

WYROK

z dnia 19 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Emil Kuriata

Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2018 r. przez wykonawcę **Inżynieria Rzeszów Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rzeszowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku**, przy udziale wykonawcy **WOD – BUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Kraśnickiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku powtórne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp wykonawcy WOD – BUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego Kraśnickiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku na rzecz odwołującego Inżynierii Rzeszów Spółki Akcyjnej z siedzibą w Rzeszowie kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w aglomeracji Kraśnik.” Numer referencyjny: 2/ZP/2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r., pod numerem 2018/S 122-277853.

W dniu 1 października 2018 r. wykonawca Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań

Zamawiającego wskazanych poniżej oraz zarzucając Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów ustawy Pzp: 1. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę WODBUD Sp. z o.o. (dalej zwanego „WODBUD”), pomimo faktu, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, zaś złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3, art.

24 ust. 5 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 8 i ust. 9, art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 3 ustawy;

2.zaniechania czynności wykluczenia WODBUD z postępowania, pomimo faktu, że wykonawca ten znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem i zostało nałożone odszkodowanie w postaci zatrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawca ten nie dopełnił obowiązku samooczystczenia wraz z ofertą ani w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie

Zamawiającego, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 5 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 8 i ust. 9 ustawy;

3.zaniechania czynności odrzucenia oferty WODBUD z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy WODBUD nie złożył w określonym terminie wyjaśnień z dowodami potwierdzającymi że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czym naruszono przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy;

4.zaniechania czynności udostępnienia informacji dotyczących złożonych przez WODBUD wyjaśnień rażąco niskiej ceny na skutek bezprawnego uznania za skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa, informacji tego Wykonawcy takiej tajemnicy nie stanowiących a także odmowa udostępnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa WODBUD, a także wyjaśnienia przez WODBUD podstaw objęcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny na skutek czego odebrano Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego, względem których przysługują środki ochrony prawnej, czym naruszono art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2.Wykluczenia WODBUD z postępowania;
- 3.Odrzucenie oferty WODBUD;
- 4.Udostępnienia Odwołującemu bezprawnie zastrzeżonych informacji WODBUD;

- 5.Powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z treścią pisma Zamawiającego z dnia 20 września 2018 roku, zawierającego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego jest w stanie złożyć dokumenty potwierdzające nie podleganie wykluczeniu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonanie przez Zamawiającego żądań odwołania może doprowadzić do uzyskania zamówienia przez Odwołującego. W obecnym stanie sprawy, Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie wszystkich pięciu części to jest w kwocie 31 428 447,09 złotych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut 1.

Uzasadnienie tego zarzutu zawarte zostało w treści uzasadnień zarzutów odnoszących się do zaniechania czynności odrzucenia oferty WODBUD. Potwierdzenie się któregośkolwiek z poniżej uzasadnianych zarzutów stanowić będzie potwierdzenie słuszności zarzutu nr 1. Zarzut 2.

Odwołujący wskazał na postanowienia Rozdziału 11 SIWZ „Podstawy wykluczenia”, punkt 11.2.4 oraz na treść oświadczeń, jakie WODBUD złożył w Sekcji C Jednolitego Dokumentu Zamówienia Publicznego (JEDZ). W oceni Odwołującego wobec złożenia oświadczenia w Sekcji C JEDZ, że WODBUD znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem, treść rozdziału 11 pkt 11.2.4 SIWZ decyduje o tym, że WODBUD podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z zastrzeżeniem art. 24 ust. 8 i 9 ustawy.

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 8 ustawy wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Kluczowe dla uznania przez Zamawiającego, że samooczyszczenie zostało przeprowadzone skutecznie jest wykazanie tego faktu, a więc jego jednoznaczne udowodnienie przez Wykonawcę. To na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie i to w jego interesie jest wyczerpujące i jasne przedstawienie argumentów, pozwalających Zamawiającemu na uznanie go za podmiot rzetelny i godny zaufania.

Odwolujący zauważył, że WODBUD załączył do oferty oświadczenie, w którym wskazał, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, ale nie dołączył dokumentów mających potwierdzać fakt prawidłowego wdrożenia procedury samooczyszczenia ani wyjaśnień tego obszaru dotyczących. Oferta WODBUD zawierała jedynie stwierdzenie, że to Wykonawca wypowiedział umowę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Jako czynność samooczyszczenia wskazał zatrzymanie bez protestu złożonej przez niego gwarancji przetargowej. Nie wskazał żadnych innych działań. Tymczasem zgodnie z treścią art. 24 ust. 8 ustawy Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5, może (między innymi) przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Zapisy te zostały przez Zamawiającego powtórzone w punkcie 11.5 SIWZ.

Zamawiający dokonawszy oceny zawartości oświadczeń WODBUD złożonych w przedmiotowym zakresie w JEDZ uznał, że są one niewystarczające. Za pismem z dnia 17 września 2018 roku wezwał WODBUD do bardziej wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego, podania podmiotu, który był stroną rozwiązanej umowy oraz podania daty odstąpienia przez Wykonawcę od umowy. Ponadto Zamawiający wezwał do wyjaśnienia, czy Wykonawca podjął konkretne środki techniczne, kadrowe, organizacyjne, odpowiednie do zapobiegania nieprawidłowemu działaniu Wykonawcy w przyszłości oraz do poparcia wyjaśnień dowodami, że podjęte przez Wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności Wykonawcy oraz gwarantują wyeliminowanie na przyszłość działań będących podstawą wykluczenia.

W odpowiedzi WODBUD złożył pismo z dnia 19 września 2018 roku wraz załącznikami.

Do pisma z dnia 19 września 2018 roku WODBUD załączył:

-pismo WODBUD do Gminy Wólka z dnia 15 września 2015 roku zawiadamiające

Gminę o wystąpieniu kolizji zaprojektowanej drogi z granicami przylegających do niej działek prywatnych;

-pismo z 21 września 2015 roku informujące między innymi o dokonaniu pomiarów geodezyjnych potwierdzających wcześniej stwierdzoną kolizję;

-Notatkę urzędową spisana przez Gminę Wólka oraz WODBUD zawierającą ustalenia odnośnie naprawy stanu istniejącego oraz uzgodnienie co do zawarcia aneksu przesuwającego termin realizacji umowy na 09 listopada 2015 roku;

-pismo WODBUD z dnia 19 października 2015 roku zawiadamiające Gminę Wólka o odstąpieniu od umowy oraz żądaniu zapłaty kary umownej;

-pismo Gminy Wólka do WODBUD z dnia 27 października 2015 roku zawiadamiające o odstąpieniu przez Gminę od umowy z winy WODBUD

-Wyrok Sądu Rejonowego Lublin - Wschód z dnia 9 lutego 2018 roku sygn. akt VIII GC 2841/15.

Analiza przedstawionego materiału dowodowego prowadzi, zdaniem Odwołującego, do szeregu następujących wniosków.

Po pierwsze, podniesione przez WODBUD w JEDZ oraz dalszych wyjaśnieniach twierdzenie, jakoby winę za odstąpienie od umowy ponosił Zamawiający, jest co najmniej nieścisłe i wprowadza Zamawiającego w błąd co do faktycznego stanu przedmiotowej sprawy ze skutkiem dla stwierdzenia skuteczności samooczyszczenia. Z pisma Gminy Wólka z dnia 27 października 2015 roku wynika, że w toku realizacji umowy WODBUD, pomimo wezwań Zamawiającego i wyznaczenia mu terminów na określone działania, zaniechał prowadzenia robót, co stało się bezpośrednią przyczyną odstąpienia przez Gminę Wólka od umowy.

Po drugie, z uwagi na treść Wyroku Sądu Rejonowego Lublin - Wschód Sygn. akt VIII GC 2841/15, WODBUD ni

mógł utrzymywać, że skutecznie odstąpił od umowy co za tym idzie, wiedział o tym, że to odstąpienie przez Gminę Wólka było skuteczne i w obecnej sprawie wywołuje skutki prawne w postaci obowiązku Zamawiającego wykluczenia WODBUD w trybie art. 24 ust.5 pkt 4 ustawy.

Po trzecie, jedynym poza zaplaceniem kary umownej, wskazanym przez WODBUD w piśmie z dnia 19 września 2018 roku, działaniem sanacyjnym, które w zamyśle WODBUD miało wypełniać przesłanki art. 24 ust 8 i 9 ustawy, było wyciągnięcie w stosunku do „kancelarii stosownych konsekwencji”.

Analiza przedłożonych dokumentów wskazuje w ocenie Odwołującego, że w świadomości WODBUD, winowajcą niewykonania zamówienia była „kancelaria”, jak można się domyślać - kancelaria prawna obsługująca proces realizacji zamówienia. WODBUD nie przekazał żadnych dowodów ani nie wyjaśnił na czym mogło polegać takie ukaranie zewnętrznej firmy doradczej, która nawet jeżeli popełniła omyłkę, nie może być uznawana za składnik przedsiębiorstwa WODBUD decydujący o jakości i terminowości realizowanych robót budowlanych. Nie wskazano żadnych innych winnych. Tymczasem w odpowiedzialnie funkcjonującym przedsiębiorstwie budowlanym, dającym rękojmię należytego wykonywania zawartych umów, występuje cały szereg procesów zarządczych które powinny być wspierane analizami techniczno — ekonomiczno — prawnymi poczynając od przygotowania produkcji to jest analizy dokumentacji przetargowej w okresie przed złożeniem oferty, poprzez działania kierownictwa budowy w toku realizacji już zawartego kontraktu, działania kontrolingowe aż po właściwie i terminowo podejmowane na podstawie powstałych informacji - decyzje Zarządu.

Wyjaśnienia ani dowody złożone przez WODBUD w ramach procedury „samooczyszczenia” nie dotknęły żadnego z istotnych, wspomnianych powyżej aspektów funkcjonowania przedsiębiorstwa.

Nie przekazano dowodów wdrożenia dobrych praktyk zarządczych. Nie przekazano dowodów zadośćuczynienia Gminie Wólka za poniesione szkody. Nie ma bowiem dowodu, że zapłacona kara umowna pokryła je w całości. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, sam fakt zaplacenienia kary umownej nie jest wystarczający dla uznania, że wykonawca w przyszłości będzie należycie realizował swoje obowiązki (por. KIO 139/17).

WODBUD nie wykazał, że pomimo iż podlega wykluczeniu w trybie art. 24 ust.5 pkt 4 ustawy tworzy dla Zamawiającego rękojmię staranności taką, że Zamawiający może udzielić Mu zamówienia. Zatem uznać należy, że zaniechawszy wykluczenia WODBUD z postępowania w trybie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Zamawiający naruszył ten przepis.

Odwołujący zwrócił uwagę, że treść oświadczenia WODBUD w JEDZ stała w sprzeczności ze stanem faktycznym sprawy. WODBUD dążył zapewne do wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do stanu faktycznego sprawy — to jest że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Powyższe zaktualizowało dodatkowo przesłankę art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy.

Zarzut 3.

Odwołujący wskazał, że zamówienie zostało podzielone na pięć części oraz wskazał zestawienie cen w ramach poszczególnych części. W ocenie Odwołującego w zakresie czterech z pięciu części, obejmujących łącznie 95,32 % ogólnej kwoty całości zamówienia (według kwot które Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia), WODBUD zaoferował realizację zamówienia łącznie za około 60 % wartości wyliczonej przez Zamawiającego. Co niezwykle istotne, Zamawiający oszacował wartość zamówienia z wielką starannością. Wyliczenia Zamawiającego są dostępne w dokumencie „Program FunkcjonalnoUżytkowy PFU-4 Część kosztowa”. Zawarto tam kalkulacje wartości szacunkowej w odniesieniu do poszczególnych zakresów planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych opisanych w Programie Funkcjonalno -Użytkowym. Około czterdziestoprocentowe odstępstwo od wartości szacunkowej w zestawieniu z wysokością kwot ofertowych Odwołującego powinno w oczach Zamawiającego obligować WODBUD do dokładnego wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty dla poszczególnych części zamówienia oraz przedstawienia stosownych dowodów.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2018 roku, Zamawiający zwrócił się do WODBUD z żądaniem wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wezwanie zawierało szczegółowe żądania złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie każdego z pięciu zadań z osobna. Oznacza to, że pomimo faktu, iż zjawisko złożenia oferty z ceną rażąco niską mogło być przez Zamawiającego potraktowane w sposób kumulatywny, Zamawiający brał pod uwagę, że w zależności od oceny wyjaśnień w zakresie poszczególnych części (każdej z osobna) będzie miał możliwość podjęcia decyzji o uznaniu skuteczności wyjaśnień i wiarygodności złożonych dowodów lub nie.

Oczekiwania Zamawiającego winny zostać zaspokojone przez WODBUD szczegółowym odniesieniem się do zarzutu rażąco niskiej ceny i przedstawienia dowodów w odniesieniu do każdej części

Pismem z dnia 28 sierpnia 2018 roku numer 2018/8/58 WODBUD złożył ogólne wyjaśnienia wyliczając znane mu składniki kosztów nie przypisując im jednak żadnych kwot. Nie wykonano kalkulacji cenowej obejmującej wpływ na cenę

oferty kosztów wymienionych z nazwy w treści wyjaśnienia w tym kosztów pracy ani jakie oszczędności faktyczne płyną z zastosowania własnej wytwórni mas bitumicznych. Nie złożono żadnych dowodów. Nie wykazano braku rażąco niskiej ceny w odniesieniu do każdej z części. Ponadto, zdaniem Odwołującego treść wyjaśnień wskazuje jednoznacznie, że WODBUD był przekonany, że zakończył proces składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz dowodami. Zatem Zamawiający powinien był, idąc za myślą WODBUD, zakończyć proces badania w trybie art.

90 ustawy, jak się jednak nie stało. W treści sporządzonego post factum Protokołu 3/ZP z dnia 11 września 2018 roku, Komisja Przetargowa Zamawiającego w następujący sposób uzasadniła ponowne wezwanie do wyjaśnień:

Komisja Przetargowa w sposób jasny stwierdziła, że złożone wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe oraz nie poparte żadnymi dowodami. Wezwanie z dnia 30 sierpnia 2018 roku do „doszczegółowienia” złożonych wyjaśnień stanowi w istocie powtórne wezwanie do złożenia nie złożonych w pierwotnie ustalonym terminie wyjaśnień wraz z dowodami.

Odwołujący wskazuje, że wobec braku popartych dowodami wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Zamawiający winien był odrzucić ofertę WODBUD bez wystosowywania kolejnego wezwania.

Stanowisko Odwołującego w przedmiotowym zakresie znajduje wsparcie w bieżącym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W Wyroku z dnia 22 stycznia 2018 roku sygn.. akt KIO 13/18. Skoro ogólnikowe wyjaśnienia w orzecznictwie Izby uważane są za nie złożenie wyjaśnień, zatem dalsze wzywanie do złożenia wyjaśnień nie może być odczytywane inaczej, niż jako naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 i 3 ustawy.

Także w wyroku z dnia 07 lutego 2018 roku, sygn. akt KIO 131/18. Wskazując na powyższe Odwołujący podnosi, że otrzymawszy pismo z dnia 27 sierpnia 2018 roku, Zamawiający powinien był podjąć decyzję o odrzuceniu oferty WODBUD w trybie art. 89 ust.

1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Zamawiający jednak powtórnie wezwał WODBUD do złożenia wyjaśnień z dowodami. Stwierdził przy tym, że poprzednie wyjaśnienia nie potwierdziły zaoferowanej ceny. Zażądał ponownie dostarczenia dowodów. Analiza treści pisma wskazuje jednoznacznie na dążenie do uzyskania informacji i dowodów, które powinny zostać złożone przez WODBUD za pismem z dnia 27 sierpnia 2018 roku stanowiącym w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 sierpnia 2018 roku. Wyjaśnienia WODBUD zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co Zamawiający uznał za działanie skuteczne. Nie są zatem dostępne dla Odwołującego i w przypadku ich udostępnienia będą mogły stanowić odrębną podstawę do wniesienia odwołania.

Zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust. 3 ustawy, 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.

Pomimo, że Zamawiający wezwał WODBUD do złożenia wyjaśnień z dowodami, Wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający powinien był odrzucić ofertę WODBUD po otrzymaniu pierwszego pisma z 27 sierpnia 2018 roku. Pismo to nie może zostać uznane za wyjaśnienia, których złożenia Zamawiający zażądał pismem z dnia 21 sierpnia 2018 roku. Nie zawierało żadnych faktycznych informacji ani dowodów na to, że cena nie jest rażąco niska.

Zaniechawszy odrzucenia oferty WODBUD oraz powtórnie wzywając tego Wykonawcę do złożenia wyjaśnień Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Zarzut 4.

W dniu 25 września 2018 roku, na wniosek Odwołującego, Zamawiający dokonał udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami. W toku czynności Zamawiający odmówił udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum WODBUD w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, a także wyjaśnienia podstaw objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego nie budzi najmniejszych wątpliwości, że zastrzeżone informacje w żadnym wypadku nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie przez wykonawcę WODBUD było i jest bezpodstawne.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zgodnie z którym, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia ceny, zastrzeżone przez WODBUD, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający winien je odtajnić, czego nie uczynił. Powyższe zaniechanie Zamawiającego w jaskrawej

sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. O obowiązku Zamawiającego w tym zakresie przesądza fakt, że wszystkie informacje objęte obecnie zastrzeżeniem, staną się nieodłączną częścią umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób bezpośredni lub pośrednio, jako składniki rozliczeń w toku realizacji zamówienia.

Odwołujący przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w następujących wyrokach, tj. z dnia 21.03.2018 r., w sprawie o sygn. akt KIO 421/18, KIO 431/18.

Odmowna odpowiedź Zamawiającego w zakresie udostępnienia objętych zastrzeżeniem informacji, pozbawiła Odwołującego możliwości kontroli procesów opisanych w tych pismach w drodze stosowania środków ochrony prawnej.

Zamawiający odmówił także udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień WODBUD odnoszących się do podstaw objęcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyjaśnienie przez WODBUD podstaw zastrzeżenia złożonych wyjaśnień nie posiada atrybutu tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest informacją techniczną, technologiczną ani organizacyjną przedsiębiorstwa. Przede wszystkim nie posiada żadnej wartości gospodarczej. Nie może w żadnym przypadku być skutecznie obejmowane tajemnicą przedsiębiorstwa. Zaniechanie udostępnienia informacji dotyczących złożonych przez WODBUD wyjaśnień rażąco niskiej ceny na skutek bezprawnego uznania za skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa, informacji tego Wykonawcy takiej tajemnicy nie stanowiących a także odmowa udostępnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa WODBUD. wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia, na skutek czego odebrano Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego, względem których przysługują środki ochrony prawnej doprowadziło do naruszenia art. 96 ust. 3 w art. 8 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający zaniechał wykluczenia WODBUD z postępowania a także odrzucenia oferty złożonej przez WODBUD i wybrał tą ofertę jako najkorzystniejszą. Naruszył w ten sposób przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów i uzasadnienia niniejszego odwołania. Mając na uwadze iż zarzuty odwołania zostały uzasadnione i udowodnione. Odwołujący uważa, za uzasadniony i udowodniony, zarzut nr 1 dokonania przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę WODBUD podlegającego wykluczeniu z postępowania, czym naruszono przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów oraz uzasadnienia odwołania. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi jak na wstępie o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 4 października 2018 r. wykonawca WOD – BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku zgłosił przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 16 października 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania w całości.

Przystępujący złożył pismo procesowe z dnia 17 października 2018 r. domagając się oddalenia odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę WOD – BUD spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

Podczas posiedzenia Odwołujący wycofał zarzut wskazany w pkt 4 odwołania, dotyczący zaniechania czynności udostępnienia informacji zastrzeżonych przez Przystępującego, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż Zamawiający w ramach ponownego badania i oceny oferty Przystępującego udostępnił mu te informacje. W związku z powyższym

przedmiotem rozpoznania przez Izbę były zarzuty wskazane w punktach 1-3 odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Przystępujący w treści złożonego wraz z ofertą formularza JEDZ oświadczył, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem. Przystępujący wskazał, że odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, który dostarczył mu niewłaściwą dokumentację i nastąpiła sytuacja w której brak było możliwości realizacji robót z uwagi na wejście na prywatne (niewyłączone) tereny. Przystępujący wskazał, że powództwo zostało oddalone z przyczyn formalnych, gdyż z oświadczeniem o odstąpieniu od umowy nie wiązało się wyznaczenie Zamawiającemu dodatkowego terminu. Przystępujący nie odwołał się od wyroku sądu I instancji. Jednocześnie w ramach środków powziętych w celu wykazania rzetelności, Przystępujący wskazał zatrzymanie gwarancji należytego wykonania umowy i brak odwołania się od tej decyzji.

Pismem z dnia 17 września 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego m.in. do „bardziej wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego, podania podmiotu, który był stroną rozwiązanej umowy oraz podania daty odstąpienia od umowy” a także do wyjaśnienia „czy wykonawca podjął konkretne środki techniczne, kadrowe, organizacyjne, odpowiednie do zapobiegania nieprawidłowemu działaniu wykonawcy w przyszłości oraz do poparcia powyższych wyjaśnień dowodami, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy”.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący pismem z dnia 19 września 2018 r. przesłał wyjaśnienia wraz z dowodami. Przystępujący wskazał, że w trakcie realizacji umowy zawartej z Gminą Wólka stwierdził wadliwość dostarczonej mu dokumentacji. W związku z powyższym wstrzymał roboty i pisemnie zobowiązał zamawiającego do dostarczenia mu poprawionej dokumentacji. Na dowód powyższego załączył kopie pism z dnia 14 i 21 września 2015 r., z treści których wynika, że Przystępujący stwierdził kolizję zaprojektowanej drogi z granicami działek położonych wzdłuż zaprojektowanej drogi, w efekcie spotkał się z protestami właścicieli tych działek, którzy zablokowali możliwość wykonania robót i w konsekwencji podjął decyzję o wstrzymaniu prac budowlanych na tych odcinkach uznając, że plac budowy nie został mu skutecznie przekazany. Jednocześnie Przystępujący zastrzegł sobie prawo do aneksowania terminu zakończenia budowy o czas oczekiwania na skuteczne przekazanie placu budowy. W piśmie z dnia 21 września 2015 r. powyższe ustalenia zostały przez Przystępującego podtrzymane, dodatkowo jak wynika z jego treści Przystępujący przekazał zamawiającemu dowody na to, że roboty nie były przez niego prowadzone pasem o błędnej szerokości w postaci 3 zdjęć i dwóch oświadczeń właścicieli działek, które nie zostały przez Przystępującego załączone do wyjaśnień w ramach procedury samoocyszczczenia. Natomiast z treści załączonej notatki urzędowej z dnia 5 października 2015 r. wynika, że strony wydłużyły termin realizacji umowy o czas wstrzymania robót (od dnia 11.09.2015 r. do dnia 5.10.2015 r.), tj. o 24 dni i wyznaczyły nowy termin realizacji robót na dzień 9 listopada 2015 r. W dniu 5 października 2015 r. został Przystępującemu przekazany projekt zamienny. Następnie jak wynika z przedstawionych przez Przystępującego w toku procedury samoocyszczczenia dowodów, pismem z dnia 19 października 2015 r., tj. po upływie 14 dni od dnia przekazania przez zamawiającego dokumentacji zamiennej, Przystępujący odstąpił od umowy o zamówienie, gdyż ponownie stwierdził kolizję działek z projektowaną drogą. Ponadto stwierdził, że projektowany przebieg drogi nie jest tożsamy z przedmiotem zamówienia oraz w celu realizacji umowy zgodnie z dokumentacją zamienną należałoby naruszyć cudzą własność prawie na całym odcinku projektowanej drogi. Następnie Przystępujący wskazał, że zaistniały po stronie Zamawiającego kumulatywnie przyczyny wskazane w treści umowy, skutkujące zmianą terminu wykonania umowy. Dodatkowo Przystępujący wskazał, że w jego opinii w celu kontynuowania realizacji umowy należało by dokonać kolejnego przeprojektowania i uzyskania stosownych decyzji, bądź dokonać wykupu działek na prawie całej długości zaprojektowanej drogi. Z uwagi na okoliczność, iż każde z ww. działań wymaga czasu, co w ocenie Przystępującego oznacza niemożność dochowania zmienionego terminu realizacji umowy oraz niemożność wykonania prac do końca 2015 r., Przystępujący zdecydował się odstąpić od umowy.

Pismem z dnia 27 października 2015 r. Gmina Wólka odstąpiła od spornej umowy. Jak wynika z treści ww. pisma Przystępujący przerwał prace na terenie budowy, co zostało potwierdzone wpisem do dziennika budowy. W dniu 23 października 2015 r. Przystępujący został wezwany przez Inspektora Budowlanego do podjęcia prac w terminie trzech dni od dnia jego otrzymania, zastrzegając iż po bezskutecznym upływie tego terminu Gmina odstąpi od umowy, co nastąpiło pismem z dnia 27 października 2015 r.

Sprawa znalazła swój finał w Sądzie, który wyrokiem z dnia 9 lutego 2018 r. potwierdził bezskuteczność złożonego przez Przystępującego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, oddalając tym samym powództwo o zapłatę kary umownej.

Następnie Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 sierpnia 2018 r., Przystępujący został wezwany na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie wszystkich części przedmiotowego zamówienia.

W treści wezwania Zamawiający zwrócił się do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie wskazanym w treści przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp.

W odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 27 sierpnia 2018 r. Przystępujący wskazał, że w ofercie zawarł:

- właściwe, zgodne z zasadami projektowania i wiedzą inżynierską wykonanie dokumentacji (projektu budowlanego) w zakresie niezbędnym do uzyskania Pozwolenia na budowę zgodnie z Polskim Prawem Budowlanym oraz wykonania projektów wykonawczych w zakresie niezbędnym do zrealizowania Robot,
- właściwe i zgodne z zasadami sztuki budowlanej wykonanie inwestycji jaką jest budowa kanalizacji ściekowej, pompowni i przewodów tłocznych
- wykonanie ww. zakresu prac, prób, prób końcowych i szkoleń, zakupienie materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do uruchomienia i przeprowadzenia niezbędnych prób, prób końcowych i prób eksploatacyjnych, • opłacenie badań niezbędnych do oceny prawidłowości wykonanej umowy wykonanych przez niezależne Instytucje,
- zakup sprzętu bhp i ppoż., opracowanie instrukcji obsługi i eksploatacji, wykonanie badań instalacji elektrycznych i kablowych,
- opłaty administracyjne,
- zapłata za energię i inne media zużyte w trakcie budowy oraz wykonywania prób i prób końcowych, koszty zatrudnienia siły roboczej, materiałów, transportu, opłat przewozowych, magazynowania, koszty wyposażenia technicznego i koszty ogólne, ubezpieczenia, nadzór, zysk i należności ogólne,
- gwarancje i ubezpieczenia, zaplecze wykonawcy na miejscu,
- obsługę geodezyjną.

Ponadto Przystępujący wyjaśnił, że uwzględnił w swojej cenie ofertowej wszystkie w/w elementy oraz inne koszty niezbędne do właściwego wykonania i odbioru robót, a w tym prawidłowo wyliczone koszty pracy, koszty materiałów, urządzeń (materiały o parametrach nie gorszych niż wskazane w dokumentacji technicznej), paliwa, zysk firmy.

Kalkulacja została sporządzona zgodnie z wiedzą, sztuką budowlaną i techniczną dla wszystkich robót przygotowawczych i towarzyszących, w tym tymczasowych budowli, inwentaryzacji geodezyjnej itp.

Wycenę na etapie przygotowania oferty Przystępujący opracował w oparciu o dokumenty stanowiące załączniki do SIWZ, IdW oraz PFU, a także uwzględnił warunki stwierdzone podczas odbytej wizji terenu.

Przy opracowywaniu wyceny wykorzystano doświadczenia nabyte podczas wykonywania sieci kanalizacyjnych i wodociągowych nabytych w ostatnich latach m. in.: Gmina Poniatowa, Gmina Opole Lubelskie, Gmina Wąwolnica, Gmina Kazimierz Dolny, Gmina Łaziska, Gmina Końskowola, MPWiK Puławy, Gmina Głusk, Gmina Spiczyn, Gmina Zaklików, Gmina Zaleszany, Gmina Janów Lubelski, a zwłaszcza wykonując roboty dla Miasta Kraśnik i KPWiK Kraśnik.

Przystępujący wskazał też, że zgodnie z przepisami art. 2, 4, 6 i 7 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. nr 200 poz. 1679 z późn. zm.) wynagrodzenie za pracę obecnie wynosi 2100 zł brutto/msc. Taki poziom wynagrodzenia dotyczy każdego systemu świadczenia pracy w tym godzinowego i akordowego. W miesiącu do przepracowania jest średnio 168 godzin. Mając na uwadze powyższe, minimalne wynagrodzenie w ujęciu godzinowym wynosi 12,50 zł/h Powyżej wyliczona stawka roboczogodziny nie uwzględnia kosztów pracy obligatoryjnie ponoszonych przez pracodawcę.

Po ich uwzględnieniu stawka roboczogodziny powinna wynosić 15,10 zł/h (przyjęta w kosztorysie 15,50 zł/h). Taka stawka została uwzględniona w wycenie do wyliczenia ceny w/w przetargu.

Prowadzenie robót zapewniających przestrzeganie przepisów wynikających z postanowień Rozdziału 1 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Na budowie będą zatrudnieni pracownicy miejscowi co pozwoliło na uniknięcie w wycenie kosztów delegacji, zakwaterowania i dowozów, a także spowoduje mniejsze koszty ogólne budowy.

Przyjęty do wyliczenia ceny ofertowej narzut kosztów pośrednich w pełni zabezpiecza koszty przewidywane do poniesienia na w/w zadaniu. Wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę będzie opłacalne dla WOD-BUD Sp. z o.o. (Spółka wypracuje zysk). Nie może więc być mowy o rażąco niskiej cenie oferty.

Odnosząc się do powyższych tez należy stwierdzić, iż wykonanie zamówienia za oferowaną cenę jest jak najbardziej możliwe i nie grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

Przystępujący wskazał, że prowadzi wiele robót o znacznej wartości, a co za tym idzie kupuje znaczne ilości materiałów. W związku z powyższym dostawcy materiałów udzielają mu znaczących rabatów. Dodatkowo Przystępujący wskazał, że nie korzysta z podwykonawców oraz korzysta z własnego sprzętu znajdującego się na miejscu i własnych pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, co znacznie podnosi wydajność pracy i obniża jej

koszty.

Własna wytwórnia Mas Bitumicznych zlokalizowana w Kraśniku, zapewnia mu niższe ceny na robotach drogowych.

Cena oferty jest średnią ceną za podobne roboty w regionie. W ocenie Przystępującego zaproponowana cena jest obustronnie korzystna i zapewnia realizację robót na wysokim poziomie. Cena naszej oferty pozwala na wykonanie robót o wysokiej jakości, zgodnie z wymaganiami SIWZ, IdW oraz PFU i przyniesie mu zysk.

Do wyjaśnień tych nie zostały załączone przez Przystępującego żadne dowody.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający pismem z dnia 30 sierpnia 2018 r. ponownie zwrócił się z prośbą o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz o przedstawienie dowodów. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie m.in. jak duże oszczędności generuje po stronie Przystępującego fakt zatrudnienia miejscowych pracowników, co i w jakiej wysokości zostało uwzględnione w cenie ofertowej jako koszty, jakie oszczędności generuje po stronie Przystępującego fakt otrzymywania rabatów i jak wpływa to na cenę oferty, w jaki sposób fakt niekorzystania z podwykonawców oraz korzystania z własnego sprzętu przekłada się na cenę oferty, jaki sposób posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych przekłada się na cenę oferty i świadczy o odmiennym zastosowaniu tego czynnika od innych wykonawców. Wreszcie, Zamawiający wezwał Przystępującego o poparcie wyjaśnień dowodami wskazując ich przykładową listę.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na treść art. 191 ust. 2 oraz 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych i zasady, które musi uwzględnić z urzędu rozstrzygając w zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z pierwszą regulacją „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. Natomiast stosownie do treści drugiego z przepisów: „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

Kierując się powyższymi zasadami skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba miała do czynienia z następującym stanem faktycznym. Jak wynika z otrzymanej od Zamawiającego dokumentacji postępowania, pismem z dnia 9 października 2018 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności z dnia 20 września 2018 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez

Przystępującego, a zaskarżonej przedmiotowym odwołaniem. Pismami z tego samego dnia Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu ponadto o odtajnieniu zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa przez Przystępującego informacji oraz o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

Specyfika okoliczności będących przedmiotem rozpoznania przez Izbę w przedmiotowej sprawie odwoławczej polegała więc na tym, że na dzień rozprawy i orzekania nie istniała już czynność z dnia 20 września 2018 r., zaskarżona rozpoznawanym odwołaniem. Należało zatem rozważyć, czy nadal istnieje substrat zaskarżenia w przedmiotowej sprawie. W tym celu dokonano analizy czynności podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu już po terminie wniesienia odwołania i do czasu otwarcia rozprawy w przedmiotowej sprawie odwoławczej. Jak wynika z analizy akt sprawy, ponowna czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 9 października 2018 r. dotyczy tej samej oferty (tj. złożonej przez Przystępującego), a jak wynika z protokołu posiedzenia Komisji Przetargowej nr6/ZP/2018 z dnia 9 października 2018 r., w istocie, w ramach ponownego badania i oceny oferty Zamawiający zrewidował swoją czynność jedynie co do skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny udzielonych na drugie wezwanie, natomiast „pozostałe ustalenia Komisji dokonane w toku niniejszego postępowania dotyczące zarówno oceny ofert, jak również badania czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu Wykonawca, który złożył ofertę najwyższej ocenioną spośród pozostałych ofert, pozostają aktualne. W związku z tym, w ocenie Komisji nie ma konieczności powtarzania żadnej innej czynności spośród dokonanych w niniejszym postępowaniu z wyjątkiem przeprowadzonego powyżej badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.”

Wobec takich ustaleń skład orzekający nie miał wątpliwości co do tego, że choć czynność objęta odwołaniem została unieważniona, to w obliczu dokonania ponownego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego i braku podjęcia w ramach ponownego badania i oceny ofert jakichkolwiek innych czynności powodujących, że ewentualne zaskarżenie czynności z dnia 9 października 2018 r. mogłoby się opierać na zupełnie nowych podstawach faktycznych i prawnych, istota sporu między stronami pozostała ta sama i okoliczność ta przemawiała za koniecznością merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Słusznie ponadto argumentował Odwołujący, że w razie wycofania odwołania i zaskarżenia w terminie czynności z dnia 9 października 2018 r. w oparciu

o te same podstawy faktyczne i prawne, mógłby się spotkać ze strony Zamawiającego z argumentacją wniesienia zarzutów po terminie, skoro ich podniesienie było możliwe i zostało uczynione już w ramach zaskarżenia pierwszej (unieważnionej) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie zostały one wycofane. Abstrahując od możliwych rozstrzygnięć, jakie mogłyby zapaść w ramach badania formalnych przesłanek wniesienia takiego odwołania, nie można wykluczyć sytuacji, że Odwołujący mógłby zostać bez ochrony prawnej, co jest niedopuszczalne. Kierując się zatem względami słuszności i ekonomiki procesowej, a także mając na uwadze aktualność postawionych zarzutów, mimo dokonania w postępowaniu ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (lecz jednak tożsamej z tą unieważnioną), skład orzekający uznał, że odwołanie należało merytorycznie rozpoznać i nie zaszła tu sytuacja braku substratu zaskarżenia. Natomiast z uwagi na fakt, iż postępowanie odwoławcze wykazało, że w postępowaniu tym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia (o czym mowa poniżej), gdyż w postępowaniu tym osłabła się oferta, która powinna zostać odrzucona, a wykonawca podlegać powinien wykluczeniu, odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów wskazać należy, co następuje.

Zarzut zaniechania czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo faktu, że wykonawca ten znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem i zostało nałożone odszkodowanie w postaci zatrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawca ten nie dopełnił obowiązku samooczyszczenia wraz z ofertą ani w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie Zamawiającego, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 5 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 8 i ust. 9 ustawy.

Rozpoznając ww. zarzut Izba miała na uwadze, że z treści pisma z dnia 27 października 2015 r., zawierającego odstąpienie przez Gminę Wólka od umowy zawartej z przystępującym w części niewykonanej, wynika wprost, że przyczyną odstąpienia przez Gminę od umowy było opuszczenie przez Przystępującego placu budowy, potwierdzone wpisem do dziennika budowy. Znamienne przy tym jest, że sporna umowa została przez strony aneksowana w dniu 6 października 2015 r., wyznaczono wówczas nowy termin realizacji przedmiotu umowy na dzień 9 listopada 2015 r. a niedługo po tym zdarzeniu, tj. w dniu 20.10.2018 r. Przystępujący opuścił plac budowy. Z powyższego można zatem wnioskować, że zaistniały po stronie Przystępującego przyczyny, których skutkiem było rozwiązanie przez zamawiającego spornej umowy. W piśmie z dnia 19 października 2018 r. zawierającym nieskuteczne oświadczenie o odstąpieniu przez Przystępującego od spornej umowy wynika co prawda, że Gmina Wólka ponownie dostarczyła mu wadliwą dokumentację, jednak mimo ustalenia nowego terminu realizacji umowy w kilka dni po tym fakcie, Przystępujący po prostu odstąpił od umowy. Brak przy tym dowodów na to, aby Przystępujący podjął próbę wyjaśnienia wątpliwości jakie powstały wobec dostarczonej mu dokumentacji zamienną. W takiej sytuacji Przystępujący powinien był, korzystając z procedury przewidzianej w przepisie art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w ramach samooczyszczenia przedstawić dowody na swoją rzetelność. Podjęta przez Przystępującego próba w tym zakresie okazała się niewystarczająca. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że przedstawione dowody są wybiórcze, poza oświadczeniem Gminy Wólka o odstąpieniu od umowy, Przystępujący nie przedstawił żadnej innej korespondencji jaką otrzymał od Gminy. Co jednak kluczowe w ramach procedury samooczyszczenia

Przystępujący nie wykazał, aby podjął środki naprawcze chociażby w sferze organizacji pracy przedsiębiorstwa w taki sposób, aby w przyszłości lepiej radzić sobie z tego typu sytuacjami. Wykazanie podjęcia takich środków wydaje się zasadne i pożądane o tyle, że jak wynika z analizy dokumentów przedstawionych na self celaning, sporna umowa została zawarta między stronami w dniu 16 lipca 2015 r. i miała termin realizacji wynoszący ok 3 miesiące. Natomiast pierwsze problemy z dokumentacją Przystępujący zasygnalizował dopiero w dniu 14 września 2015 r., tj. po dwóch miesiącach od dnia zawarcia umowy. Podobnie było z dokumentacją zamienną, która została Przystępującemu przekazana 5 października 2015 r., a pierwszy sygnał o jej wadliwości miał miejsce pismem z dnia 19 października 2015 r., zawierającym oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Nie można pominąć faktu, że odstąpienie miało miejsce w czasie, gdy jeszcze do upływu nowego terminu na realizację przedmiotu umowy został prawie miesiąc oraz że Przystępujący nie miał zamiaru zrealizowania przedmiotu umowy lecz jego celem było wcześniejsze zakończenie umowy. Nie ma w związku z powyższym wątpliwości, że spełniły się przesłanki wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż umowa nie została wykonana w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Przystępującego i doprowadziło to do rozwiązania umowy o sporne zamówienie, a Przystępujący przy tym nie sprostął procedurze samooczyszczenia i przedstawione przez niego wyjaśnienia i dowody nie są wystarczające na wykazanie jego rzetelności. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, nie mówi o tym, że po stronie wykonawcy mają wystąpić wyłączne przyczyny, wobec tego stwierdzić

należy, że przyczyny niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy mogą wystąpić po obu stronach, w tym jednak muszą zaistnieć po stronie wykonawcy, istotne przy tym jest, aby wykonawca wykazał mimo to swoją rzetelność, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Samo powołanie się na zgodę na zaspokojenie się Gminy Wólka z gwarancji należytego wykonania umowy nie można uznać za wystarczające, skoro jak wskazują okoliczności sprawy pożądane byłoby wykazanie przez Przystępującego podjęcia konkretnych działań w ramach organizacji pracy przedsiębiorstwa, mających w przyszłości zapewnić mu lepsze radzenie sobie z tego rodzaju sytuacjami.

Izba nie dała wiary przedstawionym przez Przystępującego dowodom, tj. referencjom wystawionym w dniu 1 października 2018 r. przez Gminę Wólka. Referencje te dotyczyły realizacji zupełnie innych zamówień i sam fakt, że zostały wystawione przez Gminę, z którą zawarła wcześniej sporna umowa zakończyła się niepowodzeniem nie może przesądzać o rzetelności Przystępującego. Jak wspomniano dotyczyły one realizacji innych zamówień, gdzie mogły chociażby po prostu nie wystąpić tego rodzaju problemy jak przy realizacji spornej umowy stąd też dowody te nie są wystarczające na wykazanie rzetelności wykonawcy i na wykazanie, że jest on przygotowany na realizację zamówień obarczonych trudnościami.

Z tych względów zarzut należało uwzględnić.

Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. w sytuacji gdy Przystępujący nie złożył w określonym terminie wyjaśnień z dowodami potwierdzającymi że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. czym naruszono przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Celem wszczęcia procedury wyjaśniającej w ramach rażąco niskiej ceny jest wykazanie, że oferta została skalkulowana w sposób prawidłowy, a zaoferowana cena jest rynkowa, zatem już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Przystępujący zobowiązany był złożyć konkretne wyjaśnienia poparte stosownymi dowodami. W odpowiedzi na wezwanie

Przystępujący wskazał co prawda okoliczności, które w jego ocenie wpływają na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, takie jak fakt zatrudnienia miejscowych pracowników, otrzymywania rabatów, niekorzystanie z podwykonawców oraz korzystanie z własnego sprzętu, a także posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych. Jednak nie sposób nie dostrzec, że Przystępujący w ogóle pominął w swoich wyjaśnieniach wykazanie jak powyższe przekłada się na cenę oferty, jak duże oszczędności generują po stronie Przystępującego ww. okoliczności oraz jakiego rzędu są to oszczędności. Wspomniane w wyjaśnieniach przez Przystępującego zysk, poza gołosłownym przyznaniem, iż zostanie osiągnięty, nie został w żaden sposób wyrażony kwotowo. Dodatkowo Przystępujący nie załączył żadnych dowodów, mimo iż Zamawiający wprost o nie wezwał. Nie została załączona żadna kalkulacja.

Nie zasługuje przy tym na uwzględnienie argumentacja dotycząca zbyt ogólnej treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Izba dostrzegła, że wezwanie to stanowiło przytoczenie treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp lecz nie stanowiło to przeszkody w udzieleniu bardziej szczegółowych wyjaśnień przedstawiających chociażby kalkulację ceny wraz z dowodami, co w ocenie Izby stanowi absolutne minimum, jakie wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie. Izbie znany jest pogląd o możliwości powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień, jednak podkreślenia wymaga, że może to nastąpić tylko w sytuacji, gdy w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wykonawca udzielił konkretnych i obszernych wyjaśnień i przedstawił dowody, lecz mimo to nie wszystkie wątpliwości zamawiającego zostały rozwiązane, bądź też złożone wyjaśnienia zrodziły po stronie zamawiającego nowe wątpliwości, co w stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania nie miało miejsca. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi żadnymi kwotami, ani dowodami i nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Nie sposób wręcz oprzeć się wrażeniu, że przez swoją ogólnikowość i lakoniczność, mogłyby być złożone w jakimkolwiek innym postępowaniu przez jakiegokolwiek innego wykonawcę, gdyż nie zawierają żadnych cech ani okoliczności wyróżniających sytuację Przystępującego jako szczególną (odróżniającą go od innych wykonawców) i w ten sposób przekładającą się na cenę zaoferowaną w tym postępowaniu. Innymi słowy każdy z wykonawców biorących udział w tym, czy jakimkolwiek innym postępowaniu o udzielenie zamówienia dysponuje własnym sprzętem, pracownikami i uzyskuje rabaty, stąd też bez pokazania jak powyższe przekłada się na pozycję konkretnego wykonawcy w danym postępowaniu i na jego możliwości co do zaoferowania korzystniejszej niż konkurencja ceny, wyjaśnienia takie pozostają bezwartościowymi twierdzeniami.

Odnosząc to do sprawy, wymaga, że Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia dostrzegł braki, a dokonana przez niego ocena była trafna i powinna była prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie do kontynuacji procedury wyjaśniającej. W orzecznictwie Izby powszechnie i jednolicie jest prezentowany pogląd, że w razie przedstawienia wyjaśnień lakonicznych, zbyt ogólnych i nie załączenia dowodów

brak jest podstaw do ponownego wezwania i sytuacja taka powinna skutkować odrzuceniem oferty.

Wobec powyższego, z uwagi na fakt, że Zamawiający zdecydował się kontynuować procedurę wyjaśniającą, do czego w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie było podstaw, zarzut należało uwzględnić.

W związku z powyższym odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, stąd orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz 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. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....
.....