud nie złożył wykazu robót wraz z referencjami oraz nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu przez podmiot trzeci - Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu, na zasoby którego powołał się w postępowaniu celem wykazania spełniania ww. warunku udziału, o czym była mowa wyżej, to w tych okolicznościach nie można uznać, że wykonawca podołał wykazaniu spełniania warunków udziału postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w oparciu o zasób podmiotu trzeciego na podstawie art. 22a ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 2 p.z.p. Zamawiający powinien bezwzględnie wykluczyć wykonawcę Adexbud z postępowania, czego nie zrobił był, naruszając tym samym przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Zarzut nr 3 uzasadniono w sposób następujący. Konstruując wymóg udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dot. doświadczenia ujawniony zapisem pkt 11.1. ppkt 3) lit. a) SWIZ zamawiający wymagał wykazania się przez ubiegających się o przedmiotowe zamówienie wykonawców doświadczeniem polegającym na wykonaniu zamówienia odpowiadającego swojemu przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj. wykonał co najmniej jedną przebudowę lub jeden remont budynku o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto obejmujący branże: ogólnobudowlaną, wodno-kanalizacyjną, elektryczną (...). W tym zakresie wykonawca Adexbud w ofercie powołał się na zasób podmiotu trzeciego Work-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz wskazał wykonanie referencyjne polegające na wykonaniu robót budowlanych na rzecz zamawiającego Poz-Bruk Sp. z o.o. Sp. j. w Teolinie o wartości robót 5 400 000,00 zł netto.

Odwołujący uzyskał od podmiotu, na rzecz którego przedmiotowe roboty referencyjne zostały wykonane informację dotyczącą przedmiotu robót referencyjnych, z której wynika, że zakres robót obejmował budowę nowej hali produkcyjnej o powierzchni 4 444,40 m<sup>2</sup> wraz z niezbędną infrastrukturą oraz przebudowę istniejącego budynku produkcyjnego obejmującą powierzchnię 1 320,49 m<sup>2</sup>. Ponadto z załączonych dokumentów w postaci ogłoszenia o zamówieniu z Bazy Konkurencyjności opublikowanego 8 maja 2018 r. pn. Generalne wykonawstwo budowy hali produkcyjnej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz adaptacji obecnej hali wynika, że przedmiotem zamówienia, z którego Work-Bud Sp. z o.o. przedstawił referencje, było wykonanie robót budowlanych o obejmujących budowę nowej hali wraz z niezbędną infrastrukturą oraz przebudowę istniejącego budynku produkcyjnego zgodnie z dokumentacją projektową. Ponadto zawarty w ogłoszeniu opis zamówienia

w zakresie przebudowy istniejącej hali precyzował: Przebudowa obecnej hali obejmuje powierzchnię 1 320,49 m<sup>2</sup> - polegać będzie w szczególności wykuciu otworów w ścianie na połączenie z projektowaną rozbudową, zamurowaniu otworu po bramie, dostosowaniu odwodnienia dachu, wykonaniu posadzki (dowód: pismo odwołującego przekazanie zamawiającemu z 14 kwietnia 2021 r. wraz z załącznikami).

Biorąc pod uwagę powyższe zdaniem odwołującego nieprawdopodobne jest, aby roboty polegające na przebudowie hali produkcyjnej o powierzchni 1 320,49 m<sup>2</sup> w ww. organicznym zakresie były warte więcej niż budowa czy rozbudowa hali produkcyjnej o powierzchni 4 444,40 m<sup>2</sup> i pochłaniały prawie 4/5 kosztów całości zadania o wartości 5 400 000,00 zł. Co istotne, w opisie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu zamawiający wprost nawiązał do pojęć zdefiniowanych na gruncie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 2020 r., poz. 1333 ze zm.), tj. pojęcia remontu i przebudowy, których elementem istotnym, wyróżniającym jest wykonywanie ich w obrębie istniejącego budynku, bez zmiany jego charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji (art. 3 pkt 7a i 8 p.b.). Natomiast rozbudowa została zakwalifikowana do definicji pojęcia budowy określonej w art. 3 pkt 6 p.b., której efektem jest wykonanie w jakimś zakresie nowego obiektu budowlanego (budynku) lub jego elementu, co wiąże się ze zmianą jego charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Wskazując więc referencyjną robotę wykonawca Adexbud wprowadził zamawiającego w błąd co do wartości parametru wymaganego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem roboty budowlane polegające na przebudowie lub remoncie istniejącego obiektu w ramach wykonania referencyjnego podmiotu trzeciego Work-Bud Sp. z o.o. nie osiągnęły minimalnej wartości 4 000 000,00 zł. W błędzie co do tej istotnej okoliczności zamawiający pozostawał od momentu złożenia przez wykonawcę Adexbud oświadczenia w postaci wykazu robót aż do przekazania informacji przez odwołującego, tj. do 14 kwietnia 2021 r. To Adexbud jest odpowiedzialny za przedstawiane przez niego informacje, które winien zweryfikować przed przedstawieniem zamawiającemu w postępowaniu. Brak weryfikacji informacji co do doświadczenia podmiotu trzeciego i przedstawienie ich zamawiającemu jako prawdziwych stanowi co najmniej niedbalstwo obciążające wykonawcę. Tak też Izba w wyroku z 24 lutego 2021 r. sygn. akt: KIO 319/21.

Odwołujący dodał, że nie zgadza się ze stanowiskiem wykonawcy zawartym w wyjaśnieniach z 19 kwietnia 2021 r., jakoby wobec zastąpienia podmiotu, na którego zasoby powołuje się w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, udzielenie odpowiedzi na pytanie w zakresie referencji wystawionych na rzecz Work-Bud Sp. z o.o. nie ma znaczenia na obecnym etapie sprawy. W analogicznym stanie faktycznym

Izba wskazała, co wydaje się oczywiste, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, mogącej mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez instytucję zamawiającą, nie można w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest przedstawienia w złożonym na potrzeby prowadzonego postępowania oświadczeniu lub dokumencie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu (wyrok z 22 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3387/20). Wybrany wykonawca wypełnił swoim działaniem w postępowaniu znamiona bezwzględnej podstawy wykluczenia opisane w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., zatem zamawiający nie wykluczając go na tej podstawie dopuścił się naruszenia ww. przepisu przez zaniechanie jego zastosowania, do czego był obowiązany.

W zakresie ostatniego zarzutu nr 4 odwołujący wskazał, że wykonawca Adexbud nie wykazał zysku, który miałby osiągnąć z realizacji części zamówienia, która jest przedmiotem odwołania, tj. robót budowlanych polegających na przebudowie i remoncie budynku wielorodzinnego przy ulicy Kilińskiego, natomiast treść jego wyjaśnień potwierdza nierealność zaoferowanej ceny w całości, jak i w przeważającej większości ich istotnych części. Już samo zestawienie cen oferty wybranego wykonawcy z cenami wynikającymi z szacunku przedmiotu zamówienia oraz z cenami zawartymi w pozostałych ofertach, złożonych w przetargu, jasno wskazuje, że są one nierynkowe, nierealne w stosunku do przedmiotu zamówienia, natomiast wyjaśnienia i załączone do nich dowody tylko to potwierdzają. Cena oferty wykonawcy Adexbud w zakresie części I zamówienia, stanowiącej przedmiot zaskarżenia niniejszym odwołaniem, wynosi 3 768 699,12 zł brutto; podczas gdy ceny pozostałych 5 ofert znajdują się w zakresie od 5 081 042,24 zł do 6 059 311,59 zł, natomiast średnia arytmetyczna pozostałych realnych ofert wynosi 5 372 711,07 zł. Zupełnie nieistotna w tej skali rozbieżności jest przywoływana przez wykonawcę Adexbud pomoc publiczna w wysokości 48 000,00 zł, którą przyznano mu w ramach tarczy anty kryzysowej na w pierwszej połowie 2020 r. Jest ona tym bardziej nieistotna z uwagi na rozbieżność czasową między jej przyznaniem w 2020 r. a okolicznością, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w 2021 i 2022 r.

W opinii odwołującego za nierealne i nierynkowe należy uznać większość istotnych części składowych ceny oferty, których wyceny wymagał zamawiający w ofercie, tj.:

- instalacja wodociągowa z ceną 5 000,00 zł netto/5 400,00 zł brutto, która jest szesnastokrotnie mniejsza od średniej arytmetycznej dla tej pozycji wszystkich ofert złożonych w przetargu, która wynosi 83 885,59 zł,
- instalacja wod-kan z ceną 50 000,00 zł netto/54 000,00 zł brutto, która jest ponad trzykrotnie mniejsza od średniej arytmetycznej dla tej pozycji wszystkich ofert złożonych w przetargu, która wynosi 164 754,77 zł,



- roboty budowlane c.o. z ceną 10 000,00 zł netto/10 800,00 zł brutto, która jest ponad siedmiokrotnie mniejsza od średniej arytmetycznej dla tej pozycji wszystkich ofert złożonych w przetargu, która wynosi 36 714,13 zł,
- c.o. z ceną 265 000,00 zł netto/286 200,00 zł brutto, która jest o ponad 1/4 mniejsza od średniej arytmetycznej dla tej pozycji wszystkich ofert złożonych w przetargu, która wynosi 389 797,19 zł,
- wentylacja z ceną 10 000,00 zł netto /10 800,00 zł brutto, która jest o ponad 1/3 mniejsza od średniej arytmetycznej dla tej pozycji wszystkich ofert złożonych w przetargu, która wynosi 15 118,81 zł,
- instalacja gazowa z ceną 10 000,00 zł netto /10 800,00 zł brutto, która jest prawie dwukrotnie mniejsza od średniej arytmetycznej dla tej pozycji wszystkich ofert złożonych w przetargu, która wynosi 19 795,76 zł,
- instalacja zewnętrzna i przyłącza z ceną 5 000,00 zł netto/6 150,00 zł brutto, która jest ponad ośmiokrotnie mniejsza od średniej arytmetycznej dla tej pozycji wszystkich ofert złożonych w przetargu, która wynosi 51 089,55 zł,
- instalacja zewnętrzna wodociągowa i przyłącza z ceną 5 000,00 zł netto /6 150,00 zł brutto, która jest ponad trzykrotnie mniejsza od średniej arytmetycznej dla tej pozycji wszystkich ofert złożonych w przetargu, która wynosi 19 810,09 zł,
- instalacja kanalizacji ogólnospławnej zewnętrzna i przyłącza z ceną 5 000,00 zł netto, którą zamawiający wycenił w kosztorysie na kwotę 69 050,20 zł netto, a także przyjęło cenę jednostkową 5 705,55 zł netto za studnię (do wykonania 2 studnie).

Wszystkie wyżej wskazane ceny zostały podane na podstawie oferty podwykonawcy PHU Unifix W. M., bez marży, co świadczy wprost o rażąco niskiej cenie oferty wykonawcy Adexbud. Ponadto, oferta podwykonawcy nie może być uznana jako dowód, ponieważ nie jest ona oparta na żadnym wyliczeniu i zawiera wyłącznie niepopartą żadnymi wyliczeniami czy dowodami kwotę.

Według odwołującego powyższe wskazuje, że zarówno cena oferty wykonawcy Adexbud, jaki i jej istotne składowe są wartościami nierealnymi, wskazującą na brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za daną kwotę i należy odnosić ją do przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wykazał w wyjaśnieniach indywidualnych cech, czy sprzyjających mu wyjątkowo okoliczności, które choćby zbliżały jego cenę do prawdopodobieństwa realności. W połączeniu z brakiem doświadczenia wykonawcy w realizacji tak złożonego przedmiotu zamówienia, jasne jest, że wykonawca nie podołał wymogowi realnego wyliczenia ceny oferty. Natomiast zamawiający ze swojej strony nie podołał ocenie wyjaśnień wykonawcy lub w ogóle zaniechał tego badania. Skutkiem tego pozwolił na konkurowanie o zamówienie wykonawcom, którzy należycie wyliczyli ceny, z wykonawcą niedoświadczonym, który zaoferował cenę nierealnie niską w stosunku do

przedmiotu zamówienia, czym naruszy zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawca.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Adexbud, zarówno w odpowiedzi na pierwotne wezwanie zamawiającego, jak i wyjaśnień uzupełniających odwołujący wskazał, że szczególne okoliczności związane z organizacją robót i kalkulacją zysku podane przez Adexbud w pięciu punktach na pierwszej i drugiej stronie wyjaśnień z 8 lutego 2021 r. są w jego ocenie pozorne lub nieistotne i nie powinny być uznane przez zamawiającego.

Wykonawca Adexbud wskazał na okoliczność sąsiedztwa budynków objętych zamówieniem w ramach dwóch odrębnych części i efekt skali wynikający z założenia, że uzyska zamówienia w zakresie obu części tego zamówienia. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie odrębne części, remonty i przebudowy dwóch budynków mieszkalnych przy ulicy Kilińskiego 4 i Kilińskiego 5, stąd wykonawcy składający oferty na obie części winni uwzględnić ryzyko, że nie uda im się uzyskać zamówienia w zakresie obu części i skalkulować należycie, tj. z zyskiem, oferty dla każdej części zamówienia. Zakładanie osiągnięcia zysku z zamówienia w oparciu o bliżej nieopisany efekt skali, wynikający z optymistycznego założenia, że wykonawca uzyska zamówienie na oba odrębne zadania jest ryzykowny, skoro wykonawca może uzyskać zamówienie tylko w jednej części. Zatem tak założone oszczędności kosztów są niepewne, tym niemniej wykonawca nie podjął nawet próby wykazania, jak efekt skali miałby odnieść skutek przy realizacji zamówienia, tj. jakie oszczędności miałyby wynikać z realizacji obu części zamówienia. Ponadto, w wyjaśnieniach uzupełniających z 25 marca 2021 r. wykonawca zmienił swoje stanowisko co do poczynionych założeń ws. kalkulacji ceny jego oferty oświadczając, że podczas kalkulacji brał pod uwagę sytuację, w której wybór jego oferty będzie dotyczył wyłącznie jednej części zamówienia, czyniąc je niewiarygodnymi.

Dalej wykonawca wskazał na oszczędności w koszcie zajęcia chodnika pisząc, że koszt zajęcia chodnika do prowadzenia robót wynosi 4 zł/m<sup>2</sup>/dzień, dla dwóch budynków konieczne jest zajęcie 144 m<sup>2</sup>, termin wykonania robót wynosi 350 dni zgodnie z PFU. Stąd wykonawca przyjął, że koszt zajęcia chodnika powinien stanowić iloczyn ww. trzech czynników i wynieść 201 600,00 zł. Zaś Adexbud chce tak zorganizować pracę, aby zmniejszyć ten czas do 140 dni, co da oszczędność na poziomie 121 600,00. Według odwołującego samo założenie jest metodycznie prawidłowe, bowiem każdy, mający niejaki doświadczenie, wykonawca będzie dążył od ograniczenia takich kosztów zewnętrznych, jak opłata za zajęcie chodnika lub drogi publicznej przez ograniczenie czasowe tego zajęcia. Jednak nie można uznać, że to skrócenie okresu zajęcia chodnika jest źródłem nadzwyczajnych oszczędności z stosunku do innych ofert, ponieważ żaden doświadczony i racjonalny wykonawca w warunkach konkurencji nie kalkuluje tego elementu swojej oferty

przez założenie, że będzie zajmował chodnik przez cały okres trwania robót, skoro potrzeba zajęcia chodnika wynika tylko z robót elewacyjnych i wykonania przyłączy. Niezasadne byłoby ponoszenie kosztów przekładające się na podniesienie ceny oferty. Przedmiotowy koszt (zajęcia chodnika lub drogi publicznej) kalkuluje się stosownie do skali, zakresu, wymogów technologicznych planowanych robót, możliwego do zaangażowania w nie potencjału kadrowego oraz możliwości skoordynowania/skumulowania robót wymagających zajęcia chodnika w czasie. W ocenie odwołującego roboty wymagające zajęcia chodnika można przeprowadzić przy przedmiotowym zamówieniu w 110 dni, z założeniem ewentualnej tolerancji na poślizgi o dodatkowe 10 dni, zatem maksymalnie w 120 dni, zatem założenie, że Adexbud poniesie koszty za zajęcie chodnika przy realizacji robót tylko za 140 dni, nie może być uznane za źródło osiągnięcia nadzwyczajnych oszczędności w porównaniu do pozostałych ofert, bowiem wykonawca wykazał co najwyżej realne koszty zajęcia chodnika.

Odwołujący podniósł następnie, że Adexbud wskazał jako źródło oszczędności fakt posiadania własnych rusztowań ramowych, kiedy większość przedsiębiorców działających na rynku w branży budowlanej dysponuje własnymi rusztowaniami, stąd fakt ten nie może być uznany za źródło nadzwyczajnych oszczędności wykonawcy Adexbud w porównaniu z ofertami innych wykonawców. Co więcej, niepoprawne metodologicznie jest założenie, że potrzebne będzie dysponowanie rusztowaniami przy wykonaniu tego zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia, tj. przez 350 dni. Zdaniem odwołującego roboty wymagające rusztowań, można zrealizować w okresie 5-6 miesięcy. Zatem przyjęty przez Adexbud okres użytkowania rusztowań przy realizacji zamówienia wynika z braku doświadczenia, braku możliwości zaangażowania odpowiednich sił i środków w sprawną realizację tego rodzaju robót lub z chęci wykazania pozornych oszczędności na potrzeby wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Ponadto, w wyjaśnieniach uzupełniających z 25 marca 2021 r. wykonawca Adexbud uznał już fakt dysponowania własnymi rusztowaniami jako źródło zysku - zysk wynikający z czasu pracy własnych rusztowań:  $38\ 337,21\ \text{zł} + 7\ 954,82\ \text{zł} = 46\ 292,03\ \text{zł}$ . Zauważalna jest tu ewolucja stanowiska Adexbud dotyczącego korzyści wynikających z użycia przy wykonaniu zamówienia własnych rusztowań, we wcześniejszych wyjaśnieniach było to źródło oszczędności. Wykonawca nie wyjaśnił jednak sposobu czerpania przychodów finansowych z własnych rusztowań w czasie ich używania przez samego siebie.

Przykładem zmiany oświadczeń wykonawcy Adexbud w zakresie założonych zysków jest spodziewany zysk z wymiany stolarki okiennej i drzwiowej wynikający z marży nałożonej na obce usługi budowlane. W wyjaśnieniach z 8 lutego 2021 r. wykonawca dla zadania Kilińskiego 4 wskazywał zysk netto na poziomie 35 503,19 zł, co wynikało z różnicy między ofertą podwykonawcy na kwotę 435 120,00 zł a wartością za ten zakres robót z kosztorysu

ofertowego na kwotę 470 120,00 zł. Natomiast w wyjaśnieniach uzupełniających z 25 marca 2021 r. oświadczono, że jego marża na wymianie stolarki okiennej i drzwiowej wyniesie już trzykrotność pierwotnie zadeklarowanego zysku, tj. 104 032,24 zł. Takie zmiany stanowiska czynią wyjaśnienia niewiarygodnymi.

W punkcie 5 (strona 2 wyjaśnień z 08.02.2021 r.) wykonawca Adexbud podkreśla okoliczność, że przystępując do przetargu zauważył możliwość zabezpieczenia frontu robót dla swoich pracowników i części podwykonawców w okresie zimowym 2021/2022 r. Remont pustostanów, części klatek schodowych i wymianę podłogi na stropie poddasza zamierzał wykonać w okresie jesienno-zimowym, uzyskując w ten sposób oszczędność kosztów pracy oraz ciągłość robót do nowego sezonu letniego 2022. Odwołujący wskazuje, że powyższe twierdzenie nie stanowi żadnego uprawdopodobnienia na uzyskanie oszczędności oraz jakąś przewagę w tym zakresie nad ofertami innych wykonawców, a należy przyjąć wręcz przeciwnie. Niezależnie, kiedy, to i tak roboty w zakresie remontu pustostanów, klatek schodowych i wymiany podłogi na stropie poddasza należy wykonać w ramach zamówienia. Niezależnie od pory roku, roboty te pochłoną tyle samo czasu. Jak również odwołujący nie widzi potrzeby przeciągania wykonywania robót na okres zimowy 2021/2022, bowiem można je zakończyć wcześniej, a tym samym uniknąć generowania kosztów wynikających z przedłużania realizacji przedsięwzięcia. Okoliczność przedłużenia wykonania robót do wiosny 2022 roku, zaprzecza twierdzeniom o oszczędnościach z uwagi na rosnące koszty pracy i minimalnego wynagrodzenia. Wykonawca założył wynagrodzenie pracowników na poziomie 18,60 zł za godzinę brutto, co stanowi tylko 0,30 zł ponad minimalną stawkę godzinową w roku bieżącym. Znamienne jest, że w czasie kryzysu COVID stawka minimalna roboczogodziny w 2021, w porównaniu do roku 2020, wzrosła o 1,30 zł brutto i był to jeden z najniższych wzrostów w skali ostatnich lat. Stąd w roku przyszłym należy zakładać co najmniej podobnej skali wzrostu wynagrodzenia minimalnego i minimalnej stawki godzinowej, co czyni wyjaśnienia niewiarygodnymi.

Zdaniem odwołującego Adexbud w wyliczeniu ceny oferty pominął koszty robót sanitarnych w pustostanach, które wyliczył w załączonych do wyjaśnień kosztorysach: m.4, m.5 i 5a, m.8 i m.15 (15.pdf) na łączną kwotę 24191,79 zł netto. Pozostałe kwoty wynikające z wyceny robót dla pustostanów wykonawca ujął w ofercie. Z cen poszczególnych pozycji istotnych dla pustostanów nie wynika natomiast, aby wykonawca ww. koszty zaliczył do którejkolwiek pozycji, zatem je pominął. Wykonawca został zapytany przez zamawiającego o powyższe koszty i w ocenie odwołującego jego stanowisko stanowi odmowę udzielenia wyjaśnień. Skoro wykonawca odmówił wyjaśnień, to należy uznać, że potwierdził domniemanie rażąco niskiej ceny jego oferty.

Ponadto pozycja 57 kosztorysu branży sanitarnej pn. dostawa i montaż. elementy kotłowni gazowej z kotłem, automatyką, instalacją kominową, o całością ozaworowania,

rozdzielaczem oraz pompami i naczyniem zbiorczym i zasobnikiem c.u.w., będąca najbardziej kosztownym elementem części składowej ceny pn. c.o., została wyceniona przez wykonawcę na 28 834,52 zł. W kosztorysie ofertowym zamawiający wycenił tę pozycję na 100 447,75 zł, zatem prawie czterokrotnie więcej. Odwołujący posiada na ten zakres robót ofertę wyspecjalizowanego podwykonawcy, którą przedstawi na rozprawie, gdzie sama wartość materiałów potrzebnych do wykonania pozycji 57 kosztorysu inwestorskiego, zgodnie z projektem, opiewa na kwotę 65 780,38 zł, w tym sam kocioł gazowy stanowi koszt 33 459,44 zł netto tej pozycji.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym, a także zasądzenie od odwołującego kosztów zastępstwa procesowego i kosztów dojazdu.

Mając na uwadze datę wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020) – znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.”.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 n.p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ADEXBUD Przedsiębiorstwo Montażowo Budowlane Sp. z o.o. Sp. k. ul. Brzozowa 11, 64-600 Oborniki (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 n.p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 n.p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymogami art. 505 ust. 1 n.p.z.p.

Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 528 n.p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Skład orzekający nie podzielił stanowiska

zamawiającego, iż zarzut nr 1 z *petitum* odwołania został postawiony z przekroczeniem ustawowego terminu. Zamawiający upatrywał przeszkody procesowej w związku z faktem, że w toku postępowania udostępniał odwołującemu dokumentację, w tym wezwania, które kierował do przystępującego. Stanowisko o rozpoczęciu biegu terminu na zaskarżenie prawidłowości czynności wezwań od momentu ich przekazania odwołującemu pomija, że dopiero 30 kwietnia 2021 r. zamawiający przekazał wykonawcom wynik badania i oceny ofert w przetargu, w postaci informacji o wyborze oferty przystępującego, więc jak trafnie wskazał odwołujący, dopiero wtedy pojawił się substrat zaskarżenia i odwołujący od tego momentu miał interes w zaskarżeniu czynności i zaniechań zamawiającego. Innymi słowy, w toku badania ofert nie było jeszcze decyzji zamawiającego, nie było czego skarżyć, równie dobrze zamawiający mógł wyeliminować przystępującego z przetargu. Przesłanki art. 505 ust. 1 n.p.z.p. zmaterializowały się dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej i od tej czynności, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a n.p.z.p., należy liczyć początek biegu terminu na postawienie przedmiotowego zarzutu.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, skład orzekający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., co spowodowało nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, wykluczenie przystępującego z postępowania oraz dokonanie ponownej oceny i badania złożonych w przetargu ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22d ust. 1 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 1 i 3 p.z.p. dotyczącego nieuprawnionego wielokrotnego wzywania przystępującego do uzupełnień oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz uznaniu przez zamawiającego, że przystępujący podolał wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo niezłożenia wymaganych dokumentów lub oświadczeń (zarzut nr 1), a także zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i z art. 22d ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 p.z.p. dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo że wykonawca nie podolał wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (zarzut nr 2) Izba wskazuje jak niżej.

W ramach uwag ogólnych należy zaznaczyć, że orzecznictwo wykształciło słuszny zakaz kilkukrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.,

dotyczącego m.in. środków podmiotowych w zakresie wykazywania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Wezwanie do uzupełnienia jest traktowane jako jednorazowa szansa dana wykonawcy na konwalidowanie swoich błędów. Możliwość jednokrotnego wezwania wynika z uwzględnienia w toku wykładni omawianej normy zasad naczelnych p.z.p. – równego traktowania wykonawców i konkutowania w warunkach uczciwej konkurencji, gdyż ponowne wzywanie do tego samego braku stanowiłoby nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego z wykonawców. Przy tym wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. i wezwanie na kanwie art. 22a ust. 6 p.z.p., dotyczące sytuacji, gdy zgłoszony przez wykonawcę podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca się powołuje nie potwierdzi dysponowania niezbędnym zasobem albo będzie podlegał wykluczeniu, nie mogą być traktowane zamiennie. Zasadą jest jednokrotne wezwanie do uzupełnienia wskazanego braku, niezależnie od tego, czy ta konkretna wada wypełnia zarówno hipotezę art. 26 ust. 3 p.z.p., jak i art. 22a ust. 6 p.z.p.

Ustalając wzorzec prawidłowego postępowania zamawiającego w ramach instytucji wezwania do uzupełniania należy wskazać, że wezwanie wystosowane do wykonawcy powinno być precyzyjne i kompletne, wskazujące konkretne braki i błędy oraz zawierające jasne wytyczne co należy złożyć, poprawić czy uzupełnić – w zależności od ustalonego stanu faktycznego. I kiedy wykonawca nie odpowie na takie wezwanie w sposób prawidłowy, ponownie przedstawi wadliwe dokumenty, czy nie uzupełni wskazanego braku, nie ma podstaw do wystosowania kolejnego wezwania. Zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy do ponownego uzupełnienia braku klarownie określonego w wezwaniu. Innymi słowy, zasada jednokrotnego wezwania nie oznacza możliwości wystosowania jednego wezwania do wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co do danego dokumentu czy oświadczenia, zaś oznacza jednokrotne wezwanie do uzupełnienia danego braku, przy tym istotnym jest czy ten brak został w sposób prawidłowy wskazany w wezwaniu przez zamawiającego (por. także wyrok Sąd Okręgowego w Białymstoku z 18.04.2014 r. sygn. akt: II Ca 238/14, gdzie wskazano, że utrwalony jest pogląd, że możliwe jest nawet kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, jednak dotyczące innych okoliczności niż uprzednie wezwanie).

Zgodnie z materiałem procesowym po umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt: KIO 684/21 i wyeliminowaniu podmiotów trzecich, na zasoby których przystępujący powoływał się celem wykazania spełnienia warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, przystępujący był dwukrotnie wzywany przez zamawiającego.

W dniu 2 kwietnia 2021 r., na podstawie art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 4 p.z.p., zamawiający wezwał wykonawcę do zastąpienia podmiotu, na rzecz którego powołano się w celu potwierdzenia spełnienia warunku postępowania z pkt 11.1. ppkt 3 lit. a SIWZ, innym

podmiotem lub zobowiązania się do osobistego wykonania tej części zamówienia i wskazania na własne zdolności techniczne i zawodowe. W wezwaniu zamawiający dodał, że ze wskazaniem innego podmiotu trzeciego należy przedłożyć zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów (wzór wg. załącznika nr 10 do SIWZ), pouczonego wykonawcę o treści art. 22a ust. 4 i 6 p.z.p. oraz o elementach, które powinno spełniać udostępnienie zasobów, w tym zobowiązanie składane przez podmiot trzeci. Wskazano na treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia i zauważono, że zakres prac wskazany w zobowiązaniu WOR-KBUD Sp. z o.o. w Poznaniu i w zobowiązaniu Metrotech Sp. z o.o. w Poznaniu nie odpowiada zakresowi robót budowlanych z warunku udziału w przetargu.

W ocenie Izby wezwanie to – niezależnie od podanej przez zamawiającego podstawy prawnej i wbrew stanowisku odwołującego – nie jest wezwaniem do uzupełnienia innych dokumentów i oświadczeń, niż wypełniony załącznik nr 10 do SIWZ, czyli ogranicza się do wezwania do złożenia zobowiązania do udostępnienia zasobów (jeżeli wykonawca zdecyduje się powołać na doświadczenie innego podmiotu, skoro obecne zdolności podmiotowe nie zostały wykazane w sposób prawidłowy). Obszerna treść wezwania dotycząca kształtu zobowiązania podmiotu trzeciego, zapewne wynikająca z wcześniejszego postępowania odwoławczego, nie dotyczy zobowiązania przystępującego do przedstawienia jakiegokolwiek innego oświadczenia, niż wskazane w treści pisma z 2 kwietnia 2021 r. Zamawiający podnosił, że potraktował tę czynność jako element precyzujący w zakresie tego, czy wykonawca zechce przedstawić własne doświadczenie, czy skorzysta z doświadczenia innego podmiotu na zasadzie art. 22a p.z.p. Izba podzieliła tę argumentację, ponieważ wynika wprost z treści omawianego wezwania.

Nie można pominąć, że wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 22a ust. 6 p.z.p., aby właściwie spełnić swój cel, nie powinno ograniczać się do wskazania podstawy prawnej i pouczenia o tym, jak należy wykazać, że dysponuje się zasobami podmiotu trzeciego. Prawidłowe wezwanie powinno nie tylko precyzować w jaki sposób wykonawca może uzupełnić brak niewykazanego zasobu, ale należy wskazać jakie konkretnie dokumenty i oświadczenia należy przedłożyć, inaczej nie można uznać tego za właściwą czynność wezwania do uzupełnienia. Pismo z dnia 2 kwietnia 2021 r. nie spełnia wymogów takiego wezwania, zatem nie doszło do nieprawidłowego kilkukrotnego wezwania do uzupełnienia, skoro jedyny dokument, jakiego wymagała jednostka zamawiająca w wyniku omawianej czynności, stanowi nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego (którego nie żądano ponownie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.).

Kolejne wezwanie, z dnia 16 kwietnia 2021 r., dotyczy złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. w zakresie udziału podwykonawcy Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu, a także uzupełnienia na kanwie art. 26 ust. 3 p.z.p. – w związku



z zastąpieniem podmiotu, na zasoby którego przystępujący powołał się, aby wykazać spełnienie warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia – wykazu robót budowlanych oraz złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 22 p.z.p. oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 p.z.p. w zakresie nowego podmiotu trzeciego. Zatem dopiero w wezwaniu z 16 kwietnia 2021 r. zamawiający jasno wskazał jakie oświadczenia i dokumenty winien złożyć przystępujący i dopiero ta czynność wywołuje skutek w postaci obowiązku złożenia określonych w wezwaniu podmiotowych środków dowodowych.

Izba nie podzieliła także stanowiska odwołującego, że przystępujący powinien samodzielnie wyinterpretować je z dokumentacji postępowania, czy z obowiązujących przepisów, ponieważ sporne oświadczenia i dokumenty, zgodnie z zasadami ukształtowanymi przez ustawodawcę, są składane na wezwanie zamawiającego, czyli zamawiający musi zażądać ich złożenia/uzupełnienia. Samodzielne składanie jakichkolwiek dokumentów, bez wezwania jednostki zamawiającej, zostało krytycznie ocenione w orzecznictwie i trudno czynić przystępującemu skuteczny zarzut, że powinien złożyć jakiegokolwiek materiały ponad treść wezwania zamawiającego. To nie wykonawca powinien zostać obciążony faktem, że pierwsze wezwanie, pomimo że zawierało wskazanie na art. 22a ust. 4 i 6 p.z.p. nie precyzowało – oprócz zobowiązania podmiotu trzeciego – dokumentów i oświadczeń, które powinien uzupełnić przystępujący.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający nie podzielił stanowiska odwołującego o naruszeniu zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia, ponieważ o ile art. 26 ust. 3 p.z.p. i art. 22a ust. 6 p.z.p. nie są niezależnymi od siebie podstawami wezwania wykonawcy do konwalidowania braków, w sprawie istota jest treść poszczególnych pism wysyłanych do przystępującego. Nie można bezrefleksyjnie skupić się na ilości czynności zamawiającego, bez uwzględnienia ich merytorycznej treści. W konsekwencji dokumenty i oświadczenia złożone na wezwanie zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2021 r. zostały złożone we właściwym terminie, więc zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu niepodołania właściwemu uzupełnieniu wykazu robót, referencji oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 22 p.z.p. oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 p.z.p. się nie potwierdził.

Natomiast w zakresie argumentacji o braku złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania przez nowy podmiot trzeci Izba ustaliła, że zamawiający nie wzywał przystępującego do uzupełnienia braku w tym zakresie, więc nie ma podstaw do uwzględnienia zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., ponieważ przed eliminacją wykonawcy z postępowania na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek wezwania go do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.

Zamawiający tłumaczył, że takie oświadczenie składa się wraz z ofertą i w związku z etapem, na którym jest postępowanie może żądać od wykonawcy wyłącznie dokumentów i oświadczeń z rozdziału 13 pkt 13.8 i 13.9 SIWZ (aktualny odpis z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej oraz oświadczenie o braku orzeczenia wobec wykonawcy tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne). Skład orzekający zauważył, że umknęło uwadze jednostki zamawiającej, że o ile niektóre informacje i oświadczenia składa się wraz z ofertą, nie zmienia to faktu, że kiedy dochodzi do zmian podmiotowych w postępowaniu, tj. pojawia się nowy podmiot trzeci, to niezależnie od etapu na jakim jest przetarg, jednostka zamawiająca musi posiadać komplet oświadczeń i dokumentów prawidłowo wykazujących brak podstaw do wykluczenia. Skoro zamawiający wymagał ogólnego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., wzór wg. załącznika nr 3 do SIWZ) i dysponował takowym w zakresie wcześniejszych podmiotów trzecich, to nie można tego rozciągnąć na nowy podmioty trzeci (ponieważ go nie dotyczy), i nie można pominąć wymogu udowodnienia niepodlegania wykluczeniu. Właśnie w tym celu ustanowiono tryb uzupełnienia, aby zamawiający mógł odpowiednio zareagować na każdym etapie postępowania i otrzymać od wykonawcy niezbędne środki podmiotowe.

Art. 25a ust. 1 p.z.p. stanowiący o tym, że do oferty dołącza się aktualne na dzień składania ofert oświadczenia, nie stoi na przeszkodzie późniejszego wezwania do ich złożenia – art. 26 ust. 3 p.z.p. wprost odnosi się do oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 1 p.z.p. Okoliczność, że rzeczony podmiotowy środek dowodowy był wymagany przez zamawiającego wraz ze złożeniem oferty nie oznacza, że nie można go później uzupełnić. Sformułowanie aktualne na dzień złożenia oznacza jedynie, że to nie data oświadczenia jest decydująca, a fakt potwierdzenia danych okoliczności na dzień złożenia oferty. Nie stoi także na przeszkodzie uzupełnieniu tego oświadczenia treść dokumentacji postępowania, ponieważ nie zakazuje – i byłoby to sprzeczne z art. 26 ust. 3 p.z.p., późniejszego wezwania do uzupełnienia braku oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, niezależnie, czy pierwotnie taki dokument należało złożyć wraz z ofertą (pkt 13.3 SIWZ). Faktem jest, że takiego oświadczenia w postępowaniu nie ma i powinno ono zostać uzupełnione, ponieważ rację ma odwołujący, że zamawiający nie dysponuje potwierdzeniem braku zaistnienia wszystkich podstaw wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w stosunku do nowego podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołał się przystępujący.

Tym niemniej, wadliwa wykładania omawianych norm i skupienie się na treści dokumentacji stanowiącej jakie oświadczenia i dokumenty składa się na danym etapie przetargu, z pominięciem obligatoryjności wykazania oświadczeniem niepodlegania wykluczeniu przez nowy podmiot trzeci i brak skorzystania z mającego zastosowanie w tym przedmiocie art. 26 ust. 3 p.z.p. doprowadziła do pominięcia wezwania do uzupełnienia tego

braku. Dlatego też w odwołaniu, oprócz ogólnych twierdzeń o braku złożenia oświadczenia w stosunku do Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu, odwołujący nie był w stanie wskazać, na które wezwanie i w jakim terminie rzeczony oświadczenie należałoby złożyć. W ustalonym stanie rzeczy odwołujący mógłby najwyżej postawić zamawiającemu zarzut zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p., który wobec brzmienia art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. nie miałby wpływu na wynik przetargu, ponieważ Izba uwzględniła dalej idące zarzuty i nakazała wykluczenie przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. W konsekwencji powyższego zarzut nr 2 z *petitum* odwołania także został przez skład orzekający oddalony.

W przedmiocie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. – polegającym na zaniechaniu wykluczenia przystępującego, pomimo przedstawienia nieprawdziwych informacji na potwierdzenie wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, czym wprowadził zamawiającego w błąd, co miało wpływ na podjętą przez zamawiającego decyzję co do dysponowania przez przystępującego wymaganą zdolnością techniczną lub zawodową dotyczącą wymaganego doświadczenia – Izba stwierdziła co następuje.

W warunku udziału w postępowaniu z pkt 11.1 ppkt 3 lit. a SWIZ zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu robót odpowiadających wykonaniu przedmiotu zamówienia, tj. wykonaniu co najmniej jednej przebudowy lub jednego remontu budynku o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł brutto obejmujących wskazane w warunku branże. Zatem wymagano doświadczenia referencyjnego w robotach budowlanych o wskazanej, minimalnej wartości polegających na jednej przebudowie albo na jednym remoncie budynku.

Na podstawie materiału dowodowego Izba ustaliła, że w pozycji nr 1 wykazu wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat robót budowlanych przystępującego z dnia 29 stycznia 2021 r. wpisano przedmiot umowy – przebudowa budynku dotycząca branży ogólnobudowlanej wraz niezbędną infrastrukturą na terenie zakładu Poz Bruk Sp. z o.o. Sp. J. w Teolinie, o wartości 6 642 000,00 zł brutto, w terminie 12.03.2018 r. - 27.02.2019 r., a także podmiot, na rzecz którego robota została wykonana – Pozbruk w Sobocie. Jest to doświadczenie podmiotu trzeciego Work-Bud Sp. z o.o. w Poznaniu, na zasób którego pierwotnie powołał się przystępujący. W tym zakresie złożono także referencje z dnia 14 października 2019 r., zgodnie z którymi Work-Bud Sp. z o.o. w Poznaniu wykonała zadanie związane z przebudową budynku wraz z niezbędną infrastrukturą, wartość wykonanych przez spółkę prac 5 400 000,00 zł netto.

Zgodnie z ogłoszeniem z bazy konkurencyjności przedmiotem ww. zamówienia było wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę nowej hali produkcyjnej wraz z niezbędną infrastrukturą oraz przebudowa istniejącego budynku produkcyjnego. Powierzchnia zabudowy nowej hali wynosiła 4 444,40 m<sup>2</sup>, zaś powierzchnia przebudowy

obecnej hali 1 320,49 m<sup>2</sup>. Na podstawie informacji o wybranym wykonawcy rzeczono zamówienie wykonał Work-Bud Sp. z o.o. w Poznaniu za cenę 5 400 000,00 zł netto. Powyższe potwierdza korespondencja elektroniczna z Poz Bruk Sp. z o.o. Sp. J. w Sobocie, gdzie wskazano, że Work-Bud Sp. z o.o. w Poznaniu wykonał zakres prac obejmujący budowę nowej hali o powierzchni 4 444,40 m<sup>2</sup> oraz przebudowę istniejącego budynku produkcyjnego o powierzchni 1 320,49 m<sup>2</sup>, wartość oferty wykonawcy 5 400 000,00 zł.

Ponadto, w dniu 16 kwietnia 2021 r. zamawiający zwrócił się do Poz Bruk Sp. z o.o. Sp. J. w Sobocie o złożenie wyjaśnień w zakresie treści referencji i uzyskanie informacji dotyczących rzeczonożego zadania inwestycyjnego. Zamawiający m.in. podkreślił, iż w treści wystawionych referencji nie ma wzmianki, że głównym przedmiotem zadania była budowa hali produkcyjnej, a przebudowa miała charakter marginalny. Podmiot trzeci złożył wyjaśnienia z dnia 20 kwietnia 2021 r. i dołączył do nich decyzję nr 447/2017 z dnia 27 października 2017 r. dotyczącą projektu budowlanego obejmującą rozbudowę i przebudowę budynku produkcyjnego.

Izba wskazuje, że z materiału procesowego wynika, że robota referencyjna polegała na przebudowie i budowie, natomiast zakres prac wynikający z dokumentów z bazy konkurencyjności i korespondencji elektronicznej z Poz Bruk Sp. z o.o. Sp. J. w Sobocie nie pokrywa się z opisem robót z wykazu przystępującego, gdzie wskazano przebudowę, która była wymagana w warunku udziału w przetargu. Przystępujący opisał w wykazie zakres prac inaczej niż zakres ten zaistniał w rzeczywistości. Kwestią, której odwołującemu nie udało się wprost wykazać było to, w jakiej części wartość omawianych robót dotyczyła przebudowy budynku, a w jakiej innych prac (budowy hali). Jest oczywiste, że istniała jakaś część wartości omawianych robót referencyjnych, którą można było przypisać do podanej w wykazie robót przebudowy, tym niemniej zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego nie było to wskazane w wykazie 6 642 000,00 zł brutto (5 400 000,00 zł netto), ponieważ to oznaczałoby, że większa część inwestycji – budowa hali, miałaby wartość 0 zł.

Fakt, że okazało się niemożliwe stwierdzenie jaka część z wartości podanej w wykazie robót stanowiła przebudowę, która bezspornie jest mniejszą częścią inwestycji, niż budowa hali, co potwierdza także powierzchnia prac, nie dowodzi co prawda sam w sobie w jakim zakresie przystępujący w wykazie robót skłamał, lecz pozwala na wyprowadzenie domniemania faktycznego, że przystępujący minął się z prawdą próbując przedstawić mniejszą część inwestycji jako roboty warte ponad 6 milionów złotych, co ewidentnie było niezgodne z rzeczywistością. W tej sytuacji dowodowej, mając na uwadze wnioski wpływające z faktów, które udało uwodnić się bezpośrednio, tj. zakres robót, który obejmowała sporna inwestycja, to na zamawiającym i przystępującym spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania, że logiczny i oczywisty wniosek płynący z tych faktów nie jest prawidłowy, i że przystępujący nie usiłował wprowadzić zamawiającego w błąd, podając

częściowy zakres robót, tak jakby stanowił całość inwestycji, dopasowując to do brzmienia warunku udziału w przetargu. Ani zamawiający, ani przystępujący nie zaferowali Izbie żadnego dowodu potwierdzającego rzetelność opisu prac referencyjnych podanych w wykazie robót złożonym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego do próby wprowadzenia zamawiającego w błąd doszło w warunkach winy nieumyślnej, z powodu daleko niedbałego działania przystępującego. Wykonawca, przed złożeniem wykazu robót, powinien sprawdzić doświadczenie podmiotu trzeciego, na zasoby którego się powołał. Brak prawidłowej weryfikacji i złożenie nieprawdziwego oświadczenia w zakresie zdolności podmiotowej Work-Bud Sp. z o.o. w Poznaniu stanowiło brak dołożenia należytej staranności wymaganej od przystępującego, którego działanie należy oceniać przez pryzmat podwyższonego miernika staranności właściwego dla przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.). Można byłoby zastanawiać się nad okolicznością, czy niedbalstwo przystępującego sięgnęło poprzeczki rażącego niedbalstwa, graniczącego z winą umyślną, lecz zważając na fakt, iż odwołujący nie postawił w tym zakresie stosownego zarzutu, wystarczające było poprzestanie na stwierdzeniu, iż niewątpliwie doszło do niedbałego – niezgodnego z rzeczywistością, opisana pozycji wykazu robót w sposób ewidentnie wpływający na świadomość zamawiającego, która została ukształtowana w oparciu o przekonanie o zgodności z rzeczywistością nieprawdziwych twierdzeń.

Odnosząc się zaś do argumentacji zamawiającego, że doszło do zmiany podmiotu trzeciego, którego robota referencyjna wprowadzała jednostkę zamawiającą w błąd, w wyniku czego doświadczenie przystępującego zostało zamienione na inne, należy zaznaczyć, że nie ma to znaczenia dla przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., który stanowi o informacjach wprowadzających w błąd, które mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Skoro zatem dane z wykazu robót mogły mieć istotny wpływ na potwierdzenie posiadania wymaganej zdolności podmiotowej, czyli potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zakwalifikowanie przystępującego jako podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, hipoteza przesłanki wykluczenia została wypełniona. Jak również ustawodawca, w przypadku wprowadzenia zamawiającego w błąd, nie przewiduje zastosowania trybu naprawczego (nie ma możliwości zmiany doświadczenia czy podmiotu trzeciego), a sankcję wykluczenia wykonawcy. Nie ma podstawy prawnej do wezwania przystępującego do uzupełnienia zdolności podmiotowej, aby zastąpić informacje nieprawdziwe, prawdziwymi. Dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest jednoznaczna, takiego wykonawcę należy wykluczyć, więc Izba uwzględniła zarzut nr 3 z *petitum* odwołania. Warto również dodać, że zakres tej regulacji wynika systemowo z prewencyjnej roli art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., którego celem jest nie tylko eliminacja nierzetelnych wykonawców z postępowania, ale również zapewnienie, że wykonawcy nie będą zachęceni

przez zbyt pobłażliwe normy prawne do usiłowania wprowadzenia w błąd zamawiającego, z ewentualną opcją na „poprawę” swojego działania w przypadku, gdy ich działanie zostanie wykryte.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie należytego badania treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego co spowodowało zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, został przez skład orzekający oddalony.

Na wstępie należy zaznaczyć, że skuteczny zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny nie może sprowadzać się do porównania cen przystępującego z cenami kosztorysu inwestorskiego, czy z cenami innych wykonawców. Jak bowiem trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Łodzi „okoliczność, że cena zaoferowana przez jednego z wykonawców jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, nie przesądza automatycznie o tym, iż oferta zawierająca najniższą cenę powinna zostać automatycznie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Innymi słowy niedopuszczalne jest automatyczne uznanie ceny zawartej w ofercie za rażąco niską wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium i odrzucenie oferty poniżej pewnego poziomu. Okoliczność, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od średniej cen zawartych w pozostałych ofertach, może jedynie rodzić przypuszczenie, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska, nie przesądza zaś automatycznie o jej odrzuceniu”. (wyrok z dnia 29.07.2016 r. sygn. akt: III Ca 548/16). Podobnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach „Cena "rażąco niska" to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame”. (wyrok z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10). Skład orzekający przywołane poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Arytmetyczne porównanie dokonane przez odwołującego nie może przesądzać o konieczności odrzucenia oferty jego konkurencji. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zamawiający określając wartość szacunkową zamówienia nie jest w stanie uwzględnić wszystkich,

szczególnych i korzystnych dla danego wykonawcy czynników cenotwórczych. Jednostka zamawiająca przyjmuje rynkową wartość, uśredniając ceny. Zatem zestawienie wartości stanowiących różnicę w zaoferowanych cenach, czy porównanie ceny do wartości szacunkowej zamówienia nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że dana cena jest realna, a każda niższa wartość jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym *know-how*, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki.

Powyższa argumentacja posiada bezpośrednio odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego, gdzie wskazywano na korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla przedsiębiorcy, co ma bezpośrednio przełożenie na wartość poszczególnych składników cenowych. W szczególności, że wszystkie rzekomo kilkukrotnie zaniżone ceny w stosunku do kosztorysu inwestorskiego zostały wycenione na podstawie oferty doświadczonego podwykonawcy, który odbył wizję lokalną. Przystępujący posiada relacje handlowe pozwalające na uzyskanie niższej ceny niż jego konkurencja, co udowodniono ofertami od sześciu podwykonawców, zaś odwołujący nie zdecydował się na zakwestionowanie wiarygodności złożonych dowodów, ani nie podważono wysokości cen zaoferowanych przez podwykonawców.

Przechodząc zaś do oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny Izba ustaliła, że zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą, w wyniku której wykonawca złożył wyjaśnienia z dnia 8 lutego 2021 r. i wyjaśnienia z dnia 25 marca 2021 r., każde poparte szczegółowym i obszernym materiałem dowodowym. Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, w korelacji z treścią wezwań do złożenia wyjaśnień, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona.

Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności jednostki zamawiającej skutkowałą stwierdzeniem, iż prawidłowo oceniono złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Stanowisko o ogólnych wyjaśnieniach, bez udowodnienia realności zaoferowanej ceny przez jego przystępującego nie znajduje oparcia w ustalonym stanie sprawy. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny zawierają szczegółowe, adekwatne odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, w tym jednoznacznie i kompletnie odpowiadają na treść poszczególnych wezwań do wyjaśnień. Izba stwierdziła, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo

i doprowadziło do wykazania, że wykonawca rzetelnie skalkulował cenę, w oparciu o indywidualne uwarunkowania, które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi, wobec czego uczyniono zadość obowiązкови określönemu w art. 90 ust. 2 p.z.p.

Przedstawiając uzasadnienie faktyczne zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny odwołujący w znacznej mierze ograniczył się do wybiórczego negowania treści wyjaśnień przystępującego, zaś brak jest podania szczegółowego uzasadnienia powodów, z których wynikałoby, że cena przystępującego ma charakter rażąco niskiej. Nie jest możliwe skonstruowanie skutecznego zarzutu w oparciu jedynie o subiektywne przekonanie strony co do rzeczywistości – Krajowa Izba Odwoławcza orzeka bowiem na podstawie dowodów, nie zaś twierdzeń, a tym bardziej przekonania stron. Ponieważ przystępujący obszernie i rzeczowo wykazał zasadność dokonanej kalkulacji, a odwołujący ograniczył się nawet nie do twierdzeń, a wyrażenia swojego przekonania o nierzetelności kalkulacji, nie było żadnych podstaw, aby wiarygodne wyjaśnienia zakwestionować. Innymi słowy, nie wystarczy samo podniesienie, że w ocenie odwołującego niektóre okoliczności wskazane w wyjaśnieniach są niewystarczające dla zaoferowania ceny na poziomie przystępującego, sama polemika z wybranymi czynnikami obniżającymi cenę z wyjaśnień nie wystarczy, aby ocenę zamawiającego o prawidłowo wyjaśnionej cenie podważyć. Odwołujący pomylił podnoszenie twierdzeń z ich wykazywaniem i nie podjął próby wskazania dowodów, które pozwoliłyby na odniesienie się i ocenę jego stanowiska. W znacznej mierze odwołanie posiada raczej charakter dyskusji z wybiórczymi czynnikami podanymi w wyjaśnieniach przystępującego, bez faktycznego podważenia szczegółowych kalkulacji i dowodów. Odwołujący neguje czynniki cenotwórcze, podnosi, że każdy przedsiębiorca czyni podobne założenia, albo posiada dany sprzęt, zamiast wskazania w uchwytnej, kwantyfikowalnej formie co dokładnie i o ile zostało w cenie ofertowej przystępującego zaniżone.

Zarzut nieprawidłowej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący przedstawił model kalkulacji, czy ogólne wyliczenia, które doprowadziły go do postawienia omawianego zarzutu. Odwołujący zaś w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, ma charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie treści wyjaśnień, tak jakby cena nie była szczegółowo wyjaśniania. Odwołujący przy tym zapomniał, że udzielając wyjaśnień przystępujący dostarczył już materiał dowodowy na poparcie swoich kalkulacji cenowych, a więc sprostał ciężarowi nałożonemu na niego przez przepisy prawa – w przypadku uznania tego materiału za prawidłowy nie sposób jest odnaleźć w regulacjach p.z.p. obowiązku dalszego dowodzenia okoliczności już dostatecznie wyjaśnionej w toku postępowania



o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjmując zatem koncepcję powstania domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, należy stwierdzić, że domniemanie to zostało przez przystępującego obalone w wyniku złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz z dowodami.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 517 ust. 1 pkt 7 i 10 n.p.z.p., zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny powinien wskazywać na konkretną czynność zamawiającego, mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa, przy określeniu sposobu naruszenia normy. W toku postępowań odwoławczych jest to dokonywane poprzez wyraźne określenie – przedstawione w formie opisu, wyliczeń bądź zestawień – wskazujące, że czynność zamawiającego w zakresie oceny oferty wykonawcy jest, lub choćby mogłaby być, nieprawidłowa. Zatem, pomimo że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, co wykonano poprzez złożenie wyjaśnień z dowodami, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów. Aby skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa, należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła jednostka zamawiającego oceniając kalkulacje przystępującego. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w niniejszym przetargu. Tymczasem znacząca część odwołania ma charakter spekulacji, kiedy odwołujący przedstawia własną, dość ogólną, odmienną ocenę wyjaśnień przystępującego i na tym poprzestaje. Zaś przystępujący w swoim stanowisku procesowym w sposób logiczny i spójny wyjaśnia ewentualne niejasności, które zdaniem odwołującego miały podważać wyjaśnienia. W rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności – czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego – do takiej odmiennej oceny kalkulacji nie mogły doprowadzić. Odwołujący przedstawił własną ocenę wyjaśnień przystępującego obracając się w sferze hipotez i na tym zakończono.

Natomiast odnosząc się do części odwołania, gdzie wskazano konkretne wady kalkulacji ceny przystępującego, Izba stwierdziła, że nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, że skalkulowana przez przystępującego cena nie zawiera marży w pozycjach podanych przez odwołującego, zysk w wysokości 281 127,62 zł, kiedy oferta zostanie wybrana na jedną część zamówienia, został policzony od całości ceny, więc niezrozumiałym jest jak cena oferty miałaby być rażąco niska.

Odwołujący również podniósł, że w wyliczeniu ceny pominięto koszty robót sanitarnych w pustostanach, które wyliczono w załączonych do wyjaśnień kosztorysach: m.4, m.5 i 5a, m.8 i m.15 na kwotę 24 191,79 zł, ponieważ pozostałe kwoty wynikające z wyceny robót dla pustostanów ujęto w ofercie i z cen poszczególnych pozycji dla

pustostanów nie wynika, aby przystępujący zaliczył je do jakiegokolwiek pozycji, zatem według odwołującego je pominął. W tym zakresie skład orzekający podzielił w całości stanowisko przystępującego, że dokonując wyceny poszczególnych elementów brano pod uwagę części składowe zgodnie ze sporządzonymi kosztorysami, a nie odnoszące się wyłącznie do kolejnych pozycji formularza ofertowego. Tym samym, nie da się dokonać prostego przełożenia szczegółowych kosztorysów z wyjaśnień kalkulacji ceny na treść formularza oferty, który zawiera bardzo uproszczoną tabelę, tak jak chciałby tego dokonać odwołujący. Ponadto, z materiału dowodowego w postaci kosztorysów ofertowych branży sanitarnej, tabeli elementów scalonych branży sanitarnej i pustostanów, oferty i korespondencji elektronicznej z podwykonawcą M. W. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Unifix” M. W. w Rożnowie wynika, że uwzględniono w cenie roboty branży sanitarnej w budynku i w pustostanach na łączną kwotę 360 000,00 zł, której realną wysokość potwierdzono ofertą Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu na kwotę 353 697,13 zł.

W ocenie odwołującego zaniżono także pozycję 57 kosztorysu branży sanitarnej pn. dostawa i montaż, elementy kotłowni gazowej z kotłem, automatyką, instalacją kominową, o całością ozaworowania, rozdzielaczem oraz pompami i naczyniem wzbiórczym i zasobnikiem c.u.w., wycenioną przez przystępującego na 28 834,52 zł. Odwołujący podnosił, że zaoferowana cena jest nierealna i na tę okoliczność przedłożył ofertę Hydrosolar Sp. z o.o. Wielkopolska Sp. k. w Poznaniu, gdzie wartość materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotowej pozycji kosztorysu wyceniono na kwotę 65 780,38 zł, w tym kocioł gazowy na 33 459,44 zł. Zaś przystępujący przedstawił kontrdowód w postaci oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego PUH „Pompy” D. Cz. w Obornikach dla kompletu elementów kotłowni gazowej o wartości 17 415,25 zł. Izba nie znalazła podstaw do podważenia wiarygodności złożonych dowodów, odwołujący i zamawiający także nie zdecydowali się podjąć takiej próby, więc nie było podstaw, aby odmówić obu ofertom przymiotu wiarygodności. Z materiału dowodowego wynika, że po pierwsze przedsiębiorcy są w stanie pozyskać wyceny z różnymi cenami, w zależności od posiadanych relacji biznesowych, oferta spersonalizowana dla odwołującego jest znacznie wyższa, niż oferta skierowana do podwykonawcy przystępującego (na podstawie oferty którego wyceniono tą pozycję), z czego wynika, że podmiot ten posiada szczególne, indywidualne warunki cenowe. Po drugie, dowód złożony przez przystępującego potwierdza realność jego ceny, której nie zdołała podważyć oferta złożona przez odwołującego z jego warunkami cenowymi.

Konkludując, Izba stanęła na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. Postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone prawidłowo, wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdziły realny charakter ceny zaoferowanej przez przystępującego, zatem

zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia jego oferty. Przy tym należy mieć na uwadze, że przesłanki odrzucenia oferty należy interpretować w sposób ścisły i wyeliminowanie oferty z przetargu wymaga ustalenia w sposób jednoznaczny, że zaferowano cenę rażąco niską.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci nieprawidłowego wyboru oferty przystępującego, który powinien zostać wykluczony z przetargu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia 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), dalej zwanego „rozporządzeniem ws. kosztów”. Na koszty postępowania złożył się uiszczony przez odwołującego wpis w wysokości 10 000,00 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3600,00 zł (wynagrodzenie z przedłożonej faktury VAT zostało zmniejszone do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia ws. kosztów) i koszty dojazdu 797,51 zł. Ponadto, do kosztów postępowania zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3600,00 zł i koszty dojazdu 661,71 zł. Łącznie koszty wyniosły 18 659,22 zł. Zgodnie z proporcją uwzględnionych zarzutów (1 zarzut) do zarzutów oddalonych (3 zarzuty), zamawiający odpowiada za koszty w części 1/4 (4 664,80 zł), zaś odwołujący w części 3/4 (13 994,42 zł). Dotychczasowo poniesione koszty odwołującego włączone w poczet kosztów to 14 397,51 zł, zaś zamawiającego 4 261,71 zł. Izba zasądziła zatem na rzecz odwołującego 404,00 zł różnicy, zaokrąglając jej wartość zgodnie z § 7 ust. 6 rozporządzenia ws. kosztów.

Przewodniczący:

.....