

**WYROK**  
**z dnia 27 października 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2020 r. przez wykonawcę Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Wodociągowej sp. z o.o. z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim

przy udziale wykonawcy KANWOD W. T. z siedzibą w Węglewie, 62-590 Golina zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2521/20 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu na rzecz Zamawiającego: Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Wodociągowej sp. z o.o. z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu opłaty skarbowej i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Włocławku.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Wodociągowej sp. z o.o. z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Budowa kanalizacji oraz modernizacja oczyszczalni ścieków na terenie agi. Aleksandrów Kujawski - etap II część 2 (nr POIS.02.03.00-00-0064/17-00).

W dniu 25 września 2020r. Odwołujący: Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy KANWOD W. T. .

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 5 października 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności podjętych przez Zamawiającego oraz czynności zaniechanych przez Zamawiającego polegających na: wyborze jako najkorzystniejszej oferty, zaniechaniu wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy KANWOD W. T., zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, jak również - w przypadku nieuznania konieczności wykluczenia oraz odrzucenia oferty KANWOD W. T. - nieprawidłowym dokonaniu oceny oferty KANWOD W. T. .

Wskazanim działaniom i zaniechaniom zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy KANWOD W. T. pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy M. B. posiada doświadczenie oceniane przez zamawiającego w ramach oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz w kryterium oceny ofert lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert w ramach kryterium pozacenowego wszystko poprzez wskazanie niekonkretnych, nierzetelnych oraz nieprawdziwych lat doświadczenia Pana M. B., jak również poprzez wskazanie, iż Pan M. B. pełnił funkcję kierownika budowy na budowie pn.: „Budowa głównych kolektorów Torunia Południowego i systemu ściekowego dla dzielnic : Podgórz, Stawki i Rudak- kanalizacja sanitarna i

deszczowa” w pełnych latach 2007 - 2009 w sytuacji gdy w rzeczywistości pełnił tę funkcję w okresie od 27 kwietnia 2007r. do 30 stycznia 2009r.;

- art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy KANWOD W. T. pomimo, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert pod kątem kryterium pozacenowego poprzez wskazanie, niekonkretnych, nierzetelnych oraz nieprawdziwych lat doświadczenia Pana W. P., jak również poprzez wskazanie, iż Pan W. P. pełnił funkcję kierownika robót na budowie pn.: „Budowa i przebudowa układu komunikacyjnego i rozbudowa drogowego w rejonie ograniczonym ulicami Jana Pawła II - Krzywoustego-Inflancka- Milczańska i trasą tramwajową na Rataje w Poznaniu w okresie 04.2014-08.2017 w sytuacji gdy w rzeczywistości pełnił tę funkcję w okresie 06.2014 - 10. 2016;

- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuznanie oferty KANWOD W. T. za odrzuconą, pomimo iż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp;

art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia oraz sposobu obliczenia punktacji Kryterium pozacenowego oferty KANWOD W. T. tj.: sposobu obliczenia okresu doświadczenia M. B. i W. P. wskazanych w ofercie KANWOD W. T. i tym samym zaniechanie uzasadnienia sposobu i podstawy przyznania maksymalnej punktacji ofercie KANWOD W. T. w zakresie Kryterium pozacenowego;

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez KANWOD W. T. w sposób dobrowolny, bezpodstawny oraz sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w 19.1.2 oraz 19.1.3. SIWZ - IDW, co skutkowało bezpodstawnym przyznaniem KANWOD W. T. maksymalnej ilości punktów za doświadczenie Panów M. B. i W. P. w ocenie Kryterium pozacenowe;

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej KANWOD W. T. z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu i wybór oferty KANWOD W. T., której treść nie odpowiada treści SIWZ - IDW ze względu na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu;

- art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej KANWOD W. T. z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu i wybór oferty KANWOD W. T., która zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;

- art. 83 ustawy Pzp poprzez umożliwienie złożenia przez KANWOD W. T. oferty wariantowej, pomimo braku takiej możliwości zgodnie z dokumentacją postępowania

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia

tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy KANWOD W. T. i tym samym niezastosowanie się do obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, oraz udzielenia zamówienia wyłącznie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy przy jednoczesnym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej podlegającej wykluczeniu oraz odrzuceniu zgodnie z zarzutami określonymi w niniejszym odwołaniu oraz braku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty KANWOD W. T., powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w rezultacie: wykluczenia KANWOD W. T. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznanie jego oferty za odrzuconą, względnie odrzucenia oferty KANWOD W. T. oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Nadto wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonych do odwołania dokumentów: Kserokopii 4 stron Dziennika Budowy zadania pn.: Budowa głównych kolektorów Torunia Południowego i systemu ściekowego dla dzielnic : Podgórz, Stawki i Rudak- kanalizacja sanitarna i deszczowa; wydruku strony internetowej <https://colas.pl/pl/realizacje/budowa-i-przebudowa-ukladu-komunikacyjno-drogowego-w-rejonie-ch-posnania.html> z dnia 1 października 2020r. - na okoliczności wskazane w treści odwołania.

W toku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa kanalizacji oraz modernizacja oczyszczalni ścieków na terenie aglomeracji Aleksandrów Kujawski”, w terminie wynikającym z postępowania, złożyło ofertę pięciu wykonawców.

Pismem z dnia 6 lipca 2020r. Zamawiający odrzucił ofertę dwóch wykonawców: Odwołującego oraz wykonawcy KANWOD W. T., które to czynności zostały unieważnione wyrokami KIO wydanymi w sprawach o sygn. akt: KIO 1633/20 i KIO 1566/20.

Odwołujący zarzucił, że wykonawca KANWOD W. T. nie wykazał spełniania warunków udziału i złożenie przez tego wykonawcę informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego mającej istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym oraz nieprawidłową oceną dokonaną przez Zamawiającego w zakresie kryterium pozacenowego i brak uzasadnienia przyznania maksymalnej liczby

punktów KANWOD W. T. w zakresie kryterium pozacenowego

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt. 1.22.2. IDW warunkiem udziału w postępowaniu był wymóg, aby wykonawca wykazał, iż dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, w tym:

- jedną osobą, którą skieruje do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót sanitarnych, który będzie jednocześnie pełnił funkcję Kierownika Budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz co najmniej 6 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych w branży sanitarnej na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych przy realizacji co najmniej jednego zadania polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej, o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto;

- jedną osobą, którą skieruje do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Robót drogowych, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej oraz co najmniej 3 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych w branży drogowej na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji co najmniej jednego zadania, o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł.

Zauważył przy tym, że stosownie do pkt. 19.1.2. IDW punktacja za kryterium dodatkowego doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót sanitarnych pełniącego jednocześnie funkcję Kierownika Budowy (Kb) kształtowała się następująco:

Kb = 20 pkt, gdy Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego na stanowisku Kierownika Budowy lub na stanowisku Kierownika Robót sanitarnych, który jednocześnie będzie pełnił funkcję Kierownika Budowy - osobę, która posiada co najmniej 10 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych w branży sanitarnej na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych przy realizacji co najmniej trzech zadań polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej, o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto każde.

Kb = 10 pkt, gdy Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego na stanowisku Kierownika Budowy lub na stanowisku Kierownika Robót sanitarnych, który jednocześnie będzie pełnił funkcję Kierownika Budowy - osobę, która posiada co najmniej 10 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych w branży sanitarnej na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych przy realizacji co najmniej dwóch zadań polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie kanalizacji

sanitarnej lub deszczowej, o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto każde.

Kb = 0 pkt, gdy Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego na stanowisku Kierownika Budowy lub na stanowisku Kierownika Robót sanitarnych, który jednocześnie będzie pełnił funkcję Kierownika Budowy - osobę, która posiada co najmniej 6 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych w branży sanitarnej na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych przy realizacji co najmniej jednego zadania polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej, o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto każde.

Dodatkowo, wskazał, że zgodnie z pkt 19.1.3. IDW punktacja w zakresie kryterium dodatkowego doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Robót drogowych (Kr) wynosiła:

Kr = 20 pkt, gdy Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego na stanowisku Kierownika Robót drogowych - osobę, która posiada co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych w branży drogowej na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji co najmniej trzech zadań o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każde.

Kr = 10 pkt, gdy Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego na stanowisku Kierownika Robót drogowych - osobę, która posiada co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych w branży drogowej na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji co najmniej dwóch zadań o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każde.

Kr = 0 pkt, gdy Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego na Strona | 7 stanowisku Kierownika Robót drogowych - osobę, która posiada co najmniej 3 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych w branży drogowej na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji co najmniej jednego zadania o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każde.

Zaznaczył także, że zgodnie z formularzem „Kryteria pozacenowe” oferenci winni wypełnić dane osób skierowanych do realizacji zamówienia na określonym stanowisku wraz z wypełnieniem miejsc: „nazwa zadania”, „wartość zadania”, „stanowisko”, „okres pełnienia funkcji”.

Podniósł, że w odniesieniu do Pana M. B. KANWOD W. T. wskazał okresy pełnienia funkcji poprzez wskazanie okresów: „2007-2009”, „2012-2016”, „2011 -2012”, „2010- 2011”, zaś w odniesieniu do Pana W. P. KANWOD W. T. wskazał okresy pełnienia funkcji poprzez wskazanie okresów: „04.2014-08.2017”, „08.2017 - 11.2017”, „04.2006 - 10.2008”.

W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego - działanie KANWOD W. T. stanowi uchybienie w zakresie wskazania okresów pełnienia funkcji przez Panów M. B. i W. P., skutkujące niemożliwością dokonania prawidłowej i rzetelnej oceny oraz wykazania warunków udziału.

Według Odwołującego - wynika to z faktu, że wobec braku wskazania konkretnych okresów (dzień, miesiąc, rok) nie sposób zweryfikować i wskazać rzeczywistego okresu pełnienia wskazywanych funkcji.

Dla przykładu w odniesieniu do Pana M. B. na podstawie wskazanych dat można przyjąć maksymalny okres pełnienia funkcji poprzez bezpodstawne i nieuprawnione uznanie, że Pan M. B. wykonywał każdą z funkcji dokładnie w każdym roku od dnia 1 stycznia do dnia 31 grudnia, co powoduje, że można uznać, iż Pan M. B. ma 10 lat odpowiedniego doświadczenia.

Dalej, wywodził, że nawet podany domysł w niniejszym odwołaniu jest czyniony przy zachowaniu fikcji, iż Pan M. B. wykonywał przywołane funkcje nieprzerwanie tj.: z zachowaniem pełnej ciągłości (co do dnia) przy każdej zmianie stanowiska. Oczywiście również przyjęcie tejże fikcji jest dla Odwołującego w pełni nieuprawnionym działaniem.

Zauważył także, że z zestawienia przekazanego przez KANWOD W. T. i jednocześnie z powyższym wyliczeniem można wskazać, że Pan M. B. wykonywał wskazane funkcje tylko w okresie ok. 5 lat tj. przykładowo poprzez przyjęcie dat: 31 grudnia 2007 - 1 stycznia 2009, 31 grudnia 2012- 1 stycznia 2016, 31 grudnia 2011- 1 stycznia 2012, 31 grudnia 2010 - 1 stycznia 2011.

W ocenie Odwołującego - takie wyliczenia są tak samo fikcyjne i niepoprawne, jak wcześniejsze wyliczenia okresu 10 lat. Wszystko to wskazuje, że z zestawienia wskazanego w złożonej ofercie przez KANWOD W. T. wynika, iż ocenienie doświadczenia Pana M. B. zarówno w kwestii spełnienia warunku udziału, jak i uzyskania punktacji w zakresie kryterium pozacenowego jest niemożliwe tj; ze wskazanego doświadczenia może wynikać każdy okres doświadczenia w zależności od dobrowolnego założenia oraz przyjętej fikcji.

Dalej, stwierdził, że zarzut w zakresie nieprawidłowej oceny oraz nierzetelności KANWOD W. T. w sporządzaniu oferty są w pełni również uzasadnione również w stosunku do oceny doświadczenia Pana W. P. - poprzez wskazanie okresów bez dni z przedstawionego zestawienia może wynikać, że przy różnych założeniach doświadczenie Pana W. P. może się wahać o okres minimum pół roku.



Zdaniem Odwołującego - wskazanie błędnego oraz dobrowolnego wyliczenia doświadczenia Pana M. B., jak również brak rzetelności treści oferty KANWOD W. T. tj.: sugerowanie doświadczenia Pana M. B. zdobytego w okresie pełnienia funkcji kierownika na budowie pn.: „Budowa głównych kolektorów Torunia Południowego i systemu ściekowego dla dzielnic : Podgórz, Stawki i Rudak- kanalizacja sanitarna i deszczowa” wskazują również załączone dowody do niniejszego odwołania w postaci kserokopii Dziennika Budowy tejże budowy.

Wywodził, że wbrew wskazanym datom w ofercie z Dziennika Budowy wskazanej budowy wynika, iż Pan M. B. podjął się obowiązków kierownika budowy w dniu 27 kwietnia 2007r., a prace zostały zakończone w dniu 30 stycznia 2009r. Tym samym wskazanie przez KANWOD W. T. doświadczenia Pana M. B. w latach 2007 — 2009 na tejże budowie jest niezgodne z rzeczywistością. Oczywistym jest również, iż nieprawdziwe referencje prowadzą również do nieprawidłowości oceny, co potwierdza kserokopia 4 stron Dziennika Budowy zadania pn.: Budowa głównych kolektorów Torunia Południowego i systemu ściekowego dla dzielnic : Podgórz, Stawki i Rudak - kanalizacja sanitarna i deszczowa.

Podniósł również, że tożsame do powyższych są zarzuty w zakresie błędnego oraz dobrowolnego wyliczenia doświadczenia, jak również braku rzetelności w złożeniu oferty przez KANWOD W. T., które dotyczą również doświadczenia Pana W. P. Okres doświadczenia Pana W. P. na zadaniu pn.: „Budowa i przebudowa układu komunikacyjnego i rozbudowa drogowego w rejonie ograniczonym ulicami Jana Pawła 11 - Krzywoustego-Inflancka-Milczańska i trasą tramwajową na Rataje w Poznaniu” jaki został wskazany przez KANWOD W. T. w ofercie budzi poważne i uzasadnione wątpliwości.

Wynika to z faktu, iż zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej <https://colas.pl/pl/realizacje/budowa-i-przebudowa-ukladu-komunikacyjno-drogowego-w-rejonie-ch-posnania.html> z dnia 1 października 2020r. głównego wykonawcy firmy Colas wymieniona inwestycja była realizowana od VI.2014 do X.2016, czyli znacząco mniej niż podano w ofercie KANWOD W. T. tj. mniej o ok. 400 dni, co w konsekwencji skraca wymagane doświadczenie Pana W. P. o przeszło rok.

Zdaniem Odwołującego - oferta KANWOD W. T., jak i z całą dokumentacja postępowania nie wskazuje nie tylko liczby punktów, jaką KANWOD W. T. winien otrzymać za doświadczenie Pana M. B., ale również nie sposób potwierdzić, że oferta spełnia warunki udziału w zakresie doświadczenia Kierownika budowy.

W związku z powyższym – w opinii Odwołującego - zarzuty niewykazania warunku

udziału i jednocześnie nieprawidłowo przyznanej ilości punktów i dokonanej oceny są w pełni uzasadnione. Zarzuty w zakresie nieprawidłowej oceny oraz nierzetelności oferty również uzasadnione są w zakresie doświadczenia Pana W. P. tj.: z oferty KANWOD W. T., jak i z całej dokumentacji postępowania nie sposób bezwzględnie stwierdzić ile punktów winno być przyznane ofercie KANWOD W. T. za doświadczenia Pana W. P.

Wskazał, że zgodnie z art. 114 Kodeksu cywilnego jeżeli termin jest oznaczony w latach rok liczy się za dni trzysta sześćdziesiąt pięć. Tym samym aby uzyskać okres piastowania danego stanowiska przez np. minimum 10 lat dana osoba winna je wykonywać przez okres minimum 3650 dni. Na takie samo rozumienie pojęcia roku wskazał również Zamawiający w piśmie „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 25.09.2020r., gdzie zgodnie z ofertami złożonymi w trakcie postępowania wyliczał okres piastowania danego stanowiska przez osobę wskazaną przez oferenta z dokładnością co do jednego dnia.

Zarzucił, że takiego zabiegu Zamawiający nie wykonał wyłącznie w stosunku do oferty KANWOD W. T. i tym samym w sposób dowolny i wybiórczy przyjął, iż osoby wskazane w ofercie KANWOD W. T. faktycznie pełniły dane stanowisko od pierwszego do ostatniego dnia każdego miesiąca i roku. Wszystko to doprowadziło do niepoprawnej, niezgodnej z przepisami i zapisami siwz oceny oferty KANWOD W. T. w omawianym zakresie.

Wnioskował, że biorąc pod uwagę punktację oferentów to właśnie ocena kryteriów pozacenowych przeważała i przesądziła o wyborze najkorzystniejszej oferty, co powoduje, iż opisane zarzuty w zakresie niewykazania warunków udziału, nierzetelności i niezgodności ze stanem faktycznym złożonej oferty KANWOD W. T. oraz nieprawidłowości dokonania oceny doświadczenia miały kluczowe znaczenie i rzeczywisty wpływ na wynik postępowania.

Argumentował, że z informacji wykazanych w treści niniejszego odwołania wynika, iż poza nieprawidłową oceną nastąpiło również podanie przez KANWOD W. T. w określonych zakresach informacji doświadczenia wykazanych osób w sposób niezgodny z prawdą, co już samo w sobie powoduje brak możliwości brania tejże oferty pod uwagę w ocenie.

Podkreślił, iż Zamawiający w niniejszej sprawie zaniechał sporządzenia uzasadnienia o podstawie przyznania w zakresie Kryterium pozacenowego KANWOD W. T. maksymalnej ilości punktów za doświadczenie kierownika budowy oraz kierownika robót w sposób w jaki Zamawiający uzasadniał przyznanie innym oferentom w tym zakresie punktacji.

Wskazał przy tym, że jest to oczywiste naruszenie zasady równego traktowania oraz

transparentności postępowania, a do tego innych przepisów ustawy Pzp zgodnie z którymi minimalne wymagania, jakie winna zawierać informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej to: nazwa i dane wykonawcy, którego oferta została wybrana i dane innych wykonawców oraz punktacja przyznana ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączna punktacja oraz uzasadnienie.

Zarzucił Zamawiającemu brak określenia poziomu szczegółowości uzasadnienia przedstawianego wykonawcom, który nie może ograniczać wiedzy wykonawcy jedynie co do ilości przyznanych punktów w poszczególnych kryteriach, ale powinien on także poznać powody ich przyznania lub nieprzyznania (wyrok KIO 1355/20 z dnia 22 lipca 2020r.).

Zaznaczył wyraźnie, że poza powyższymi wątpliwościami co do rzetelności wskazanych czasookresów treść oferty budzi również uzasadnione wątpliwości co do kwot, co wynika z faktu, iż w dokumentacji przetargowej brakuje informacji czy w odniesieniu do kompleksowego zadania „Budowa, rozbudowa, modernizacja i przebudowa sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej w wybranych rejonach i ulicach miasta Radomia” wartość zadania w wysokości 42.800.000 zł dotyczy faktycznie wyłącznie kanalizacji sanitarnej i deszczowej czy łącznie z siecią wodociągową.

Podniósł, że wątpliwości te nasuwają się w szczególności wobec faktu, iż pod wskazaną nazwą zadania było wykonywane kilka kontraktów. Co więcej z dokumentacji postępowania nie wynika również okoliczność czy na zadaniu pn. „Budowa autostrady A 1 Toruń Stryków - Zadanie odcinek I węzeł Czerniewice - węzeł Brzeziny, odcinek II węzeł Brzeziny - węzeł Kowal” wartość 112.000 zł dotyczy kanalizacji sanitarnej i deszczowej, a w zakresie zadania pn.: „Budowa Stadionu Narodowego w Warszawie - sieci zewnętrzne” brak jest informacji czy kwota 22.145.175,00 dotyczy wyłącznie kanalizacji sanitarnej i deszczowej.

Mając na uwadze zarzut nieprawdziwości, nierzetelności oraz braku skrupulatności we wskazywaniu w odpowiednich zakresach przez KANWOD W. T. doświadczenia osób wskazanych w ofercie, Odwołujący z ostrożności postępowania zauważył, że w postępowaniu zgodnie z przepisem art. 91 ustawy Pzp in fine Zamawiający określił kryteria oceny ofert stosując kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia mogących mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Według Odwołującego - treść oświadczenia zamieszczona w formularzu oferty KANWOD W. T. nie zawierała informacji dotyczących doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia w zakresie i w sposobie wystarczającym do oceny i potwierdzenia

wymagań zamawiającego opisanych w SIWZ i z tego powodu - co Odwołujący zaznaczył oraz zastrzegł - nie mogło mieć miejsca uzupełniająco złożenie wykazu.

Podkreślił, że wywiązanie się przez zamawiającego z obowiązku wykluczenia jakiegokolwiek wykonawcy z przyczyn wskazanych w ustawie Pzp oraz z obowiązku udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp oznacza, że do momentu udzielenia zamówienia wybranemu wykonawcy (zawarcia umowy) zamawiający musi „czuwać”, czy nie występują przesłanki wykluczenia tego wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

Wskazał, że sankcją za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego jest bezwzględne wykluczenie wykonawcy z postępowania.

W przekonaniu Odwołującego - absolutnie niedopuszczalne byłoby w takiej sytuacji jedynie poprzestanie na przyznaniu wykonawcy mniejszej ilości punktów, ponieważ celem regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp jest między innymi zapobieganie nierzetelnym i niestarannym zachowaniom wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp przewidują kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia.

Po pierwsze wykonawca miał wprowadzić Zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie Zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. W zakresie pkt. 17 przywołanego przepisu koniecznymi elementami są wprowadzenie zamawiającego w błąd w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, skutkiem czego winno być pozostawienie zamawiającego w błędnym przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy, a błędne przekonanie, choćby potencjalnie, powinno mieć

przełożenie (wpływ) na przebieg postępowania (na decyzje podejmowane przez zamawiającego).

Wywodził, że jeżeli wykonawca przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje pozostające w sprzeczności z faktami, to uznać należy, że co najmniej wykazał się niedbalstwem wprowadzającym zamawiającego w błąd co do doświadczenia wskazanej osoby lub osób.

Według Odwołującego - w przedmiotowej sprawie weryfikacja doświadczenia była możliwa choćby poprzez informacje pochodzące od odbiorcy zadania lub w powszechnie dostępnych źródłach, a o istotności podanych przez KANWOD W. T. informacji świadczy fakt, iż na podstawie tych informacji oferta tejże firmy została uznana za najkorzystniejszą.

Mając powyższe na uwadze – według Odwołującego - oferta KANWOD W. T. nie wykazuje, aby Pan M. B. spełniał wymogi warunki udziału w zakresie doświadczenia Kierownika budowy.

Kolejny zarzut odnosił się do zaniechania odrzucenia oferty złożonej KANWOD W. T., której treść nie odpowiada treści SIWZ - IDW oraz która zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.

W związku z tym zarzutem zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 17.1. IDW w niniejszym postępowaniu cena oferty miała być wyliczona przez Wykonawcę na podstawie Kosztorysu ofertowego, którego wzór stanowił załącznik do Formularza „Oferta” - Załącznika Nr 1.2. do IDW. Wyliczenie ceny miało się odbyć w oparciu o wszystkie dokumenty składające się na SIWZ oraz udzielone wyjaśnienia lub zmiany, a Wykonawca wskazać miał w Formularzu „Oferta” łączną cenę ofertową netto i brutto za realizację całości przedmiotu zamówienia, zaś stosownie do pkt 17.10. Zamawiający wymagał, aby kosztorys ofertowy spełniający wszystkie wymogi Zamawiającego określone w SIWZ, sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, polegającej na obliczeniu wartości netto danej pozycji kosztorysu, jako iloczynu ilości (liczby) ustalonych przez Wykonawcę jednostek przedmiarowych i ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysu.

Zauważył, że w niniejszym postępowaniu KANWOD W. T. zgodnie ze złożoną treścią oferty zaoferował wykonanie całości zamówienia za cenę całkowitą netto: 6.883.553,08 zł, co z podatkiem od towarów i usług (VAT) w wysokości 23 % równa się cenie brutto: 8.466.770,29 zł.

Tymczasem cena wynikająca z pozycji zawartych w Kosztorysie ofertowym oraz poszczególne ceny wskazane w Kosztorysie ofertowym w żaden sposób nie pokrywają się ze wskazaną w ofercie KANWOD W. T. ceną za realizację całości zamówienia.

Wskazał na niezgodność ceny z Kosztorysu ofertowego z uwagi na fakt, iż KANWOD W. T. w przeciwieństwie do ceny wynikającej z oferty wskazał wartość brutto jako 6.883.553,08 zł.

Jako kolejny błąd podniósł okoliczność, że w całym Kosztorysie ofertowym KANWOD W. T. nie wypełnił żadnej z pozycji opisu obmiaru w sposób zgodny ze wzorem Zamawiającego z dnia 19.05.2020 tj. poprzez wypełnienie odpowiednio kolumny „Wartość netto” oraz „Wartość brutto”, gdzie wynik „Wartość brutto” winien powstać poprzez dodanie do „Wartości netto” podatku VAT.

Zaznaczył, że chociażby w dziesięciu pierwszych pozycjach gdzie KANWOD W. T. podał wartości netto i brutto łącznie błędnie i w żaden sposób do siebie nieprzystający.

Pozycja	Wartość netto wg oferty KANWOD	WARTOŚĆ BRUTTO WG OBLICZEŃ NA PODSTAWIE OFERT	Wartość brutto wg oferty KANWOD		
1.1.1	55.20	67.90	14020.8		
1.1.2	37.89	46.60	19437.57		
1.1.3	744.26	915.44	17117.98		
1.1.4	58.52	71.98	1345.96		
1.1.5	25.59	31.48	2251.92		
1.1.6	26.78	32.94	615.94		
1.1.7	3461.18	4257.25	6922.36		
1.1.8	1210.28	1488.64	27836.44		
1.1.9	110.64	136.09	19865.41		
1.1.10	110.64	136.09	44417.98		
1.1.11	114.15	140.40	2054.7		
	Suma	7324,81	155887,06	148562,25	Różnica

Według Odwołującego - już same przykładowo przytoczone w niniejszej tabelce

pozycje powodują różnicę w cenie podanej przez KANWOD W. T. w wysokości 148 562,25 zł.

W opinii Odwołującego - podsumowanie kolumny Wartość netto wg kosztorysu KANWOD W. T. to wartość 1.538.244.13 zł, co oznacza, że nieznanym jest sposób i podstawa wyliczenia ceny 6.883.553,08 zł lub 8.466.770,29 zł.

Argumentował, że zarówno Zamawiający, jak i jakikolwiek inny - a w tym również Odwołujący - podmiot poza KANWOD W. T. nie mają i nie mogą mieć wiedzy czy przy wypełnianiu Kosztorysu ofertowego KANWOD W. T. popełnił błąd poprzez wpisanie nieodpowiedniej wartości netto, nieodpowiedniej wartości brutto, czy może nieodpowiednie przeliczenie ilości.

Innymi słowy żaden podmiot nie jest w stanie stwierdzić, która liczba lub wartość była źródłem złego wyliczenia (błędu pierwotnego) i tym samym żaden inny podmiot nie jest w stanie naprawić lub wyeliminować tego błędu bez zasięgnięcia szeregu informacji dodatkowych/towarzyszących od KANWOD W. T., a w tym w szczególności bez posiadania wszelkich kosztorysów wewnętrznych lub ofert, które były podstawą wyliczenia poszczególnych cen pozycji oraz ceny za całe zamówienie.

Poza powyższym podniósł, że KANWOD W. T. uzupełniając Kosztorys ofertowy popełnił kolejny błąd tj.: dokonał dodatkowo samodzielnej modyfikacji kosztorysu zmieniając ostatni wiersz kosztorysu i nie podając podsumowania wartości netto.

Wszystko powyższe powoduje, iż złożona oferta przez KANWOD W. T. jest wewnętrznie sprzeczna tj.: w zależności od dokumentu wskazuje różne ceny wykonania zamówienia i tym samym złożoną ofertą uznać należy za nieprawidłową oraz ewentualnie wariantową z której ostatecznej ceny wykonania zamówienia nie sposób wywieść.

Odwołujący podkreślił, iż błędów oraz sprzeczności wynikających z przedstawionego Kosztorysu ofertowego nie sposób pominąć, co wynika zarówno z przytoczonych wyżej zapisów IDW wskazujących na jego istotność w składaniu oferty, jak również z innych zapisów IDW oraz Wzoru umowy, które dodatkowo wykazują jego doniosłość, co wynika chociażby z zapisów, iż przedłożenie zmienionego kosztorysu względem wzoru przygotowanego przez Zamawiającego lub wpisanie w którąkolwiek pozycję wartości 0 będzie skutkowało odrzuceniem oferty Wykonawcy (17.15. IDW ).

Zwrócił uwagę, że do tego stosownie do pkt 17.8. IDW Kosztorys ofertowy może

zostać również wykorzystany jako pomocniczy do ustalenia rzeczowego zakresu robót budowlanych, do kalkulacji ewentualnych zamówień, o których mowa w pkt 4.9., robót dodatkowych, zamiennych lub zaniechanych, jak również do obliczenia należnego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy.

Nadto, wyjaśnił, że zgodnie z par. 6 ust. 4. Wzoru Umowy „Strony ustalają następujący sposób postępowania w przypadkach zmian wynagrodzenia wskazanych w ust. 3 powyżej:

1) w przypadku rozwiązań zamiennych, o których mowa w § 6 ust. 3 pkt 1 Umowy, których: a) wartość jest niższa lub przekracza wartość rozwiązań podstawowych. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji ich wartość, którą ustalą: - tam, gdzie jest to możliwe na podstawie kosztorysu ofertowego stanowiącego podstawę wyliczenia wynagrodzenia określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu (roboty odpowiadające opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym lub roboty o charakterze podobnym do tych robót), a w przypadku braku możliwości zastosowania tych wskazań,

4) w przypadku zaniechania wykonania części przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 6 ust. 3 pkt 3 Umowy, Wykonawca sporządzi protokół robót zaniechanych w oparciu o kosztorys ofertowy, na podstawie którego zostało skalkulowane wynagrodzenie wskazane w ust. 1 niniejszego paragrafu. Zmiana wynagrodzenia z niego wynikająca zostanie potwierdzona aneksem do Umowy.”.

Powyższe doprowadziło Odwołującego do wniosku, iż poza wewnętrzną sprzecznością oferty i niemożliwością ustalenia jej ceny rzeczywistej błędnie sporządzony Kosztorys ofertowy będzie skutkował również bardzo poważnymi problemami w trakcie realizacji zamówienia, przy szczególnie newralgicznych czynnościach tj.: ustalaniu zakresów zamówienia, ich zmianach oraz rozliczeniach w odpowiednich sytuacjach.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający, pomimo badania oferty KANWOD W. T. pod kątem rażąco niskiej ceny, w całości pominął oraz zignorował błędy i sprzeczności oferty KANWOD W. T. mimo, iż ze względu na wymienione nieprawidłowości oferta KANWOD W. T. winna podlegać odrzuceniu.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert zobowiązany – zdaniem Odwołującego - jest zweryfikować wszystkie wymagania, które sformułował w dokumentacji postępowania wobec przedmiotu zamówienia.

Zaakcentował ponownie, że każdy wykonawca składając ofertę musi dołożyć należytej staranności, tak aby pozostawała ona zgodna z wymaganiami zamawiającego



określonymi w SIWZ, czego w tym wypadku KANWOD W. T. również w opisywanym zakresie Kosztorysu ofertowego zaniechał.

Zastrzegł, że przepisy ustawy Pzp nie pozwalają wykonawcy po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty.

Według Odwołującego - przedstawione błędy w żaden sposób nie mogą być uznane za „naprawialne” w toku postępowania błędy lub omyłki. Tym samym w niniejszej sprawie, ustalenie przez Zamawiającego cen jednostkowych dla kosztorysu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ewentualne wezwanie do złożenia wyjaśnień, niewątpliwie stanowiłoby niedozwolone negocjacje treści oferty i sprowadzałoby się właściwie do określenia, jakie jest oświadczenie woli Wykonawcy, a zatem do niedozwolonego wprowadzenia do oferty nowej treści, która pierwotnie się tam nie znajdowała.

Zauważył, że Zamawiający może jedynie poprawić w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Reasumując powyższe rozważania wskazał, że oczywiście w postępowaniu nie nastąpiło - ponieważ nie mogło i nie może nastąpić - poprawienie omyłki pisarskiej ze względu na fakt, że nie ma mowy o omyłce lub błędzie, a o całkowicie niepoprawnie wypełnionym formularzu ofertowym w zakresie ceny, zarówno jako sumy poszczególnych wartości netto i brutto oraz nieznajującym oparcia w Kosztorysie ofertowym wskazaniu ceny za wykonanie całego zamówienia w ofercie.

Tym samym w postępowaniu nastąpiło złożenie oferty alternatywnej lub sprzecznej oraz niezgodnej z IDW - SIWZ, która winna podlegać odrzuceniu.

Zarzucił, że wykonawca KANWOD W. T. złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, a Zamawiający niezasadnie przyjął wyjaśnienia KANWOD W. T. w zakresie ceny oferty za rzetelne i udowodnione.

W pierwszej kolejności należało wskazać, że oferta KANWOD W. T. jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i jako taka była przez Zamawiającego poddana procedurze wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Według Odwołującego - oferta ta zawiera rażąco niską cenę zarówno w stosunku do

kosztorysu Zamawiającego sporządzonego przez otwarciem ofert, jak również w stosunku do zaktualizowanego kosztorysu przedstawionego przez Zamawiającego w postępowaniach prowadzonych w stosunku do omawianego zamówienia prowadzonych pod sygn. akt: 1633/20 i 1566/20.

Podniósł okoliczność, że Zamawiający wystosował do KANWOD W. T. ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień już po wydaniu wyroku KIO 1566/20, gdzie między innymi zażądał w dniu 2 września 2020r. wyjaśnienia od KANWOD W. T. kwestii zbyt małej wskazanej ilości rur, a w odpowiedzi KANWOD W. T. podał kolejną (już drugą w trakcie postępowania), inną ofertę Rurex sp. z o.o. z ilością rur konkretnie wskazaną w wezwaniu.

Tym samym na kanwie tego postępowania KANWOD W. T. przekazał – w ocenie Odwołującego - dwie różne oferty na ten sam materiał, gołosłownie twierdząc, iż posiada wysokie rabaty w firmie Rurex sp. z o.o. i wskazując, że te rabaty zezwalają na dostawę każdej ilości rur w tej samej cenie.

Jednocześnie, w przekonaniu Odwołującego - KANWOD W. T. nie wykazał jak - tak istotna zmiana jaką podał Zamawiający w ilości rur - wpłynie na cenę ryczałtową i nie wskazał również zmian w Kosztorysie ofertowym, pomimo zmian ilości.

Wszystko to powoduje – w ocenie Odwołującego, że wyjaśnienia KANWOD W. T. pozostają niewiarygodne oraz wskazują, iż cena oferty nie została wyliczona w sposób rzetelny i ostateczny.

Zauważył przy tym, że nowe oferty firmy Rurex sp. z o.o. datowane są na dzień 8 września 2020r., czyli po okresie zmian cenowych oraz po okresie składania ofert, a mimo to Zamawiający w sposób bezpodstawny przyjmuje za wyczerpujące wyjaśnienia KANWOD W. T. .

Dodatkowo, wskazał, że pomimo faktu, iż oferta KANWOD W. T. jest ofertą z rażąco niską ceną do obu kosztorysów Zamawiającego, to w dalszym ciągu Zamawiający poprzestaje i daje wiarę gołosłownym oświadczeniom KANWOD W. T. i nie bada czy oferta złożona przez tą firmę faktycznie zezwala na należyte i terminowe wykonanie całego zadania.

Argumentował, że na skutek badania oferty KANWOD W. T. z zastosowaniem procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powstało domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywał na KANWOD W. T. . Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca

wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody.

Biorąc pod uwagę treść wezwania z dnia 2 września 2020r. oraz udzieloną przez KANWOD W. T. odpowiedź uznał, że KANWOD W. T. nie tylko nie obalił powstałego domniemanie, ale wręcz udzielił odpowiedzi, która wskazała dodatkowe nieprawidłowości oraz brak rzetelności i wiarygodności sporządzonej oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności materiału oferowanego przez KANWOD W. T. z SIWZ- IDW wyjaśnił, że na podstawie odpowiedzi z dn.: zmiany nr 7 treści SIWZ z dn.: 19 maj 2020r. Zamawiający zażądał użycia rur PP lub PVC-U SN 10. Wykonawca w pierwszym wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny załączył ofertę od Firmy Rurex, wg której wynika, że firma Kan-Wod zastosowała w ofercie rury o wytrzymałości SN8.

Dalej, wskazał, że kolejne dowody załączone do postępowania to zmiana oferty firmy Kan-Wod, gdyż oświadczenie o dostarczeniu w tej samej cenie rur o innej skali wytrzymałości nie można uznać za omyłkę w ofercie firmy Rurex.

W dniu 9 października 2020 r. wykonawca KANWOD W. T. z siedzibą w Węglewie, 62-590 Golina, zwany dalej Przystępującym, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 22 października 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, a także sprawy o sygn. akt KIO 1566/20 i KIO 1633/20, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 2 września 2020 r., odpowiedzi wykonawcy z dnia 8 września 2020r. na powyższe wezwanie wraz z dowodami, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 września 2020r, zgłoszenia Przystępującego z dnia 9

października 2020 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 22 października 2020 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Istotną okoliczność w rozpoznawanej sprawie stanowi fakt, że na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący oświadczył, że w dniu 14 lipca 2020r. otrzymał ofertę KANWOD, a także przyznał, że otrzymał również formularz kryteria oceny ofert oraz kosztorys ofertowy w całości.

Jednocześnie należy wskazać, że na tym posiedzeniu pełnomocnik Zamawiającego podkreślił, że zarzuty wskazane na str. 2 tiret 1,2, na str. 3, tiret 3,4,5,6 odwołania były to okoliczności znane Odwołującemu od 14 lipca 2020r. były to okoliczności, które mogłyby być zaskarżone w terminie od daty, gdy powziął wiadomość o okolicznościach uzasadniających wniesienie odwołania, a najdalej od pierwszego rozstrzygnięcia Zamawiającego.

W powyższym zakresie Izba podziela zapatrywanie Zamawiającego o spóźnionych zarzutach przedstawionych przez Odwołującego na stronie 2 tiret 1,2 oraz na stronie 3 tiret 3,4,5,6 odwołania.

Stosownie do art.182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba ustaliła również, że pismem Zamawiającego z dnia 6 lipca 2020 r. zatytułowanym „Zawiadomienie o odrzuceniu ofert” Odwołujący powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny, w tej samej dacie Zamawiający podjął również decyzję o odrzuceniu oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący mając wiedzę o treści oferty Przystępującego ( załącznik nr 1.2 do IDW) i załączników ( formularz kryteria pozacenowe nr 1.2.1. do IDW oraz kosztorys cenowy) do niej, a także o tym, że Zamawiający odrzucił ofertę Przystępującego jedynie z powodu rażąco niskiej ceny, podczas gdy – w ocenie Odwołującego – istniały jeszcze inne powody do jej odrzucenia, miał prawną możliwość zaskarżenia jej odwołaniem w terminie, o którym mowa w art.182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe prowadzi do wniosku, że co najmniej od dnia następującego po dniu 14 lipca 2020 r. w wyżej wskazanym 10 dniowym terminie ustawowym Odwołujący mógł zaskarżyć zaniechanie Zamawiającego wynikające z nieprawidłowego dokonania oceny ofert (vide: strona 2 zdanie 1 odwołania), co uczynił z prawie trzymiesięcznym opóźnieniem.

W związku z powyższym zarzuty wskazane na str. 2 tiret 1,2 na str. 3 tiret 3,4,5,6 odwołania nie podlegały rozpoznaniu jako spóźnione i zgłoszone po terminie ustawowym.

W pozostałym zakresie Izba, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp w odniesieniu do informacji zawartych w załączniku nr 1.4 do IDW – wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.2 i 3 w odniesieniu do oceny czynności Zamawiającego nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1566/20 i KIO 1633/20, a także art.91 ust.1 i art.92 ust.1 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że Zamawiający w rozdziale I Instrukcji dla wykonawców, zwanej dalej IDW w pkt 7.2.2.2. postanowił, że wykonawca musi wykazać, iż dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, w tym:

- jedną osobą, którą skieruje do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót sanitarnych, który będzie jednocześnie pełnił funkcję Kierownika Budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz co najmniej 6 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych w branży sanitarnej na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych przy realizacji co najmniej jednego zadania polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej, o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto;

- jedną osobą, którą skieruje do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Robót drogowych, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej oraz co najmniej 3 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych w branży drogowej na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji co najmniej jednego zadania, o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł.

Uwaga:

- a) przez jedno zadanie należy rozmieść robotę zrealizowaną w oparciu o jedną umowę cywilnoprawną;
- b) nie dopuszcza się wykazania tej samej osoby na oba stanowiska;
- c) wartości podane w walutach innych niż PLN należy przeliczyć na PLN wg średniego kursu walut obcych Narodowego Banku Polskiego (NBP) na dzień wystawienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku. Wykonawca zobowiązany jest podać kurs przeliczeniowy.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w rozdziale I IDW w pkt 8.2.2 Zamawiający określił wymagany Wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp:

Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami, stanowiący oświadczenie podpisane odpowiednio przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy albo przez Pełnomocnika reprezentującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z treścią Załącznika Nr 1.4. do IDW.

W wykonaniu tego wymagania Przystępujący taki wykaz złożył, w którym przedstawił informacje potwierdzające spełnianie wymagań, tj.: opis zadania, pełnioną funkcję i okres pełnionej funkcji oraz wartość zadania.

Wymaga wskazania, że w treści SIWZ Zamawiający nie przewidział innych dowodów na potwierdzenie spełniania powołanego wyżej warunku.

Nadto, Izba zauważyła, że w rozdziale I IDW w pkt 7.2.2.2 Zamawiający w uwagach przewidział swojego rodzaju wytyczne do prawidłowego wykazania spełniania cyt. wyżej warunku, nie regulując jednak w jaki sposób miałyby zostać zadeklarowane przez wykonawców okresy pełnionej funkcji czy poprzez podanie lat nabywanego doświadczenia, czy też okresów uwzględniających miesiące bądź konkretne daty w przedziale od dnia do dnia.

Podobnie Zamawiający nie opisał szczegółowo, co miałyby obejmować informacja o wartości zadania, czy chodziło o wartość całego zadania czy też o jego wartościowy udział obejmujący jedynie część zadania polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej.

Z akt sprawy wynika, że w powyższym zakresie wykonawcy nie wnosili o doprecyzowanie treści SIWZ i w związku z tym nie wnosili środka ochrony prawnej.

W związku z tym, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego (vide: pkt 8 ze str. 3 odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 października 2020 r.), ten badając oferty poszczególnych wykonawców przyjmował do obliczeń łączny okres doświadczenia zależnie od informacji wskazanych przez wykonawców: pełne lata (gdy wykonawca podał okres wyłącznie w latach), pełne miesiące (gdy wykonawca podał okres wyłącznie w miesiącach), (gdy wykonawca wskazywał konkretne datyienne dla pełnienia funkcji przez daną osobę).

Z tych przyczyn bez znaczenia – w ocenie Izby - pozostaje dowód z kserokopii 4 stron Dziennika Budowy pn.: Budowa głównych kolektorów Torunia Południowego i systemu ściekowego dla dzielnic : Podgórz, Stawki i Rudak - kanalizacja sanitarna i deszczowa.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała również, że konsekwencje takiego uregulowania SIWZ nie powinny skutkować uruchomieniem dyspozycji przepisu art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby – Odwołujący nie udowodnił przesłanek z przepisu art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie, Izba oceniła dowody Odwołującego zgłoszone w piśmie z dnia 22 października 2020 r. za potwierdzające jedynie okoliczność dokonywania wpisów przez M. B. na wskazanych w wykazie częściach inwestycji, natomiast – w przekonaniu Izby – dowody te nie przesądzają o okoliczności czy są to wszystkie dzienniki budowy na tym zadaniu, a także nie zostało wykazane przez Odwołującego czy w ramach tej realizacji osoba ta nie wykonywała innych czynności odbiorczych czy też z tytułu gwarancji i rękojmi.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego wymaga wskazania, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 10 sierpnia 2020 r. o sygn. akt KIO 1566/20 i KIO 1633/20 uwzględniła odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt: KIO 1566/20 i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 6 lipca 2020 r. polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy W. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD W. T. z siedzibą w Węglewie, dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonanie ponownego wezwania ww. wykonawcy do doprecyzowania wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji przyjęcia, że złożone wyjaśnienia w dalszym ciągu pozostawiają wątpliwości w zakresie oferowanej ceny.

W wykonaniu tego orzeczenia Zamawiający pismem z dnia 2 września 2020 r. wezwał Przystępującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zaś ten pismem z dnia 8 września 2020r. udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z dowodami.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;



2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Jednocześnie, należy zaznaczyć, że w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

W ocenie Izby – Przystępujący powyższemu obowiązkowi sprostał udowadniając koszty wynikające z oferty sprzedawcy Rurex sp. z o.o. z dnia 8 września 2020 r. dedykowanej do Budowy Aleksandrów Kujawski na poziomie mieszczącym się w kosztach przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich pozycji przedmiarowych.

Wobec powyższego - zdaniem Izby – dla ustalenia prawidłowej ceny lub jej głównych składowych nie ma większego znaczenia okoliczność, że Przystępujący pierwotnie przedstawił dowód w postaci faktury nie obejmującej wszystkich pozycji przedmiarowych, lecz przesądzające jest czy dana cena jednostkowa za daną pozycję jest rynkowa, realna i wiarygodna.

Biorąc powyższe pod uwagę, wymaga wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Przystępującego dowodami potwierdziła, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Poza tym - w przekonaniu Izby - Przystępujący udowodnił, że zaoferowana przez niego cena ma charakter rynkowy, bowiem powołane wyżej wyjaśnienia w tym zakresie zawierają stosowne ceny jednostkowe z przedłożonej oferty za materiały do wykonania przedmiotu zamówienia, które nie budzą wątpliwości co do ich wiarygodności.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, w warunkach, gdy

dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dalszej części, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.92 ust.1 ustawy Pzp, z tego powodu, że Zamawiający w swoim zawiadomieniu z dnia 25 września 2020 r. wskazał okoliczności faktyczne, którym towarzyszyło przyznanie stosownej punktacji.

Ostatecznie, konsekwencją powyższej argumentacji przyjętej przez Izbę musi być uznanie, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.91 ust.1 ustawy Pzp jest bezzasadny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**