Sygn. akt KIO 2084/17

WYROK
z dnia 17 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Członkowie: Marek Koleśnikow
Daniel Konicz

Protokolant: Edyta PaziewS.

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: S. S.A, D.L.A. Sp. z o.o., (…)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia

przy udziale wykonawcy A. Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum z siedzibą w Ż., P.P.U.H. K.A.K. z siedzibą w Ż. i P.P. Sp. z o.o. z siedzibą
w Ś. zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Konsorcjum: S. S.A., D.L.A. Sp. z o.o., (...),**
3. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konsorcjum: S. S.A., D.L.A. Sp. z o.o., (...) tytułem wpisu od odwołania,
4. Zasądza od wykonawcy Konsorcjum: S. S.A., D.L.A. Sp. z o.o., (...) na rzecz wykonawcy
A. Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum z siedzibą w Ż., P.P.U.H. K.A.K. z siedzibą w Ż. i P.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Ś. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset

złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt KIO 2084/17

Uzasadnienie

Gmina Wrocław – Urząd Miejski we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gminy Długołęka, znak Sprawy ZP/PN/36/2017/WTR, zwane dalej: „Postępowaniem". Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych

na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 czerwca 2017 r. pod nr 2017/S 121-245057.

W dniu 5 października 2017 r. Konsorcjum wykonawców: S. S.A. z siedzibą we W. i D.L.A. Sp. z o. o. z siedzibą we W. (dalej „Odwołujący"), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył:

1. czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu,
2. niewykluczenia z postępowania wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu,
3. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu,
4. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

ZaS.rżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z pkt 14 oraz w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku zaniechania wykluczenia wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, pomimo zaistnienia przesłanek do ich wykluczenia
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez podlegających wykluczeniu z postępowania wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu,
3. art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek zaniechania wezwania wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej przez to konsorcjum ceny, pomimo, że cena ta powinna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 i w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku zaniechania odrzucenia oferty wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z jako oferty bezpodstawnym wyborem najkorzystniejszej wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o z zamówienia publicznego udziału udzielenie w przedmiotowym postępowaniu, która - ze względu na istnienie podstaw do wykluczenia tego konsorcjum z udziału w postępowaniu podlegała odrzuceniu

i która, jako podlegająca odrzuceniu, nie była ofertą najkorzystniejszą;
6. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K.” A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, która, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podlegała odrzuceniu i która, jako podlegająca odrzuceniu, nie była ofertą najkorzystniejszą, a także innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 25 września 2017 r.,
2. przeprowadzenia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności:
   a. dokonania ponownego badania i oceny ofert,
   b. wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. konsorcjum A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K.” A. K. i P.P. Sp. z o. o.,
   c. odrzucenia oferty wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K.” A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wybranie jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w dniu 11 października 2017 r. uwzględnił je w części dotyczącej zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum A. K. P.. Następnie, w dniu 16 października 2017 r. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości. Konsorcjum A. K. P., które zgłosiło przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło sprzeciw zarówno przeciwko częściowemu (pismem z dnia 16 października 2017 r.) jak i uwzględnieniu odwołania w całości (w drodze oświadczenia złożonego w toku posiedzenia Izby w dniu 17 października 2017 r.).

W ramach prowadzonego postępowania Zamawiający, pismem z dnia 25 września 2017 r. powiadomił wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o rozstrzygnięciu przetargu oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K.” A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (dalej jako Przystępujący).

Oferta Odwołującego — wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jako konsorcjum wykonawców: S. S.A. i D.L.A. Sp. z o. o. uzyskała mniejszą liczbę punktów niż oferta Przystępującego, przez co znalazła się na drugim miejscu. W ocenie Odwołującego przeprowadzone przez Zamawiającego czynności prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty naruszały przepisy ustawy Pzp i skutkowały bezzasadnym pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyS.nia zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie mógł wybrać jako najkorzystniejszej, oferty Przystępującego, ponieważ w świetle art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z pkt 14 ustawy Pzp wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winna być odrzucona.
W myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu i w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia oświadczenia i dokumenty, których żąda od wykonawców w celu potwierdzenia braku podstaw do ich wykluczenia z udziału w postępowaniu. Rodzaje dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, zostały wS.zane w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, (dalej jako „rozporządzenie w sprawie dokumentów").
Zamawiający Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia w części VIII ust. 2 pkt 2.1 ppkt 2.1.1 SIWZ wskazał, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia między innymi informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Przy czym w podpunkcie 8.4 punktu 8 części VIII SIWZ określił (za rozporządzeniem w sprawie dokumentów) jakie dokumenty winien złożyć wykonawca w sytuacji gdy ma on siedzibę na terytorium Polski, a miejsce zamieszkania osoby, której dany dokument dotyczy znajduje się poza terytorium Polski.
Pismem z dnia 4 sierpnia 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia stosownych oświadczeń i dokumentów (zgodnie 2 art. 26 ust. 1 ustawy Pzp), w tym informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp „dla: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. K.A.K., P.P. Sp. z o. o., S.L.S.. s.r.o.", zaznaczając jednocześnie jakie dokumenty winien złożyć w gdy ma on na terytorium Polski, wykonawca sytuacji, siedzibę a miejsce zamieszkania osoby, której dany dokument dotyczy znajduje się poza terytorium Polski.

Przystępujący, pismem z dnia 16 sierpnia 2017 r. przekazał większość wymaganych przez Zamawiającego dokumentów za wyjątkiem żądanej przez Zamawiającego informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp dotyczącej prokurenta A. Sp. z o. o. — Pana M.G.. W konsekwencji Zamawiający przeprowadził postępowanie uzupełniające w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwał Przystępującego do uzupełnienia brakującego dokumentu w terminie do dnia 30 sierpnia 2017 r. (pismem z dnia 24 sierpnia 2017 r.) — wskazując, że może to być między innymi informacja z KRK.
W odpowiedzi, pismem z dnia 29 sierpnia 2017 r. (złożonym w dniu 30 sierpnia 2017 r.) Przystępujący przedłożył złożone przed niemieckim notariuszem oświadczenie zamieszkałego w Niemczech prokurenta A. Spółki z o. o., Pana M.G. (wraz z tłumaczeniem na język polski).
W związku z tym Zamawiający, mając wątpliwości co do prawidłowości i zgodności z prawem postępowania Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał go do złożenia wyjaśnień (pismem z dnia 6 września 2017 r.) w terminie do dnia 11 września 2017 r., przedłużonym następnie na wniosek Przystępującego do dnia 22 września 2017 r. (pismem z dnia 11 września 2017 r.).
W piśmie z dnia 11 września 2017 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia oraz załączył, na potwierdzenie swojego stanowiska, wyciągi z niemieckich aktów prawnych (wraz z ich tłumaczeniem na język polski). Pismem dnia 20 września 2017 r. uzupełnił swoje wyjaśnienia przedkładając jednocześnie Zamawiającemu świadectwo niekaralności Pana M.G. tzw. „F." z niemieckiego rejestru centralnego (wraz z jego tłumaczeniem na język polski).
Zamawiający, rozstrzygając w dniu 25 września 2017 r. przetarg na korzyść Przystępującego, uznał złożone przez niego oświadczenia, dokumenty i wyjaśnienia za prawidłowe i zgodne z przepisami, co zdaniem Odwołującego stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów.
Zgodnie z § 8 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz postanowieniem części VIII ust. 8 pkt 8.4 SIWZ, wykonawca mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w odniesieniu do osoby mającej miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej której dotyczy dokument wskazany w § 5 pkt 1 żądany w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy 2 udziału w postępowaniu, tj. informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, składa

dokument, o którym mowa w § 7 ust. pkt 1, tj. informację z odpowiedniego rejestru albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument w zakresie określonym

w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy. Jeżeli w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć takich dokumentów, czyli informacji z odpowiedniego rejestru albo w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny, zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie tej osoby złożonym przed notariuszem
lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby.
Jak wynika z informacji zawartych w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego wchodząca w skład Konsorcjum Przystępującego spółka A. Sp. z o. o. ma siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast jej prokurent Pan M.G. ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej —
w Niemczech (co potwierdza jego oświadczenie złożone przed notariuszem w dniu 6 marca 2017 r.).
W konsekwencji, w odniesieniu do osoby Pana M.G. w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (potwierdzenia jego niekaralności za przestępstwa określone w art. 24 ust. pkt 13 ustawy Pzp), Przystępujący winien złożyć informację z odpowiedniego rejestru (czyli dokument, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1), ponieważ w Niemczech rejestr taki istnieje, co potwierdził sam Przystępujący przedkładając tzw. „F." wystawiony przez Federalny Urząd Wymiaru Sprawiedliwości (Bundesamt für Justiz) wraz z pismem z dnia 20 września 2017 r. W ocenie Odwołującego inny dokument niż informacja z odpowiedniego rejestru można było złożyć jedynie w sytuacji, gdy:

1. brak jest takiego rejestru — wówczas można złożyć inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy tub administracyjny kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument (§ 7 ust. 1 pkt 1 w związku z § 8 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów),
2. w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć nie wydaje się takich dokumentów - wówczas można go zastąpić dokumentem zawierającym oświadczenie tej osoby złożonym przed notariuszem lub przed sądowym, albo organem samorządu organem administracyjnym zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby (§ 8 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Przepis rozporządzenia mówi bowiem wyraźnie i jednoznacznie, że oświadczenie takiej osoby złożone przed notariuszem można przedłożyć Zamawiającemu, gdy nie wydaje się takich dokumentów w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, czyli nie wydaje się informacji z odpowiedniego rejestru albo w przypadku

braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny.
Zdaniem Odwołującego nie można więc podzielić poglądów Przystępującego, że skoro zakres niemieckiego zaświadczenia o niekaralności nie jest równoważny z informacją z Krajowego Rejestru Karnego Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie czynów karalnych wymienionych enumeratywnie w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystarczającym i koniecznym było złożenie przez Przystępującego stosownego oświadczenia złożonego w obecności notariusza przez prokurenta A. Sp. z o. o. i przedłożenie go Zamawiającemu.
Według Odwołującego przesądzającym jest sam fakt, że w Niemczech istnieje rejestr osób skazanych i wystawiane są zaświadczenia o niekaralności aby Przystępujący był zobowiązany taki dokument złożyć w odniesieniu do prokurenta A. Sp. z o. o., nawet gdy zaświadczenia te nie odpowiadają swoim zakresem informacjom z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Jedynie w odniesieniu do przestępstw nie objętych niemieckim rejestrem,

a wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp odwołujący mógł uzupełniająco przedłożyć oświadczenie własne Pana M.G. złożone przed notariuszem.
Zdaniem Odwołującego nie zmienia tego obowiązek Zamawiającego określony w art. 26 ust. 7 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu korzystanie z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis oraz wymagania przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte tym repozytorium. W przepisie tym ustawodawca posługuje się wyraźnie sformułowaniem „przede wszystkim", które należy interpretować jako „w pierwszej kolejności". Przepis ten nie przewiduje zatem absolutnego nakazu wymagania wyłącznie takich dokumentów, które są objęte repozytorium e-Certis.
W ocenie Odwołującego nie zmienia tego także fakt, że w bazie e-Certis w odniesieniu do Niemiec nie został wskazany rejestr karny. Zamawiający wymaganą ostrożność zachował opierając się na swojej wiedzy i doświadczeniu oraz informacjach z innych źródeł, wskazujących, że w Niemczech prowadzony jest stosowny rejestr. Dlatego też Zamawiający uznając (przez rozstrzygnięcie postępowania), że Przystępujący wykazał brak podstaw wykluczenia, naruszył wskazane powyżej przepisy ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia o dokumentach. Przystępujący nie złożył bowiem na jednoznaczne, precyzyjne i konkretne wezwanie Zamawiającego (art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) ani na jednoznaczne, precyzyjne i konkretne wezwanie do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) informacji z niemieckiego rejestru, której złożenie — jak wykazano powyżej — było możliwe, bo dokument taki wydaje się w Niemczech.

W ocenie Odwołującego termin na uzupełnienie tego dokumentu minął w dniu 30 sierpnia 2017 r. Dlatego też jego złożenie w dniu 22 września 2017 r. (wraz z pismem z dnia 20 września 2017 r.) w wyniku wezwania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), nie może być uznane za skuteczne.
Odwołujący podkreślił, że zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny oraz jednolitą i ugruntowaną linią orzeczniczą, w odniesieniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów (na jednoznaczne, precyzyjne i konkretne wezwanie do ich uzupełnienia) obowiązuje tzw. zasada jednokrotności wezwania. Dlatego też Konsorcjum A. K. P. powinno było zostać wykluczone z udziału w przedmiotowym postępowaniu, a jego oferta odrzucona.
W konsekwencji dokonany przez Zamawiającego wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z pkt 14 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu wyboru jako najkorzystniejszej oferty zawierającej rażąco niską cenę, Odwołujący twierdzi, że Zamawiający nie mógł wybrać jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, ponieważ w świetle art. 89 ust. 1 pkt 4 oferta tego wykonawcy jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna zostać odrzucona. Zamawiający zaś, pomimo, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami oraz wymogami wynikającymi z odrębnych przepisów, nawet nie wezwał Konsorcjum A. K. P. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, do czego obliguje Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
W ocenie Odwołującego zaoferowana przez Przystępującego cena powinna wydać się Zamawiającemu niS. w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami oraz wymogami wynikającymi z odrębnych przepisów, ponieważ ceny jednostkowe w ofercie Przystępującego są jednakowe dla wszystkich typów autobusów, a przede wszystkim jest niższe niż średnia ważona cen jednostkowych (tj. cen za wozokilometr) obowiązujących Zamawiającego i poprzednich wykonawców na tych samych liniach w roku 2014 (aż o 9%), w roku 2012 (o 7%), w roku 2011 (o 3%), a nawet w roku 2010 (o 1%).
Odwołujący podkreślił, że od roku 2010 sukcesywnie wzrastały (a nie malały) poszczególne koszty przewozów.
Już tylko samo minimalne wynagrodzenie za pracę wzrosło w tym okresie o 52% (przyjmując, że określone stosownymi przepisami minimalne wynagrodzenie za pracę w roku

2010 to 100%) od kwoty 1 317 zł w roku 2010 do kwoty 2 000 zł w roku 2017,

Wzrost cen znajduje potwierdzenie także w tzw. wskaźniku inflacji, który niewątpliwie ma wpływ na kształtowanie się kosztów związanych z przewozami. Zgodnie z komunikatami Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem:

- w marcu 2016 r. w stosunku do marca 2010 wyniósł 107.8 - wzrost cen 0 7,8% (komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 11 kwietnia 2016 r. w Sprawie wskaźnika wzrostu cen towarów usług konsumpcyjnych ogółem w marcu 2016 r. w stosunku do marca 2010 r. M.P, z 2016 r. 391),
- w marcu 2017 w stosunku do marca 2011 r. • 105,5 - wzrost cen 0 (komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 11 kwietnia 2017 r. w Sprawie wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w marcu 2017 r. w stosunku do marca 2011 r. M.P, z 2017 r. poz. 383).

Odwołujący podniósł, że Przystępujący nigdy dotąd nie świadczył usług przewozowych na terenie Wrocławia i sąsiadujących z Wrocławiem gmin. Dlatego też jego koszty związane ze zorganizowaniem zapewnieniem właściwego, zgodnego z SIWZ wykonywania usług przewozowych niewątpliwie muszą być większe od kosztów Odwołującego w tym zakresie, co musi mieć i ma bezpośredni wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.
Odwołujący świadczy usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gminy Długołęka na liniach autobusowych objętych przedmiotowym przetargiem nieprzerwanie od roku 2007 na podstawie umów:

- zawartej w roku 2007 między D. Sp. z o. o. a Gminą Wrocław,
- z dnia 23 sierpnia 2010 r. (nr WTR/P/3/201) zawartej między konsorcjum S. Sp. z o. o. S. (poprzednikiem prawnym S. S.A., która to spółka akcyjna powstała z przekształcenia S. Sp. z o. o. S.) i S. Sp. z o. o. a Gminą Wrocław,
- z dnia 5 sierpnia 2014 r. (nr WTR/P/3/2014) zawartej między Odwołującym - konsorcjum Spółek S. S.A. i D. Sp. z o. o. a Gminą Wrocław, która w wyniku udzielenia Odwołującemu zamówień uzupełniających będzie trwała do dnia 30 listopada 2017 r.

Odwołujący podniósł, że dzięki ponad dziesięcioletniej praktyce w świadczeniu usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na liniach objętych przedmiotowym zamówieniem publicznym ma wyjątkowo Sprzyjające warunki wykonywania tego zamówienia, niedostępne dla Przystępującego.
Odwołujący bazując na własnych, zdobytych w praktyce, danych w zakresie zużycia paliwa na tych i na podobnych, pobliskich liniach, na których przewozy wykonują jego autobusy tego samego typu co wymagane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, zakłada spalanie w wysokości przynajmniej 30 litrów na 100 km, w sytuacji gdy producent oferowanych w przedmiotowym przetargu autobusów SOR podaje (zużycie katalogowe) 25

litrów na 100 km (co potwierdza artykuł „Autobusy SOR palą najmniej" ze strony internetowej załączony do odwołania). Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie uwzględnił tak dużego, realnego zużycia paliwa.
Zdaniem Odwołującego wrocławski rynek pracy jest obecnie rynkiem pracownika, zwłaszcza – w branży przewozowej - pracownika—kierowcy. Nie daje zatem możliwości zatrudnienia kierowców z płacą w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zamawiający wymaga zaś w przedmiotowym przetargu zatrudnienia wszystkich kierowców na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy (część III SIWZ). W roku 2017 rynek ten wymuszał zatrudnianie kierowców za wynagrodzeniem w wysokości przynajmniej 2 571,80 zł, co — uwzględniając całkowity dla pracodawcy koszt wynagrodzenia wynosi przynajmniej 3 086,16 zł, Potwierdzają to załączone do odwołania umowy o pracę zawarte (lub aneksowane) z kierowcami zatrudnianymi przez wrocławskich przewoźników w roku 2017. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum A. K. P. nie założyło wynagrodzenia za pracę w przynajmniej na poziomie takich, minimalnych wrocławskich stawek.
Ponadto, ze względu na fakt, że Przystępujący nigdy dotąd nie świadczył usług przewozowych na terenie i sąsiadujących z Wrocławiem gmin, nie posiada on urządzonej,

funkcjonującej bazy autobusowej usytuowanej w pobliżu tras, na których świadczone będą usługi przewozowe. Dlatego też będzie musiał ponieść znaczne koszty związane ze zorganizowaniem, urządzeniem i funkcjonowaniem bazy, które to koszty nie będą obciążały żadnej ze Spółek Odwołującego. Zarówno D. Sp. z o. o., jak i S. S.A. działają na wrocławskim rynku od kilkunastu lat i posiadają zorganizowane, funkcjonujące bazy. Sam koszt wynajęcia nieruchomości niezbędnej na urządzenie bazy spółki S. S.A. wynosi miesięcznie przynajmniej 14 645 zł netto, rocznie 175 740 zł netto (co w S.li całego 6-letniego kontraktu wyniosłoby przynajmniej 1 054 440 zł netto). Koszty te znajdują potwierdzenie w załączonych do odwołania umowach najmu i dzierżawy (umowa dzierżawy nr 1/03/526/2016 z dnia 26.02.2016 r — dzierżawa placu parkingowego dla 18 autobusów; umowa najmu lokalu z dnia 26.02.2016 r. — najem biur dla pracowników merytorycznych; umowa najmu lokalu użytkowego nr 1/03/2016 z dnia 01.03.2016 r. — najem hali naprawczej). D. Sp. z o. o. kosztów takich nie ponosi od wielu lat, natomiast S. S.A., w związku z budową własnej bazy, która zacznie funkcjonować od stycznia 2018 r., nie będzie ich ponosić podczas realizacji przedmiotowego kontraktu, w związku z czym Odwołujący nie musiał ich uwzględniać w zaoferowanej przez siebie cenie ofertowej. Przystępujący zdaniem Odwołującego powyższych kosztów w ogóle nie ujął w swoich kalkulacjach kosztów przedmiotowego kontraktu.
Podkreślenia wymaga także fakt, że w przeciwieństwie do Odwołującego Przystępujący nie dysponuje również wyjątkowo sprzyjającą okolicznością związaną z wykonywaniem tego zamówienia (dostępną dla Odwołującego, znajdującą potwierdzenie w załączonej

do odwołania notatce ze spotkania z dnia 13 lipca 2017 r.) — przez producenta autobusów opcją autobusów zakończeniu kontraktu (za cenę stanowiącą 35% ceny zakupu autobusów). Co dodatkowo potwierdza, że cena zaoferowana przez Przystępującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Poniższe kalkulacje przedstawiają dwie z możliwych wersji Skalkulowania kosztów przedmiotowego zamówienia publicznego przez Przystępującego.
W wersji pierwszej przyjęte zostały minimalne założenia w zakresie kosztów kontraktu. Jest to więc kalkulacja optymistyczna, oparta na opisanych wcześniej założeniach minimalnych kosztów. A i tak, pomimo optymistycznego podejścia, kalkulacja ta pokazuje, że Przystępujący poniesie stratę w wyniku wykonania tego kontraktu — stratę w wysokości prawie jednego miliona złotych.
Odwołujący załączył do odwołania dwa warianty kalkulacji kosztów umowy Wrocław – Długołęka, z których wynika, że (w pierwszym wariancie - optymistycznym) kwestionowana oferta przyniesie Przystępującemu stratę w wysokości prawie jednego miliona złotych, w drugim wariancie (realnym, opartym o doświadczenia Odwołującego) szacowana strata to prawie pięć milionów złotych.
W świetle powyższych okoliczności, zdaniem Odwołującego uznać należy, wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej narusza postanowienia SIWZ oraz wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie dokumentów. Ponadto stanowi naruszenie fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad ogólnych, tj. zasady równości (równego traktowania) i uczciwej konkurencji - uregulowanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasady udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący i Przystępujący do postępowania odwoławczego w toku rozprawy podtrzymali swoje stanowiska.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący podkreślił, że nie wskazuje dysproporcji cen pomiędzy złożonymi ofertami, jako podstawy zarzutu, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę. Stwierdził, że ceny jednostkowe, które składają się na kalkulacje całkowitej ceny oferty Przystępującego powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do prawidłowej konstrukcji oferty. Ceny jednostkowe za jeden wozokilometr eksploatacji autobusów w ofercie Przystępującego są takie same i nie uwzględniają różnic, które powinny wynikać z różnych kosztów eksploatacji pojazdów, których dotyczą poszczególne ceny jednostkowe. Biorąc pod uwagę, iż ceny jednostkowe w ofercie Przystępującego były takie same Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Powinien również wezwać do złożenia wyjaśnień w zaniżenia ceny oferty Przystępującego w stosunku

do średnich cen, za tego samego rodzaju usługi, liczonych za ostatnie 10 lat. Zgodnie z ustawą o finansach publicznych Zamawiający nie powinien kierować się wyłącznie interesem finansowym, ale również interesem ekonomicznym i społecznym, wobec czego powinien mieć świadomość, że wybór ceny korzystnej finansowo może być niekorzystny ekonomicznie np. ze względu możliwość upadłości wykonawcy, który zaproponował ofertę z zaniżoną, nierealną ceną. W takim przypadku w toku realizacji przedmiotu zamówienia może dojść do zaprzestania świadczenia usług na liniach autobusowych objętych umową. Wykonawca, który zaoferował zbyt niską cenę może w efekcie ponosić duże straty, które doprowadzą go do upadłości. Koszt ekonomiczny byłby wówczas dla Zamawiającego bardzo wysoki – musiałby natychmiast zorganizować komunikację zastępczą i ponieść w związku z tym dodatkowe koszty.
Odwołujący podniósł, że zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest głównym zarzutem Odwołania. Zarzut złożenia oferty z rażącą niską ceną przez Przystępującego ma charakter pomocniczy i został postawiony z ostrożności procesowej.

W odpowiedzi na stanowisko Odwołującego Przystępujący podniósł w zakresie niekaralności prokurenta A. Sp. z o.o., że niemiecki rejestr nie uwzględnia wszystkich skazań w sposób w pełni równoważny do polskiego Krajowego Rejestru Karnego, wobec czego § 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów pozwalał na posłużenie się oświadczeniem złożonym w obecności notariusza. Zdaniem Przystępującego było to uzasadnione ze względu na fakt, że niemiecki rejestr uwzględnia tylko wskazania powyżej pewnego wymiaru kar, podczas gdy polski odpowiednik uwzględnia wszystkie skazania wymienione w art. 24 ust. 2 pkt 12 i 14 ustawy Pzp. W tej sytuacji złożenie oświadczenia przed notariuszem było uprawnione, ponieważ niemiecki rejestr nie jest w pełni równoważny i posłużenie się nim narażałoby Przystępującego na zarzut niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Dyrektywa 2014/24/UE wskazuje na pewne przestępstwa, w zakresie których trzeba wykazać się niekaralnością, by otrzymać zamówienie. Wykazanie to ma nastąpić przez okazanie dokumentów z właściwego rejestru bądź notarialne oświadczenia. Przepisy dyrektywy obejmują m.in. przestępstwo korupcji, wobec czego możliwe jest, że niemiecki rejestr biorąc pod uwagę konstrukcje tamtejszych przepisów nie uwzględnia wskazania za tego rodzaju przestępstwo przy założeniu, że wymiar orzeczonej kary będzie odpowiednio niski. Złożone przez Przystępującego oświadczenie miało zapobiec zarzutowi, że nie w pełni wykazano niekaralność prokurenta Lidera konsorcjum. Zamawiający nie ma obowiązku badania równoważności rejestrów w tym przypadku niemieckiego z krajowym, ale jeśli wykonawca jest świadomy różnic pomiędzy rejestrami i różnice te wykazuje Zamawiającemu

to Zamawiający powinien uwzględnić złożone oświadczenia i wyjaśnienia. Przystępujący nie chciał legitymować się samym niemieckim rejestrem ze względu na wspomniane wyżej różnice, szczególnie, że rozporządzenie w sprawie dokumentów przyznaje prawo legitymowania się oświadczeniem notarialnym, jeśli zagraniczny rejestr nie obejmuje wszystkich rodzajów skazań interesujących Zamawiającego.
W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Przystępujący podnosi, że Odwołujący porównując ceny z oferty Przystępującego do cen z ubiegłych lat za świadczenie usług przewozu, w praktyce porównuje cenę oferty Przystępującego do cen, za które sam Odwołujący świadczył usługi na rzecz Zamawiającego. Nie są to zatem ceny rynkowe, a ceny Odwołującego, który złożył konkurencyjną ofertę. Przystępujący zastosował „płaską” stawkę, a zatem jednolitą dla wszystkich trzech typów pojazdów, dlatego stawka równomiernie rozkładała się na te pojazdy i obejmowała wszystkie koszty świadczenia usług. Cena za jeden wozokilometr dla pojazdu typu A w ofercie Przystępującego jest z tego powodu wyższa od analogicznej ceny w ofercie Odwołującego. Nie ma, zatem mowy o zaniżeniu ceny w stosunku do pozostałych ofert. W zakresie zwiększenia kosztów pracy w stosunku do lat poprzednich, w odpowiedzi na zarzuty z treści odwołania Przystępujący podniósł, że kierowcy nie pracują za stawki minimalne, wobec czego wzrost płac minimalnych nie ma wpływu na prawidłowość kalkulacji ceny oferty. Istotne są średnie ceny paliw, które

w czasie ostatnich lat spadły, więc powoływanie się przez Odwołującego na inflację i związany z nią wzrost cen jest w ocenie Przystępującego nietrafne. Przystępujący przedłożył w toku rozprawy kalkulację wszystkich kosztów urealniającą cenę zaoferowaną w ofercie. Podkreślił również, że wbrew twierdzeniom strony przeciwnej ma doświadczenie w działalności na rynku śląskim i - o ile próbuje wejść na rynek Wrocławia, o tyle nie próbuje tego zrobić kosztem zaniżonej ceny złożonej oferty.
W zakresie ciężaru dowodowego Przystępujący powołał się na orzeczenie KIO 166/15, twierdząc, że przy takiej konstrukcji zarzutów jak w odwołaniu, ciężar dowodowy będzie po stronie Odwołującego. To on twierdzi, że Zamawiający miał obowiązek wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zatem powinien wykazać okoliczności, które obligowałyby Zamawiającego do tego rodzaju działania.
W przeciwnym wypadku zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W przedmiotowym postępowaniu różnica cen miedzy ofertami Przystępującego i Odwołującego nie przekracza 10 %. Przystępujący wskazał, że zgodnie z orzeczeniem KIO 425/17, małe różnice w cenach pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami wynikają z konkurencji na rynku. Odwołujący przedstawił dokumenty dotyczących cen dotychczas obowiązujących, ale nie wykazał sposobu zaniżenia cen przez Przystępującego, ani dowodów potwierdzających ten fakt.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie jest zasadne.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowano powyżej) i jest właściwie bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z pkt 14 oraz w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku zaniechania wykluczenia wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K.” A. K. i P.P. Sp. z o. o. ubiegających wspólnie się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, pomimo zaistnienia przesłanek do ich wykluczenia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez podlegających wykluczeniu z postępowania wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K.” A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu:

Izba uznała, że bezsporny jest fakt, iż prokurent spółki A. Sp. z o.o., Pan M.G., nie jest osobą karaną.
W żaden sposób nie można Zamawiającemu zarzucić braku staranności w kwestii ustalenia spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 4 sierpnia 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum A. K. P. do złożenia stosownych oświadczeń i dokumentów (zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp),

---

w tym informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp „dla: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. K.A.K., P.P. Sp. z o. o., S.L.S.. s.r.o.”, zaznaczając jednocześnie jakie dokumenty winien złożyć

w gdy ma on na terytorium Polski, wykonawca sytuacji, siedzibę a miejsce zamieszkania osoby, której dany dokument dotyczy znajduje się poza terytorium.
Konsorcjum A. K. P., pismem z dnia 16 sierpnia 2017 r. przekazało większość wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, za wyjątkiem żądanej przez Zamawiającego informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp dotyczącej prokurenta A. Sp. z o. o. □ Pana M.G..
W konsekwencji Zamawiający przeprowadził postępowanie uzupełniające w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwał Konsorcjum A. K. P. do uzupełnienia brakującego dokumentu w terminie do dnia 30 sierpnia 2017 r. (pismem z dnia 24 sierpnia 2017 r.) □ wskazując, że może to być między innymi informacja z Krajowego Rejestru Karnego.
W odpowiedzi, pismem z dnia 29 sierpnia 2017 r. (złożonym w dniu 30 sierpnia 2017 r.) Konsorcjum A. K. P. przedłożyło Zamawiającemu złożone przed niemieckim notariuszem oświadczenie zamieszkałego w Niemczech prokurenta A. Spółki z o. o., Pana M.G. (wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski).
W związku z tym Zamawiający, mając wątpliwości co do prawidłowości i zgodności z prawem postępowania Konsorcjum A. K. P., w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień (pismem z dnia 6 września 2017 r.) w terminie do dnia 11 września 2017 r., przedłużonym następnie na wniosek Konsorcjum A. K. P. do dnia 22 września 2017 r. (pismem z dnia 11 września 2017 r.).
W piśmie z dnia 11 września 2017 r. Konsorcjum A. K. P. złożyło wyjaśnienia oraz załączyło, na potwierdzenie swojego stanowiska, wyciągi z niemieckich aktów prawnych (wraz z ich tłumaczeniem na język polski). Pismem z dnia 20 września 2017 r. uzupełniło swoje wyjaśnienia przedkładając jednocześnie Zamawiającemu świadectwo niekaralności Pana M.G. tzw. „F." z niemieckiego rejestru centralnego (wraz z jego tłumaczeniem przysięgłym na język polski).
Zamawiający, rozstrzygając w dniu 25 września 2017 r. przetarg na korzyść Konsorcjum A. K. P., uznał złożone przez Konsorcjum A. K. P. oświadczenia, dokumenty i wyjaśnienia za prawidłowe i zgodne z przepisami.
Niezależnie Zamawiający zakwestionować czy powinien sam sposób wykazania nie podlegania wykluczeniu przez Przystępującego w ocenie Izby Przystępujący jednoznacznie wykazał, że prokurent A. Sp. z o.o. nie został skazany za żadne z przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp, w związku z czym Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 1 pkt 12 i 14 Pzp.

17

Celem prowadzonej przez Zamawiającego weryfikacji wykonawców pod kątem spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu jest uzyskanie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie – czy wykonawcy spełniają te warunki czy też nie? Obowiązkiem Zamawiającego jest wykluczenie wykonawców będących osobami fizycznymi, których prawomocnie skazano za przestępstwa, o których mowa w art. 165a, 181–188, 189a, 218–221, 228–230a, 250a, 258 lub art. 270–309 k.k. lub art. 46, lub art. 48 ustawy o sporcie, przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 k.k., przestępstwa skarbowe i przestępstwa o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp wykluczeniu podlega również wykonawca, którego urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za wyżej wymienione przestępstwa. Biorąc pod uwagę redakcję przytoczonych wyżej przepisów zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego w jednym z określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp przypadków stanowiłoby złamanie ustawowego nakazu. Wobec tego Zamawiający musi dochowywać szczególnej staranności i rzetelności w toku weryfikacji wykonawców w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 7 ustawy Pzp Zamawiający korzysta z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis oraz wymaga przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte tym repozytorium. System e-Certis nie zawiera jednak niemieckich poświadczeń niekaralności.

Art. 57 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE ustanawia bezwzględny obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku skazania go prawomocnym wyrokiem z powodu dopuszczenia się jednego ze wskazanych czynów:

1. udziału w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW;
2. korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW, jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji Zamawiającej lub wykonawcy;
3. nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony „interesów finansowych" Wspólnot Europejskich;
4. przestępstw terrorystycznych lub przestępstw związanych z działalnością terrorystyczną, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 1 i 3 decyzji ramowej

Rady 2002/475/WSiSW, bądź podżegania do popełnienia przestępstwa, pomocnictwa, współsprawstwa lub usiłowania popełnienia przestępstwa, o których mowa w art. 4 tej decyzji ramowej;

5. prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE;
6. pracy dzieci i innych form handlu ludźmi, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE.

Obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.
Przystępujący, wiedząc, że niemieckie poświadczenie niekaralności, F., nie obejmuje swym zakresem skazań za przestępstwa o niskim wymiarze kary, przekazał Zamawiającemu złożone w obecności jako oświadczenie notariusza dokument poświadczający niekaralność w zakresie wszystkich przestępstw, o których mowa w przytoczonych wyżej przepisach. Uznał, że niemiecki dokument jako węższy zakresem niż informacja z Krajowego Rejestru Karnego może zostać uznany za niewystarczający do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że niemiecki rejestr nie uwzględnia m. in. skazań za przestępstwo korupcji pod warunkiem, że z tytułu jego popełnienia sąd orzekł karę w odpowiednio niskim wymiarze. O ile z jednej strony można uznać niemiecki rejestr za równorzędny polskiemu Krajowemu Rejestrowi Karnemu, jako oficjalny dokument potwierdzający niekaralność podmiotu, o tyle przepisy ustawy Pzp i dyrektywy 2014/24/UE jasno wskazują zakres, w jakim podmiot ubiegający się o zamówienie musi wykazać brak prawomocnego skazania za określonego rodzaju przestępstwa. Dlatego trudno w tej sytuacji uznać by postępowanie Przystępującego było niedopuszczalne i winno skutkować wykluczeniem go z postępowania.
Wbrew twierdzeniom Odwołującego niemiecki dokument z rejestru centralnego został złożony nie jako dokument uzupełniający do oświadczenia notarialnego, ale jako potwierdzenie wyjaśnień złożonych w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Stanowi o tym treść pisma Przystępującego z 20 września 2017 r. – skierowanego do Zamawiającego jako uzupełnienie złożonych uprzednio wyjaśnień – "(…) uzupełniająco, celem potwierdzenia prawdziwości dotychczasowych wyjaśnień wykonawcy oraz prawdziwości złożonego w toku postępowania oświadczenia notarialnego prokurenta A. Spółki z o. o. w przedmiocie niekaralności, przedkładam zaświadczenie tzw. F. z niemieckiego rejestru centralnego, potwierdzające brak figurowania w tym rejestrze prokurenta A. Sp. z o. o. Pana M.G.". Z tego powodu Izba uznała za nietrafny zarzut postawiony przez jakoby dopuścił Odwołującego Zamawiający do dwukrotnego uzupełnienia

dokumentów w trybie wezwania wykonawcy na podst. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Działania Przystępującego, w ocenie Izby, nie stanowiły formy dodatkowego uzupełnienia dokumentów, a potwierdzały, że złożone wcześniej oświadczenie notarialne jest prawdziwe i wystarczające dla uznania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania.
W tym konkretnym przypadku, niezaakceptowanie sposobu w jaki Przystępujący wykazał

niekaralność prokurenta A. Sp. z o. o. i wykluczenie go z postępowania dowodziłoby nadmiernego formalizmu Zamawiającego, oderwanego od podstawowego celu weryfikacji wykonawców pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba zwraca jednak uwagę, że Przystępujący równie skutecznie udowodniłby spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie niekaralności prokurenta A. Sp. z o.o., unikając jednocześnie zarzutu podlegania wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 2 pkt 12 i 14 Pzp, gdyby oświadczenie notarialne i dokument F. złożył razem.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji.

W zakresie zarzutów naruszenia:

1. art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek zaniechania wezwania wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej przez to konsorcjum ceny, pomimo, że cena ta powinna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 i w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku zaniechania odrzucenia oferty wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku

z bezpodstawnym wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o zamówienia publicznego z udziału udzielenie w przedmiotowym postępowaniu, która - ze względu na istnienie podstaw do wykluczenia tego konsorcjum z udziału w postępowaniu podlegała odrzuceniu i która, jako podlegająca odrzuceniu, nie była ofertą najkorzystniejszą;

4. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawców: A. Sp. z o. o., P.P.U.H. „K." A. K. i P.P. Sp. z o. o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, która, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podlegała odrzuceniu i która, jako podlegająca odrzuceniu, nie była ofertą najkorzystniejszą.

Izba uznała że odwołanie w powyższym zakresie nie jest zasadne.

W odniesieniu do rażąco niskiej ceny Zamawiający jest jedynym uprawnionym do oceny co budzi, a co nie wzbudza jego wątpliwości. W tym zakresie słusznie podniósł Przystępujący, że ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, jako wywodzącym skutki z podniesionego zarzutu, dlatego to Odwołujący powinien wykazać zaistnienie okoliczności bezwzględnie obligujących Zamawiającego do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tego rodzaju dowody nie zostały przestawione. Biorąc pod uwagę stosunkowo niewielką rozbieżność w cenach ofert Przystępującego i Odwołującego, Zamawiający obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający nie miał. W art. 90 ust. 1 Pzp ustawodawca wskazał na obowiązek badania oferty w przypadku, gdy 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, ale tylko w art. 90 ust. 1a wskazano obligatoryjne przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W przypadku oferty Przystępującego przesłanki te nie zostały spełnione, wobec powyższego to Zamawiający był jedynym uprawnionym do zadecydowania czy zaoferowana cena wzbudza jego wątpliwości w zakresie możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

W zakresie podniesionego przez Odwołującego zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego Izba stoi na stanowisku, że kluczowe w takim przypadku jest ustalenie, czy proponowana cena jest realna, tzn. czy możliwe jest prawidłowe zrealizowanie przedmiotu zamówienia i osiągnięcie zysku. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych oraz doktryną, że za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert. Wynika z tego, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Oceniając ofertę Przystępującego Izba nie stwierdziła wystąpienia żadnej z powyższych przesłanek. Ponadto treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień – zarówno w postaci załączonych dokumentów jak i złożonych w toku rozprawy wyjaśnień – jasno wskazuje na to, że jest on świadomy swoich działań. Przedstawione kalkulacje uwzględniają osiągnięcie przez Przystępującego zysku, a nic nie wskazuje na to, by zaoferowana cena w ofercie miała być nierealna.

W ocenie Izby Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……