

Sygn. akt KIO 3309/20

WYROK
z dnia 11 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jeziorany w Jezioranach

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3309/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jeziorany w Jezioranach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa obwodnicy miasta Jeziorany ze ścieżką pieszo-jezdną. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 września 2020 r. pod numerem 424377-2020. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający wykluczył z postępowania Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez D. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NETSERVICE D. W. w Tłokowie. 16 grudnia 2020 r. Strabag Sp. z o.o. wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust 4 ustawy przez niezasadne uznanie, że odwołujący 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 publicznego przez oświadczenie w ofercie, jak wskazał zamawiający w uzasadnieniu informacji o wykluczeniu „(...) o zatrudnieniu 10 osób w kryterium aspekty społeczne” co uzasadnia jego wykluczenie, a w konsekwencji uznanie oferty za odrzuconą, gdy tymczasem informacja ta jest prawdziwa i zgodnie z deklaracją wykonawcy złożoną w ofercie przy realizacji zamówienia znajdzie zatrudnienie 10 osób wskazanych w ofercie;
2. art. 91 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty D. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NETSERVICE D. W. NETSERVICE D. W. w Tłokowie, podczas gdy prawidłowa ocena oferty powinna prowadzić do dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
3. art. 24aa ustawy przez niewłaściwe przeprowadzenie tzw. „procedury odwróconej” przewidzianej w tym postępowaniu wyrażające się wykluczeniem odwołującego, w sytuacji gdy z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu wynika, że oferta odwołującego w ocenie zamawiającego nie mogła być uznana za najkorzystniejszą, a tym samym zamawiający nie mógł przejść do oceny podmiotowej wykonawcy, który ją złożył, skutkującej jego wykluczeniem;
- 4.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku uznania, że (i) odwołujący podał nieprawdę w zakresie kryterium Aspekty społeczne na podstawie analizy ceny oferty odwołującego w zakresie części dotyczącej utrzymania obwodnicy, podczas gdy wycena tej części oferty odwołującego wyjaśniona w piśmie z 25 listopada 2020 r. była wyższa, niż cena oferty uznanej za najkorzystniejszą 506.760,00 zł i wynosiła przed rabatem 793.231,97 zł.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania, dokonania powtórnej oceny ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi z 5 stycznia 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowiska. Zamawiający nie stawiał się na posiedzeniu i rozprawie, o czym poinformował w odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 3 pkt 1 i 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, oraz pkt II. 1.4 ogłoszenia o zamówieniu przedmiotem zamówienia jest budowa obwodnicy miasta Jeziorany, jako drogi dwukierunkowej jednojezdniowej o długości 1.773 m i nawierzchni z betonu asfaltowego wraz z ze ścieżką pieszo-rowerową oraz zjazdami na posesje. W ramach budowy wykonane zostanie oświetlenie, monitoring na 4 rondach, likwidacja kolizji z urządzeniami energetycznymi, urządzeniami teletechnicznymi i optotelekomunikacyjnymi oraz budowa kanalizacji deszczowej. Po zakończeniu budowy wykonawca zobowiązany jest do utrzymania drogi w okresie 12 miesięcy. W pkt 3.3. SIWZ zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres usług znajduje się w dokumentacji projektowej oraz załączniku nr 7 do SIWZ.

W pkt 10 SIWZ zamawiający zamieścił informacje dotyczące zastosowania w postępowaniu procedury

odwróconej. W pkt 10.1 poinformował, że zgodnie z art. 24aa ust. 1 Pzp najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 10.2 SIWZ zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie na podstawie art. 26 ust 1 Pzp wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu w postępowaniu.

W pkt 19 SIWZ zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty. Wskazał, że cena oferty powinna obejmować wszystkie elementy wyszczególnione przy określeniu przedmiotu zamówienia. Wycena robót i usług powinna opierać się na dokumentacji projektowej oraz załączniku nr 7). Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, bez których nie można wykonać zamówienia.

W pkt 20 SIWZ zamawiający ustalił kryteria oceny ofert:

- cena brutto za utrzymanie obwodnicy - 30 pkt;
- cena brutto za budowę obwodnicy - 25 pkt;
- aspekty społeczne - zatrudnienie - 45 pkt.

Pkt 20.1.2. opisuje ocenę ofert w kryterium Aspekty społeczne przez wskazanie, że zatrudnienie obejmuje osoby będące członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności:

1) bezrobotnych w zakresie osób do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia;

2) osoby uzależnionej od alkoholu, która jest absolwentem/podopiecznym centrum/klubu integracji społecznej w rozumieniu art. 1 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 176);

W pkt 20.1.2.1.2. SIWZ zamawiający ustalił, że zatrudnienie osób zadeklarowanych przez wykonawcę w ofercie w zakresie kryterium Aspekty społeczne ma nastąpić na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze z zakresem świadczenia pracy przy realizacji przedmiotowego zamawiania. Zatrudnienie ma obejmować cały okres realizacji zamówienia.

W pkt 20.1.2.2 zamawiający określił, że punkty przyznawane będą przyznawane w zależności od liczby wskazanych osób.

W przypadku wskazania w pkt A:

- 3 osób uzależnionych od alkoholu - 24 pkt;
- 2 osób uzależnionych od alkoholu - 12 pkt;
- 1 osoby uzależnionych od alkoholu - 6 pkt;
- jeśli wykonawca nie zamierza zatrudnić osób uzależnionych od alkoholu - 0 pkt.

W przypadku wskazania w pkt B:

- 7 osób bezrobotnych do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia - 21 pkt;
- 6 osób bezrobotnych w do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia - 18 pkt;
- 5 osób bezrobotnych do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia - 15 pkt;
- 4 osób bezrobotnych do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia - 12 pkt;
- 3 osób bezrobotnych do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia - 9 pkt;
- 2 osób bezrobotnych do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia - 6 pkt;
- 1 osoby bezrobotnej do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia - 3 pkt.
- jeśli wykonawca nie zamierza zatrudnić osób bezrobotnych do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia - 0 pkt.

Zgodnie z pkt 20.2.1.2.2.1 - 3 SIWZ wykonawca może zaznaczyć maksymalnie po jednej z opcji w wariantach A i B, jeżeli wykonawca zaznaczy więcej niż po jednej z opcji, oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Brak wskazania wariantu oznacza, że wykonawca nie zamierza zatrudnić żadnej osoby z grup społecznie marginalizowanych.

Zgodnie z pkt 20.2 i 20.4 po przyznaniu punktów w poszczególnych kryteriach nastąpi ich zsumowanie, a oferta z największą liczbą punktów zostanie najwyżej oceniona.

Kryterium Aspekty społeczne było przedmiotem pytania z 21 września 2020 r., które brzmiało:

„Co w przypadku zadeklarowania w ofercie zatrudnienia na stanowisku określonej liczby osób bezrobotnych oraz uzależnionych od alkoholu przy braku chętnych takich osób do podjęcia pracy? Czy zamawiający uzna za wystarczające zaświadczenie z Urzędu Pracy lub/oraz centrum/klubu integracji społecznej o braku chętnych odpowiednich do podjęcia pracy?”. W odpowiedzi zamawiający wyjaśnił, że zobowiązanie zawarte w ofercie w zakresie określonej liczby osób bezrobotnych oraz uzależnionych od alkoholu, musi znaleźć odzwierciedlenie w zatrudnieniu tych osób przy realizacji zamówienia, w całym okresie jego realizacji. Zamawiający nie będzie uznawał zaświadczenia z Urzędu Pracy lub/oraz centrum/klubu integracji społecznej o braku chętnych odpowiednich do podjęcia pracy w przypadku zadeklarowania przez wykonawcę tych osób. Za brak zatrudnienia osoby wskazanej w ofercie zamawiający będzie naliczał kary umowne co miesiąc, za każdą osobę zgodnie z § ust. 1 pkt 9 wzoru umowy.

Odwolujący złożył ofertę, w której za wykonanie robót budowlanych wskazał cenę 19.943.649,61 zł brutto, za utrzymanie obwodnicy cenę 0,01 zł brutto oraz zadeklarował zatrudnienie 3 osób uzależnionych od alkoholu oraz 7 osób bezrobotnych w zakresie do 30 i od 50 roku życia. Cena za wykonanie robót budowlanych przez odwołującego jest ceną trzecią najniższą spośród 7 złożonych ofert, cena za utrzymanie jest ceną najniższą. Odwołujący, podobnie jak wszyscy pozostali wykonawcy, zadeklarował zatrudnienie maksymalnej liczby osób uzależnionych od alkoholu i bezrobotnych.

Pismem z 18 listopada 2020 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień. W związku z ceną świadczenia usługi utrzymania obwodnicy w okresie 12 miesięcy po zakończeniu budowy za cenę 0,01 zł brutto oraz w oparciu o treść złożonych przez oświadczeń i zobowiązań w zakresie sposobu realizacji zamówienia zamawiający prosił o wyjaśnienie zakresu kalkulacji usługi utrzymania obwodnicy. Wskazał, że wyjaśnienie powinno obejmować elementy wzięte pod uwagę przy kalkulacji ceny wraz z ich poszczególnymi wartościami. Zamawiający żądał również opisanego wyjaśnienia sposobu świadczenia usługi z uwzględnieniem poszczególnych wymogów określonych w załączniku nr 7 oraz treści oferty. Zamawiający prosił również o wskazanie, że podział łącznej ceny na roboty budowlane i utrzymanie obwodnicy nie wypełnia znamion art. 3 ust 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 poz. 1913), tym samym nie jest „manipulacją” proporcjami poszczególnych elementów ceny w celu otrzymania zamówienia.

Pismem z 25 listopada 2020 r. odwołujący udzielił wyjaśnień. Wskazał w nich, że porównanie cen złożonych ofert nie pozwala stwierdzić, że cena zaproponowana przez Strabag Sp. z o.o. w kryterium cena brutto za budowę obwodnicy jest nierynkowa i absurdalnie wysoka, a przez to uzasadnia domniemanie ujęcia w niej kosztów wykonania części

zamówienia związanej z utrzymaniem obwodnicy. Cena brutto zaproponowana przez Strabag Sp. z o.o. plasuje się na 3 miejscu na 7 złożonych ofert i jest niższa od najwyższej ceny o ponad 7.000.000,00 zł. Jest też niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT i kształtuje się na poziomie samej tylko szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego. Nie pozwala to na przyjęcie domniemania, że w rozpatrywanym stanie faktycznym mamy do czynienia z przeliczaniem kosztów między pozycjami. Odwołujący wskazał, że sposób kalkulacji usługi utrzymania obwodnicy został przedstawiony w załączniku zawierającym kalkulację szczegółową załącznika nr 7 do SIWZ, z uwzględnieniem zakresu usługi utrzymania i sposobu kalkulacji.

Odwołujący wskazał, że konstrukcja postępowania nie jest typowa dla wykonawców działających na rynku zamówień publicznych na roboty budowlane. Pomimo, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych (budowa obwodnicy) i usług (utrzymanie obwodnicy) warunki udziału w postępowaniu pozwalają na samodzielne ich spełnienie wykonawcy mającemu doświadczenie jedynie w zakresie realizacji robót budowlanych. Warunek doświadczenia - dotyczy realizacji robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie i remoncie drogi o dł. 800 m, zaś w zakresie dysponowania wykwalifikowanym personelem zamawiający wymagał wyłącznie personelu posiadającego uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Dodatkowo w zakresie całego zamówienia wartość najwyższych punktowanych robót utrzymaniowych stanowi znikomą część wartości całości zamówienia, co tym bardziej pozwala wykonawcy nie mającemu doświadczenia w wykonywaniu robót utrzymaniowych na jego zdobycie w związku z realizacją tej umowy. Z analizy treści złożonych ofert wynika, że w pozostałych ofertach wartość robót utrzymaniowych w stosunku do całości wartości zamówienia kształtuje się na poziomie od 0,09 % do 5,44%. Przy tak niskim stosunku tych wartości waga przewidziana w kryteriach oceny ofert za prace utrzymaniowe przekraczała wagę za wykonanie. Obecna, dobra sytuacja Strabag sp. z o.o. pozwala na podejmowanie inwestycji w nowy rynek, czego wyrazem przyjęta kalkulacja.

Odwołujący zastrzegł wyjaśnienia oraz składanych wraz z nimi informacji, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa podał uzasadnienie. W załączonym kosztorysie odwołujący wskazał sposób wyceny utrzymania obwodnicy, w tym przyjętą liczbę roboczogodzin oraz rabat, który spowodował, że cena oferty w tej części wynosi 0,01 zł.

Pismem z 4 grudnia 2020 r. zamawiający poinformował, że nie uwzględnił zastrzeżenia w części wyjaśnień powołanych przez Izbę powyżej oraz kosztorysu. Kolejnym pismem z tego dnia poinformował o wynikach postępowania oraz o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in., że w pkt 20.1.2.1.2 SIWZ w opisie kryterium Aspekty społeczne, jasno określił zakres i wymiar zatrudnienia osób zadeklarowanych w ofercie, w zakresie kryterium Aspekty społeczne. Odwołujący zadeklarował zatrudnienie 10 osób w kryterium Aspekty społeczne, wobec tego zgodnie z opisem kryterium zawartym w ust. 20.1.2.1.2 SIWZ, zatrudnienie tych osób powinno być uwzględnione również w ostatnim roku realizacji zamówienia, czyli w zakresie utrzymania obwodnicy w okresie 12 miesięcy.

Zamawiający wskazał, że treść oświadczenia odwołującego dotyczącego kryterium „Aspekty Społeczne” w odniesieniu do zadeklarowanej ceny wzbudziły jego wątpliwości, w wyniku czego w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp wystąpił o wyjaśnienia, m. in. w zakresie sposobu realizacji zamówienia i wyjaśnienia zakresu kalkulacji usługi utrzymania obwodnicy. Jak wynika z wyjaśnień w cenie skalkulowanych zostało łącznie 7.337 r-g. Przyjmując zatrudnienie 10 pracowników w kryterium Aspekty społeczne należałoby jednak przyjąć, iż przy wariancie ogólnym minimum powinno być wycenione 19.200 r-g (tj. 160 r-g w miesiącu x12 miesięcy x10 osób), natomiast w wariancie najbardziej wiarygodnym, czyli z uwzględnieniem dni roboczych w okresie od 01.12.2023 do 30.11.2024 r. łącznie 20.000 r-g. Zamawiający uznał, że analiza wyjaśnień, nie potwierdza oświadczenia o zatrudnieniu 10 osób na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze z zakresem świadczenia pracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia w całym okresie realizacji zamówienia. Zamawiający uznał, że wskazana liczba 7.337 r-g /na 12 miesięcy to 611 r-g. Przyjmując, że pełen etat to 160h, zatem 611 r-g /160 = 3,8 osoby. Z wyjaśnień wynika zatem, że jedynie 3 osoby znalazłyby zatrudnienie w pełnym wymiarze czasu pracy w okresie ostatnich 12 miesięcy umowy. Jest to niezgodne z oświadczeniem zawartym w ofercie w zakresie powyższego kryterium.

Zamawiający przyjął, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, tj. przyznawanie punktów w kryterium Aspekty społeczne i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą i niezawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z uwagi na fakt, że cena oferty odwołującego w kryterium utrzymania obwodnicy jest najniższa, a waga tego kryterium to 30 pkt, odwołujący ma realne szanse na uzyskanie zamówienia. Konstatacja ta jest tym bardziej aktualna, że zamawiający przewidział zastosowanie w postępowaniu procedury, o której mowa w art. 24aa Pzp. W tej sytuacji, wobec wynikającej z przepisu możliwości przeprowadzenia oceny podmiotowej zdolności do wykonania zamówienia wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, który złożył ofertę najwyższej ocenioną, przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp spełnia co do zasady każdy z pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu. Każdy z nich ma bowiem szanse na uzyskanie zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 24aa ust. 1 Pzp zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Istotą tej procedury jest uproszczenie udzielania zamówienia przez ocenę sytuacji podmiotowej wyłącznie wykonawcy, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą. Pierwszym krokiem do zastosowania tej procedury jest zatem ocena ofert z zastosowaniem ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert. Jeśli w związku z oceną zamawiający stwierdzi podstawy do odrzucenia oferty wskazane w art. 89 ust. 1 Pzp, odrzuca ofertę. W ocenie Izby stwierdzenie przez zamawiającego w toku oceny ofert podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, oznacza obowiązek wykluczenia wykonawcy już na tym etapie postępowania. Wykluczeniu na podstawie powołanego przepisu podlega wykonawca, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego i mające wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Podstawy wykluczenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ujmują szeroko i nie ogranicza ich wyłącznie do kwestii podmiotowych, jak czyni to art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp będzie w konsekwencji podlegał wykonawca, który informacje wprowadzające w błąd

zamawiającego przedstawił w treści swojej oferty. Ocena ofert, o której mowa w art. 24aa ust. 1 Pzp obejmuje możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, w sytuacji gdy podstawa faktyczna wykluczenia związana jest z treścią oferty. Oferta wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego przedstawiając informacje mające znaczenie dla oceny jego oferty, nie tylko może być uznana za najkorzystniejszą, ale również nie powinna być brana pod uwagę przy ustalaniu rankingu ofert.

Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 24aa Pzp, gdyż czynność wykluczenia odwołującego z postępowania nastąpiła w związku z oceną oferty w przyjętych kryteriach oceny ofert, a zatem w ramach procedury odwróconej.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi, że zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu 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.

Oświadczenia wykonawcy dotyczące kryteriów oceny ofert są informacjami, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na kryteria oceny ofert można spojrzeć wąsko albo szeroko. Patrząc na kryteria oceny w wąsko należy je postrzegać jako przyjęte przez zamawiającego ocenne i mierzalne czynniki wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający samodzielnie określa kryteria oceny ofert oraz ich wagi odnosząc je – zgodnie z art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 2 Pzp - do przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny ofert rozumiane szeroko przekraczają ramy danego postępowania o udzielenie zamówienia, zwłaszcza tam, gdzie zamawiający posługuje się kryteriami pozacenowymi o charakterze społecznym, środowiskowym, związanymi z postępowaniem technologicznym lub innowacyjnością. W tym ujęciu korzyści możliwe do uzyskania w postępowaniu o udzielenie zamówienia przekraczają często interes danego zamawiającego, zwłaszcza wąsko rozumiany interes ekonomiczny. W badanym postępowaniu zamawiający wyeksponował cel społeczny, czyli - *verba legis* art. 22 ust. 2 Pzp - społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych – uzależnionych od alkoholu oraz bezrobotnych w określonym przedziale wiekowym. Ten cel wyrażał się przede wszystkim w ustalonych w SIWZ wymaganiach stawianych zatrudnieniu osób marginalizowanych społecznie: zatrudnieniu w pełnym wymiarze czasu pracy przy realizacji umowy, przez cały okres jej obowiązywania oraz w dużej 45% wadze kryterium Aspekty społeczne w łącznej ocenie oferty. Zamawiający różnicował przy tym punkty przyznawane w zależności od zatrudnienia osoby uzależnionej od alkoholu i osoby bezrobotnej oraz precyzyjnie określił ich liczbę w odniesieniu do różnych liczb takich osób. Konsekwencja zamawiającego w realizacji celu społecznego wyrażała się również w odpowiedzi, że nie uwzględni zaświadczenia o braku chętnych do pracy osób. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie zamawiający miał wiedzę na temat sytuacji społecznej na swoim terenie.

W toku badania oferty odwołującego zamawiający ustalił, że odwołujący, który zadeklarował zatrudnienie 10 osób i uzyskał w związku z tym maksymalną możliwą ocenę w kryterium Aspekty społeczne, w rzeczywistości w cenie swojej oferty nie uwzględnił wynagrodzenia tych osób. W piśmie z 18 listopada 2020 r. zamawiający akcentował wprawdzie możliwość zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w związku ze wskazaniem za usługę rocznego utrzymania obwodnicy ceny 0,01 zł, wskazał jednak na konieczność uwzględnienia w wyjaśnieniach poszczególnych wymogów określonych w załączniku nr 7 oraz deklaracji zawartych w treści oferty. Skoro na podstawie udzielonych wyjaśnień zamawiający ustalił, że oświadczenie odwołującego o zatrudnieniu 10 osób okazało się niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, trafnie uznał, że odwołujący przedstawił mu nieprawdziwe informacje co do liczby osób wskazanych w oświadczeniu dotyczącym kryterium Aspekty społeczne przewidzianych do zatrudnienia w warunkach wymaganych w SIWZ.

Brak wyceny przez odwołującego pracy 10 osób w czasie wykonywania usługi utrzymania obwodnicy okazała się w istocie niesporna. Nie przeczył jej odwołujący, który w uzasadnieniu odwołania i na rozprawie zmierzał do wykazania, że zakres prac utrzymaniowych nie uzasadnia zatrudnienia 10 osób, że zamawiający nie wymagał zatrudnienia takiej liczby osób marginalizowanych, a także, że z SIWZ nie wynika obowiązek pracy tych osób przy wykonywaniu usługi utrzymania obwodnicy.

Argumentacja ta jest całkowicie chybiona.

Po pierwsze, brzmienie pkt 20.1.2.1.2. SIWZ nie pozostawia dowolności interpretacyjnej. Zamawiający jasno ustalił, że zatrudnienie osób wskazanych w kryterium Aspekty społeczne ma nastąpić na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze przy wykonaniu zamówienia i przez cały okres realizacji zamówienia. Brak jest w treści tego warunku stwierdzenia umożliwiającego zatrudnienie osób marginalizowanych jedynie na części etatu lub skierowania ich do wykonania czynności nie związanych z umową.

Po drugie, zamawiający nie wymagał w SIWZ zatrudnienia określonej liczby osób uzależnionych od alkoholu lub bezrobotnych. Zamawiający jasno wskazał, że w przypadku braku takich osób wykonawca otrzyma w kryterium Aspekty społeczne 0 pkt. Deklaracja w zakresie liczby osób pozostawiona została indywidualnej i swobodnej decyzji wykonawców, co oznacza również, że niepodzielne obciążenie wykonawców konsekwencjami takich deklaracji. Jeśli odwołujący uważał, że nie jest możliwe zatrudnienie 10 osób w całym okresie wykonywania zamówienia, mógł po wszczęciu postępowania wyjaśnić tę kwestię przez zadanie pytania, a tego nie uczynił.

Po trzecie, jeśli zakres prac utrzymaniowych nie uzasadnia zatrudnienia 10 osób, odwołujący powinien wskazać taką liczbę osób, jaka jego zdaniem jest wystarczająca do zapewnienia należytego wykonania tych usług.

Dla sprawy nie ma również znaczenia, że odwołujący prawidłowo wycenił roboty budowlane.

Powodem wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu nie była wycena zamówienia w części wykonania obwodnicy (robót budowlanych), a nieprawdziwe oświadczenie w zakresie zatrudnienia 10 osób w pełnym wymiarze czasu pracy w okresie utrzymania obwodnicy. Istotnie, odwołujący nie zataił przed zamawiającym informacji o sposobie wyceny usługi utrzymania, gdyż podał je zamawiającemu w piśmie z 25 listopada 2020 r. Jednak istota sprawy nie leży w tym, czy odwołujący przekazał informacje zamawiającemu. Przesądżające znaczenie ma fakt, że odwołujący dobrowolnie oświadczył, że zatrudni 10 osób, a przedstawiona przez niego wycena prezentowała inny stan rzeczy – zatrudnienie w pełnym wymiarze przy wykonaniu umowy w okresie realizacji usługi utrzymania jedynie 3 osób. Ponadto zatajenie informacji nie jest wprost wskazane jako przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. O zatajeniu informacji stanowi *expressis verbis* art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, który nie był podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania.

Brak potwierdzenia w wycenie deklaracji złożonych w ofercie co do liczby zatrudnionych osób świadczy co najmniej o braku należytej staranności odwołującego. Działaniu takiemu należy przypisać cechy co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślnością jest wskazanie maksymalnej liczby osób w punktowanym kryterium w sytuacji, gdy wbrew jasnym wymaganiom SIWZ nie przewiduje się ich zatrudnienia przy wykonywaniu umowy zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Wobec spełnienia wszystkich przesłanek wymaganych przez art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Izba uznała, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu i nie dopuścił się naruszenia tego przepisu.

Nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, którego odwołujący upatruje w wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy wycena usługi utrzymania w jego ofercie wskazana w piśmie z 25 listopada 2020 r. była wyższa, niż cena tej usługi w ofercie uznanej za najkorzystniejszą.

Po pierwsze, przedmiotem sporu nie jest cena oferty wybranej, ani też cena oferty odwołującego, lecz czynność wykluczenia odwołującego.

Po drugie, cena oferty odwołującego za usługi utrzymania nie wynosiła 793.231,97 zł, ale 0,01 zł. I to ta cena powinna być wzięta pod uwagę przy porównywaniu cen ofert w części dotyczącej utrzymania.

Po trzecie, w ocenie Izby naruszeniem zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp byłby wybór oferty odwołującego, który za usługi utrzymania obwodnicy w okresie roku wskazał cenę 1 grosza. Ponieważ cena usługi utrzymania stanowiła element oceny ofert o wadze 30 pkt, zabieg ten mógł doprowadzić do udzielenia zamówienia odwołującemu. Dostrzec przy tym trzeba, że w takiej sytuacji brak spełnienia przez odwołującego deklaracji złożonej w ofercie o zatrudnieniu 3 osób uzależnionych od alkoholu i 7 bezrobotnych w określonym przedziale wiekowym, nie wiązały się dla odwołującego z żadną realną sankcją. Wzór umowy przewidywał naliczanie przez zamawiającego kar umownych za każdy miesiąc, w którym osoby wskazane w ofercie nie zostaną zatrudnione. Jak oświadczył odwołujący w wyjaśnieniach z 25 listopada 2020 r. udzielił zamawiającemu rabatu, który spowodował, że cena usługi utrzymania wynosi 0,01 zł. W ocenie Izby oświadczenie odwołującego co do wyceny usługi utrzymania nie jest godne wiary, już z tego powodu, że brak jest jakiegokolwiek dowodu, że wycena ta została dokonana przed datą składania ofert, a nie następnie, w sytuacji wezwania do wyjaśnień, gdy znane były ceny wszystkich złożonych ofert. Jak bowiem wyjaśnił odwołujący, jest on zainteresowany uzyskaniem dotychczas nieposiadanego doświadczenia w zakresie usług utrzymania.

Jednak nawet w sytuacji przeciwnej, z całą pewnością wybór oferty odwołującego, który złożył w ofercie oświadczenia, nie związane z realną ceną oferty i rzeczywistym zatrudnieniem osób, lecz umożliwiające uzyskanie maksymalnej liczby punktów w dwóch ocenianych kryteriach, stanowiłby naruszenie zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:.....