Sygn. akt: KIO 2302/20

WYROK
z dnia 12 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 14 września 2020 r. przez wykonawcę K. Cz. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SANTEX K. Cz. w Sędziszowie Małopolskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ostrów przy udziale wykonawcy K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. Instalatorstwo Sanitarne, Grzewcze, Gazowe w Bukowcu przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. wykonawcy K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. Instalatorstwo Sanitarne, Grzewcze, Gazowe w Bukowcu,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Ostrów i:

   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez K. Cz. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SANTEX K. Cz. w Sędziszowie Małopolskim tytułem wpisu od odwołania,

   3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Ostrów na rzecz K. Cz. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SANTEX K. Cz. w Sędziszowie Małopolskim kwotę 13 600,00 zł (trzynaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 12 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt: 2302/20

Zamawiający – Gmina Ostrów, Ostrów 225, 39-103 Ostrów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Poprawa warunków zaopatrzenia w wodę mieszkańców Gminy Ostrów", podzielone na dwie części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 20 lipca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 564041-N-2020, zwane dalej jako „postępowanie".

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

W dniu 14 września 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu w zakresie części II przetargu wniósł wykonawca K. Cz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SANTEX K. Cz., ul. Wspólna 13b, 39-120 Sędziszów Małopolski (dalej zwany jako „odwołujący").

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Isgg z postępowania, 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, tj. w zakresie nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartą z Zamawiającym o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Isgg z postępowania, który to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu - poprzez podanie nieprawdziwych informacji w zał. nr 2, tj. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania w oparciu o tę przesłankę pomimo, iż zaistniała ona w odniesieniu do Isgg w związku z rozwiązaniem z jego winy umowy przez Gminę Skrzyszów;
4. art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do wyjaśnień treści wstępnego oświadczenia w zakresie dot. fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP w odniesieniu do okoliczności rozwiązania umowy z Gminą Skrzyszów;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Isgg pomimo, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
6. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Isgg pomimo, iż wykonawca Isgg nie

wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;

7.art. 7 ust. 3 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta nie może być wybrana w zgodzie z przepisami ustawy;

8.art. 7 ust. 1 PZP w związku z wskazanymi powyżej naruszeniami art. 89 ust. 1 pkt 4 i 2 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku ze wskazanymi naruszeniami.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. Instalatorstwo Sanitarne, Grzewcze, Gazowe w Bukowcu (dalej zwanego jako „Isgg"), jako oferty najkorzystniejszej, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Isgg i odrzucenie jego oferty z postępowania oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Ponadto wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje.

1.Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 i pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p.

W wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawca Isgg wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., co miało bezpośredni wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Gdyby wykonawca podał rzetelne informacje wymagane przez zamawiającego, podlegałby wykluczeniu. Odwołujący wystąpił z zapytaniem do Gminy Skrzyszów, czy z przyczyn leżących po stronie Isgg, nie wykonał on w istotnym stopniu wcześniejszej umowy dotyczącej „Budowy kanalizacji sanitarnej w Pogórskiej Woli (przysiółek Poskle) – etap II". Na wniosek informującego Gmina Skrzyszów udzieliła, w ramach informacji publicznej, wyczerpujących odpowiedzi popartych dowodami, które jednoznacznie wskazują, iż wykonawca w stopniu istotnym nie wykonał umowy, czego skutkiem było odstąpienie 30 września 2019 r. z przyczyn leżących po stronie Isgg. Z uzyskanych informacji wynika, że zamawiający, tj. Gmina Skrzyszów, odstąpił od umowy zawartej z Isgg oraz naliczył z tego tytułu odszkodowanie w formie kary umownej, ponieważ przedmiot umowy nie został wykonany w wyznaczonym pierwotnie i dodatkowym terminie, co potwierdzają dołączone do odwołania dowody.

Odwołujący dodał, że wykonawca Isgg nie wskazał i nie opisał żadnych przedsięwziętych środków w celu wykazania swojej rzetelności, w ramach tzw. „samooczyszczenia", a wymaganych w załączniku nr 2 pkt 5 oferty. Jak również niewykonanie umowy i nienależyte działanie wykonawcy nie tylko doprowadziło do jej rozwiązania i naliczenia kary umownej, a może rodzić poważne konsekwencje związane z możliwością utraty dofinansowania lub jej części, a także dodatkowe straty spowodowane wzrostem cen na rynku budowlanym. Odwołujący wskazał dalej, iż równolegle do prowadzonego postępowania, w toku badania i oceny ofert, inny zamawiający Gmina Ropczyce wykluczyła wykonawcę Isgg z postępowania dotyczącego uzbrojenia Osiedla Pod Pałacem w Ropczycach, na podstawie ww. okoliczności, po uzyskaniu informacji udzielonych przez Gminę Skrzyszów. Przy czym badanie i ocena ofert, zarówno w niniejszym postępowaniu (składanie ofert 04.08.2020 r.), jak i Gminy Ropczyce (składanie ofert 12.08.2020 r.) prowadzone było w tym samym czasie, co dodatkowo potwierdza, iż zarzuty w stosunku do Isgg są aktualne na dzień składania informacji do zamawiającego w zakresie naruszenia art. 24 p.z.p. Zatem w ocenie odwołującego zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy Isgg na podstawie wskazanych podstaw prawnych.

Dowody: informacja na podstawie art. 181 ust. 1 p.z.p. z 10.09.2020 r., odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej z 26.08.2020 r., umowa nr IR.272.06.2017 pomiędzy Isgg a Gminą Skrzyszów, aneksy 1-13 do umowy, pismo z 28.02.2019 r. dotyczące niskiego zaawansowania robót, ostatni protokół odbioru przed odstąpieniem od umowy, pismo z 20.09.2019 r. o braku akceptacji harmonogramu rzeczowo-finansowanego, odstąpienie od umowy IR.272.06.2017 z winy Isgg i naliczenie kary umownej, korespondencja dotycząca rozwiązania umowy – dwa pisma Isgg i dwa pisma Gminy Skrzyszów, zestawienie wykonanych odcinków sieci kanalizacyjnej (w tym nieprawidłowo), zakres przebudowy sieci kanalizacyjnej (w tym wykonany nieprawidłowo), pozostałe usterki stwierdzone na etapie prac komisji odbiorowej, rozliczenie robót według spisu inwentaryzacyjnego robót przerwanych i zabezpieczonych na dzień 30.09.2019 r.

2.Niezgodność oferty Isgg z treścią SIWZ.

Zdaniem odwołującego oferta wykonawcy Isgg jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ pkt 6.5 ppkt 6, ponieważ kosztorys ofertowy wykonawcy nie zawiera wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót, przez co kosztorys ten powinien zostać potraktowany jako niekompletny, a oferta wykonawcy Isgg powinna zostać odrzucona. Uchybienie polega na nieujęciu, istotnej z punktu widzenia realizacji, pozycji kosztorysowej dotyczącej wykonania połączeń rur polietylenowych ciśnieniowych PE, PEHD metodą zgrzewania czołowego, Fi 110 mm - w ilości 100 szt. Brak wyceny tej pozycji kosztorysowej zgodnie z postanowieniami SIWZ wypełnia przesłankę odrzucenie oferty Isgg i nawet gdyby uznać, iż pozycja ta może zostać uzupełniona w trybie art. 87 p.z.p., z uwagi na wystąpienie analogicznych błędów w pozostałej części kosztorysu, to zamawiający bez konsultacji z wykonawcą nie jest w stanie tego poprawić, ze względu na różne ceny jednostkowe tych pozycji w kosztorysie, tj: 39,90 zł/złącze - w pierwszym przypadku i 22,89 zł/złącze - w drugim przypadku.

3.Rażąco niska cena oferty wykonawcy Isgg.

Ze względu na dysproporcję ceny - o około 65% cena niższa od szacunkowej wartości zamówienia i około 40 % od oferty odwołującego - wykonawcy Isg został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny. W ocenie odwołującego poziom ceny nie jest związany z działaniem rynkowym, a argumenty, na które powołuje się Isgg, tj: koszty własne związane ze strukturą organizacyjną, odległością, warunkami handlowymi, doświadczeniem, potencjałem sprzętowym i kadrowym są porównywalne dla wszystkich wykonawców, a w przypadku odwołującego nawet korzystniejsze w zakresie lokalizacji firmy i doświadczenia w branży. Wątpliwości odwołującego budzi zaoferowanej stawki roboczogodziny, w wysokości 17,00 zł, bez złożenia dowodów - chociażby kosztorysu z wyszczególnionymi składnikami cenotwórczymi, lub innych wyliczeń, na podstawie których została ustalona wartość oferty uwzględniająca minimalną stawkę godzinową z kosztami składek ZUS oraz przepisami bhp i prawa pracy.

Wykonawca Isgg nie przedstawił argumentów, które uzasadniałyby odrzucenie podejrzenia, że zaoferowania cena jest rażąco niska. Wyjaśnienia z dnia 10 sierpnia 2020 r. należy ocenić jako lakoniczne i gołosłowne oświadczenia wykonawcy, w szczególności w zakresie zapewnienia co do stawki roboczogodziny, która nie znalazła się w żadnych załącznikach, chociażby w kosztorysie wymaganym przez zamawiającego. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, ograniczając się do własnych wniosków i oświadczeń, które nie wykazują, że cena nie jest rażąco niska. Ponadto, zawarte w kosztorysie ceny elementów sieci wodociągowej, tj. armatury i kształtek żeliwnych są na poziomie odbiegającym od cen rynkowych. Jak również nie przedstawiono dowodów, chociażby w postaci ofert materiałowych. W

wielu przypadkach zaoferowane ceny nie pokrywają nawet kosztów zakupu, dowód - oferty materiałowe od dostawców.

Odwołujący przywołał poglądy orzecznictwa w przedmiocie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną i dodał, że w bieżącym roku oferta wykonawcy Isgg została odrzucona w innym postępowaniu, w którym udział brał też odwołujący, co również może świadczyć o nierzetelnej kalkulacji. Zamawiający także powinien wziąć pod uwagę, że Isgg w ostatnim roku, w istotnym stopniu, nie wykonał zamówienia publicznego współfinansowanego ze środków UE, przez co przyjmując tak lakoniczne wyjaśnienia można narazić mieszkańców gminy na wybór oferty z ceną rażącą niską, wątpliwą dla wykonania zamówienia zgodnie ze sztuką budowlaną. Dowód - odrzucenie oferty w związku z potwierdzeniem rażąco niskiej ceny.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 p.z.p., jako wniesionego po terminie przysługującym na jego złożenie (z ostrożności procesowej, gdyby Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie wniesiono o oddalenie), a także o oddalenie środka zaskarżenia w pozostałym zakresie, jako bezzasadnego.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. Instalatorstwo Sanitarne, Grzewcze, Gazowe, Bukowiec 100a, 36-100 Kolbuszowa (dalej zwanego jako „przystępujący"), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Izba stwierdziła dalej, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Skład rozpoznający spór nie podzielił stanowiska zamawiającego, który wnosił o odrzucenie odwołania, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p, w części dotyczącej zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 p.z.p., z powodu wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie. Zamawiający powołał się na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej i zauważył, że zgodnie z przekazanymi dokumentami, stanowiącymi załączniki do odwołania, odwołujący w dniu 26.08.2020 r. (pismo z Gminy Skrzyszów, będące odpowiedzią na wniosek odwołującego) powziął, a co najmniej mógł powziąć, informacje, które stanowią podstawę do złożenia odwołania. Powoduje to, że zostało one wniesione po upływie zawitego pięciodniowego terminu. W ocenie Izby argumentacja ta pomija, że w dacie wskazanej przez zamawiającego, czyli w momencie otrzymania pisma od Gminy Skrzyszów, nie istniała czynność zamawiającego, od której można byłoby wnieść odwołanie. Zamawiający był w toku badania i oceny ofert, bez przekazania wykonawcom wiążących decyzji, kiedy art. 180 ust. 1 p.z.p. stanowi, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem nie można dokonywać wykładni normy art. 182 ust. 3 p.z.p. z pominięciem art. 180 ust. 1 p.z.p., jak również bez uwzględnienia art. 179 ust. 1 p.z.p., ponieważ w dacie wskazanej przez zamawiającego odwołujący czekał na decyzję jednostki zamawiającej, po przekazaniu mu przedmiotowych informacji, czyli nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania. Dopiero wtedy, kiedy zamawiający podjął czynności w przetargu – dokonał wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej, stwierdzając, że okoliczności, o których mowa w piśmie z Gminy Skrzyszów nie wpływają negatywnie na sytuację podmiotową przystępującego – zaistniały okoliczności stanowiące podstawę do wniesienia odwołania. W momencie badania i oceny ofert nie wypełniono hipotezy art. 179 ust. 1 i 180 ust. 1 p.z.p., innymi słowy w dacie otrzymania pisma od Gminy Skrzyszów nie było czego skarżyć, trwała ocena ofert.

W konsekwencji powyższego Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania, ponieważ pomija on, że okoliczności stanowiące podstawę jego wniesienia zaistniały dopiero 09.09.2020 r., czyli w momencie zakończenia oceny ofert, w wyniku której zamawiający podjął decyzję, że informacje od Gminy Skrzyszów nie powinny powodować wykluczenia przystępującego w przetargu, co znalazło odzwierciedlenie w wyborze oferty tego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego. Podnoszono co prawda różne, sprzeczne twierdzenia co do faktów, ale w toku postępowania jedynie jedna strona zaoferowała mogące doprowadzić do ustaleń faktycznych dowody w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia, druga zaś poza twierdzeniami ciężaru dowiedzenia faktów, na które się powoływała, nie udźwignęła, co szerzej wyjaśniono przy ocenie przedstawionych dowodów.

Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały sprawę do rozstrzygnięcia, czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny i badania oferty przystępującego, w tym czy nie zaniechano wykluczenia tego wykonawcy z przetargu (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p.) oraz odrzucenia jego oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 p.z.p.), w następstwie czego mogło dojść do naruszenia zasad naczelnych p.z.p. (art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.). Odwołujący podnosił także, iż naruszono art. 26 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oświadczenia wstępnego, w zakresie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., w odniesieniu do okoliczności rozwiązania umowy z Gminą Skrzyszów.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało częściowo przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione.

Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił ofertę przystępującego i zaniechał wykluczenia go z przetargu, kiedy materiał dowodowy wskazuje, że doszło do spełnienia przesłanek art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., co winno skutkować eliminacją oferty przystępującego z postępowania, a co zasadnie podniesiono w zarzutach nr 1 i 3 z *petitum* odwołania.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami był fakt, iż umowa nr IR.272.06.2017 z dnia 28.03.2017 r., została zawarta pomiędzy przystępującym a zamawiającym, o którym mowa w przywołanej normie, tj. z Gminą Skrzyszów. Natomiast spornym w sferze stanowisk procesowych stron było spełnienie pozostałych przesłanego tego przepisu, które znalazły potwierdzenie w zebranym materiale dowodowym.

W oparciu o materiał procesowy skład orzekający ustalił, że zgodnie z informacją z 26.08.2020 r. Gmina Skrzyszów odstąpiła od umowy z przyczyn leżących po stronie przystępującego. Z odstąpienia od umowy, pismo z dnia 30.09.2019 r., wynika, że w dniu rozwiązania umowy, pomimo wydłużenia terminu realizacji zamówienia o pięć miesięcy, czyli do dnia 31.10.2019 r., stan zaawansowania robót wynosił mniej niż 50% całości zadania. Jednocześnie przystępujący złożył kolejny wniosek o zmianę harmonogramu rzeczowo-finansowego, przesuwającą na wrzesień i październik roboty zaplanowane na wcześniejsze miesiące. Biorąc pod uwagę dotychczasową realizację, stan zaawansowania robót, tempo wykonywania prac, ilość pracowników na budowie oraz czas pozostały do końca terminu, zamawiający stwierdził, że jest pewne, że wykonawca nie zdoła zakończyć realizacji przedmiotu umowy w ustalonym terminie i odstąpił od umowy na podstawie jej § 20 ust. 1 pkt 4 (zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia, gdy okres opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy jest na tyle duży, że nie jest prawdopodobne, żeby wykonawca zdołał zakończyć realizację w określonym umową terminie). Jednocześnie, na podstawie § 18 ust. 1 pkt 5 umowy, stanowiącym o karze umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zamawiający naliczył przystępującemu karę w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, tj. 522 572,65 zł (zgodnie z notą księgową nr FP.51.2019 z 30.09.2019 r.).

Powyższe okoliczności faktyczne zostały potwierdzone niekwestionowanymi dowodami w postaci pisma z 28.02.2019 r. dotyczącego niskiego zaawansowania robót, protokółem odbioru z 29.07.2019 r., tabelami wykonanych i niewykonanych robót, zestawieniem wykonanych i niewykonanych odcinków sieci kanalizacyjnej, rozliczeniem robót według spisu inwentaryzacyjnego robót przerwanych i zabezpieczanych na dzień 30.09.2019 r. Z uwagi na to, powyższe okoliczności Izba uznała za wykazane i nie znalazła też żadnych podstaw, aby kwestionować dowody przedstawione na ich potwierdzenie.

Izba stwierdziła również, że złożony przez odwołującego materiał dowodowy, jakkolwiek nie zawiera wprost dowodu zawinienia (albowiem takim w omawianej sytuacji mógłby być w zasadzie wyłącznie wyrok właściwego sądu powszechnego), tak wykazuje szereg okoliczności, których wystąpienia nie da się wytłumaczyć inaczej, niż przyjmując tezę o tym, iż w istocie zakończenie kontraktu nastąpiło z przyczyn leżących po stronie przystępującego. Warto zauważyć, że w sytuacji, w której brak jest wprost dowodu wskazującego na zawinienie, wykonawca ma prawo wykazać innymi dowodami fakty, które co prawda nie świadczą bezpośrednio o jego zaistnieniu, ale można z nich wyprowadzić wniosek, że miało ono miejsce. W tym zakresie strona, która przeprowadza taki wywód, musi sprostać ciężarowi dowodu, albowiem fakt domniemany nie wymaga twierdzenia ani dowodzenia, jednakże twierdzenia i dowodzenia wymagają fakty składające się na podstawę faktyczną domniemania (por. wyrok SN z dnia 17 października 2000 r. I CKN 1196/98). Oznacza to, że ustalenie okoliczności istotnej może być oparte na domniemaniu faktycznym, gdy domniemanie to stanowi wniosek logicznie wynikający z prawidłowo ustalonych faktów stanowiących jego przesłanki.

W zakresie możliwości oparcia ustaleń na ww. łańcuchu faktów, Izba stwierdziła, iż na zasadzie art. 190 ust. 7 w zw. z art. 190 ust. 5 p.z.p., pomimo braku w systemie postępowania przed Izbą wprost odpowiednika art. 231 k.p.c., możliwe jest przyjęcie konstrukcji domniemania faktycznego. Konstrukcja ta wynika z łańcucha rozumowania o faktach, i jako taka nie wymaga bezpośredniego dopuszczenia w postępowaniu dowodowym, aby odnieść skutek. Co więcej, przyjęcie konstrukcji odmiennej, systemowo uśmierciłoby możliwość wykazania niektórych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, gdy – tak jak w niniejszej sprawie – bezpośrednim dowodem byłby dokument, który na etapie postępowania przed Izbą nie miał jeszcze szansy zaistnieć (np. orzeczenie sądu, które wymaga przeprowadzenia pełnego procesu cywilnego, który jest czasochłonny). Należy także zaznaczyć, iż ustalony stan rzeczy jest o tyle nietypowy, że chociaż zamawiający odstąpił od umowy z przystępującym, to wykonawca nie zdecydował się na dochodzenie swoich racji w sądzie – co, gdyby przyjąć brak możliwości oparcia się na domniemaniu faktycznym – całkowicie wykluczyłoby możliwość dowiedzenia, iż w istocie odstąpienie od umowy miało miejsce z uwagi na okoliczności przez niego zawinione.

Natomiast przystępujący, będący uczestnikiem postępowania odwoławczego, jak też zamawiający, nie przedstawili żadnych dowodów na okoliczność przeciwną w stosunku do faktów dowodzonych przez odwołującego. Przystępujący złożył oświadczenia własne, które skierowano do Gminy Skrzyszów, tj. wnioski dotyczące okoliczności konieczności zmian harmonogramu rzeczowo-finansowego, jednakże bez żadnych, choćby częściowych dowodów udowadniających, czy chociażby uprawdopodobniających, okoliczności tam wskazane. Są to dowody wykazujące, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca podnosił w stosunku do zamawiającego pewne twierdzenia. Zabrakło jednak przedstawienia materiału, który te twierdzenia by udowodnił. Przedstawienie samych oświadczeń przystępującego wykazuje jedynie, że takie oświadczenia zamawiającemu składał, nie zaś, że oświadczenia te znajdowały oparcie w rzeczywistości.

Nie przedstawiono zatem materiału procesowego, że okoliczności, którymi wykonawca usprawiedliwiał zaistniałą sytuację, nie tylko faktycznie wystąpiły, ale były jedyną przyczyną opóźnienia, które skutkowało rozwiązaniem umowy. Nie wykazano też, że uchybienie zobowiązania nastąpiło z powodu okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, bądź że przy wykonywaniu zobowiązania dołożył on należytej staranności, a więc że nie doprowadził do rozwiązania umowy w sposób zawiniony. Warto także zaznaczyć, że następnym krokiem po wykazaniu, że podnoszone przez przystępującego twierdzenia miały oparcie w rzeczywistości – gdyby zdecydowano się to udowodnić – byłoby powiązanie zdarzeń, na których wystąpienie przystępujący się powoływał, z wnioskiem, że te wszystkie zdarzenia spowodowały, iż rozwiązanie umowy nie nastąpiło z jego winy. Sam fakt wystąpienia pewnych obiektywnych przeszkód – czego nie udowodniono – nie mógłby automatycznie prowadzić do wniosku, że główna przyczyna rozwiązania umowy nie była zawiniona przez wykonawcę. Innymi słowy, same dowody wskazujące, że dane stanowisko wykonawcy zostało przekazane zamawiającemu, nie są w stanie podważyć wniosku, iż doszło do rozwiązania umowy z winy wykonawcy,

co wynika z faktów ustalonych na kanwie materiału dowodowego przekazanego przez odwołującego.

W szczególności należy zwrócić uwagę, że nie udowodniono konieczności wykonania robót dodatkowych (informacja przystępującego z dnia 17.05.2019 r.), co zgodnie z pismem Gminy Skrzyszów z dnia z 09.07.2019 r. nie zaistniało. Gmina wskazała na proste rozwiązanie wyłączające konieczność wykonywania dodatkowych prac. Tożsamo, nie przedstawiono opinii geotechnicznej z wniosku z dnia 17.07.2019 r., nie udowodniono konieczności zmiany projektowanej kanalizacji sanitarnej i dodatkowych studni betonowych, czy wyjazdu właściciela działki 2375/21 z informacji z dnia 01.07.2019 r., nie wykazano zaistnienia okoliczności opadów deszczu, o czym mowa we wniosku przystępującego z 30.07.2019 r. Przystępujący nie zdecydował się także na przedstawienie dowodów, iż dokumentacja projektowa zamówienia zawierała błędy, ani potwierdzających konieczność wykonania robót dodatkowych (o czym mowa w jego stanowisku procesowym i we wniosku z dnia 17.07.2019 r.). Oprócz niczym niepopartych oświadczeń własnych, nie zdecydowano się na przedstawienie dowodów potwierdzających jakąkolwiek, choćby jedną przywołaną w nich okoliczność, co powoduje, że stanowisko przystępującego pozostało gołosłowne. Jak też, oprócz braku podjęcia próby udowodnienia tych twierdzeń, nie podjęto żadnego starania, aby powiązać zdarzenia z wniosków składanych zamawiającemu z jedyną przyczyną opóźnienia w wykonaniu robót, które skutkowało rozwiązaniem umowy.

Dodatkowo skład orzekający wskazuje, iż w dniu 31.05.2019 r., aneksem nr 11 do umowy nr IR.272.06.2017, przedłużono termin realizacji zamówienia. Zatem korespondencja do Gminy Skrzyszów, skierowana przed tą datą, nie jest istotna dla rozstrzygnięcia sporu, ponieważ wykazuje ona jedynie, że zawarcie aneksu było uzasadnione, co jest poza przedmiotem rozpoznania. Ponadto, karta otworu geotechnicznego nie została podpisana, za zgodność z oryginałem potwierdzono niepodpisany projekt „dokumentu". Taki projekt pisma nie zawiera oświadczenia jakiejkolwiek osoby.

Dalej Izba stwierdziła, że argumentacja o formalnym kwestionowaniu skuteczności odstąpienia od umowy, o czym mowa w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 14.09.2020 r., piśmie do Gminy Skrzyszów z dnia 07.10.2019 r. oraz w jego stanowisku procesowym, były podnoszone w celu poprawy sytuacji przystępującego i nie stanowiły podstawy do podjęcia przez niego jakichkolwiek kroków prawnych. Swoją biernością wykonawca wyraźnie potwierdził, że poza gołosłownymi twierdzeniami, nie widzi żadnej realnej możliwości wykazania, iż sytuacja skutkująca zakończeniem umowy i obciążeniem go karą umowną pozostawała poza jego wpływem (tymczasem te okoliczności – zarówno zakończenie bytu umowy, jak i naliczenie kary, wprost wykazał odwołujący). W konsekwencji, z okoliczności zakończenia umowy, naliczenia kary umownych oraz gołosłownych, i pozbawionych realnej akcji protestów przystępującego jednoznacznie wynika, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, iż opóźnienia w pracach wynikały z jego zaniechań. Po rozwiązaniu umowy wykonawca zszedł z budowy i oprócz wyrażenia swojego subiektywnego stanowiska o bezskuteczności odstąpienia od umowy, nie podjął żadnych działań w tym zakresie, a w konsekwencji nie przedstawiono żadnego dowodu w tym przedmiocie. Okolicznością bezsporną jest, że postępowanie sądowe w tej sprawie toczy się jedynie z ubezpieczycielem wykonawcy. Zaś wykonawca nie podjął nawet kroków, aby swoje stanowisko poprzeć dowodami przestawionymi choćby zamawiającemu, nie wspominając o wszczęciu (lub przystąpieniu) do postępowania sądowego.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający przyjął, iż zaistniała przesłanka nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie przystępującego, co doprowadziło do jej rozwiązania. W szczególności, że do przyczyn leżących po stronie wykonawcy należy zaliczyć wszelkie działania zawinione, jak też takie, co do których umowa wskazywała na przejęcie za nie odpowiedzialności przez wykonawcę. Dalej Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykonał robót w znaczącym stopniu. Wykonawca, zgodnie z niepodważonymi dokumentami rozliczeń i tabelami, w momencie rozwiązania umowy nie wykonał ponad 50% zadania. Cel umowy nie został przez wykonawcę zrealizowany i do dnia wyrokowania nie został osiągnięty. Zatem świadczenia nie wykonano nie tylko w sposób wartościowo i rzeczowo znaczący, ale także w sposób nieodpowiadający istotnym dla zamawiającego wymogom wynikającym z umowy, co spełnia przesłankę istotności. Ponadto obecnie, co udowodniono zawiadomieniami o unieważnieniu postępowań na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz informacją z otwarcia ofert, oferty składane na dokończenie budowy kanalizacji dla Gminy Skrzyszów znacznie przekraczają środki zamawiającego, powodując niebagatelny problem w zrealizowaniu celu udzielenia zamówienia publicznego.

Rekapitulując powyższe, skład orzekający podzielił argumentację odwołującego wskazaną w zarzucie nr 3, dotyczącą wypełnienia hipotezy art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy daje podstawy do stwierdzenia, że wobec przystępującego zaszła fakultatywna podstawa wykluczenia zawarta w omawianej normie, stanowiąca szczególny przypadek nierzetelnego działania wykonawcy, objęty sankcją wykluczenia.

Ustalony stan rzeczy poddaje się również kwalifikacji przez pryzmat art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., zgodnie z którym z postępowania wyklucza się 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. Dla zastosowania omawianej normy muszą zaistnieć łącznie następujące przesłanki: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd, 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Wprowadzenie zamawiającego w błąd polegało na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w zakresie swojej sytuacji podmiotowej – zatajono okoliczności rozwiązania umowy z Gminą Skrzyszów. W ocenie Izby doszło do tego w warunkach winy nieumyślnej, z powodu daleko niedbałego działania odwołującego, którego czynności należy oceniać przez pryzmat podwyższonego miernika staranności właściwego dla przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych (k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.). Nie sposób jest jednak przyjąć, przynajmniej w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, aby wykonawca uczynił to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, co jest konieczne dla wypełnienia przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Skład orzekający zweryfikował informację o wykluczeniu przystępującego z przetargu w Gminie Ropczyce, złożoną przez odwołującego. Mógłby to być dowód na celowe zatajenie przez wykonawcę, w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, odstąpienia od umowy z Gminą Skrzyszów, gdyby do wykluczenia go przez Gminę Ropczyce doszło przed złożeniem oświadczenia wstępnego (złożonego wraz z ofertą w terminie na składanie ofert, który upłynął 12.08.2020 r.), a nie miesiąc później. Stąd nie ma podstaw do wyprowadzenia wniosku, że dowód ten wykazuje zamiar zatajenia lub rażące niedbalstwo, przykładowo – skoro już jedna gmina wykluczyła przystępującego z tego powodu.

Odwołujący niedbale potwierdził okoliczność nierzeczywistą w oświadczeniu wstępnym. Informacja ta miała wpływ na decyzje zamawiającego w przetargu, bowiem w sposób wadliwy wybrano ofertę przystępującego, jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu. Zatem skład orzekający stwierdził, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. (zarzut nr 1) i został on przez Izbę uwzględniony, zaś zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. (zarzut nr

2), jako zarzut niewykazany, został oddalony.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Wykonawcy, którzy w przeszłości nie wykazali się odpowiednią rzetelnością, mogą nie zostać dopuszczeni do udziału w postępowaniu, ponieważ ustawodawca uznał, że stanowią oni realne zagrożenia dla prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zasadnym jest ich wykluczenie. Przy czym przystępujący nie próbował przywrócić swojej wiarygodności zawodowej na podstawie art. 24 ust. 8 p.z.p., korzystając z procedury samooczyszczenia. Rację ma odwołujący, że aby możliwym było skorzystanie przez wykonawcę z dobrodziejstwa *self-cleaningu* istotne jest, aby wykonawca przyznał się do zaistnienia podstawy wykluczenia, co w praktyce wiąże się ze złożeniem zgodnego z prawdą oświadczenia wstępnego. Natomiast przystępujący w rozpoznawanym sporze stał na stanowisku, że nie doszło do zaistnienia przesłanek wykluczenia, co uniemożliwia zastosowanie tej procedury. Co istotne, dla oceny powyższego konieczne jest uwzględnienie stanu rzeczy w wymiarze obiektywnym – wykonawca nie może bronić się przed ujawnieniem okoliczności istotnych dla wykluczenia twierdząc, że ma odmienną ocenę sytuacji stanowiącej podstawę wykluczenia. Oczywiście wykonawca mógłby zawrzeć taką informację, np. prowadząc wywód pod kątem procedury *self-cleaningu*, ale niezależnie, kierując się dyrektywą starannego działania, powinien dać zamawiającemu realną szansę dokonania oceny sytuacji w postępowaniu, nie zaś informację taką zatajać.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. (zarzut nr 4), z powodu zaniechania wezwania przystępującego w zakresie okoliczności rozwiązania umowy z Gminą Skrzyszów, w korelacji z fakultatywną przesłanką wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., skład orzekający wskazuje co następuje.

Izba ustaliła, że jednostka zamawiająca wezwała przystępującego do złożenia spornych wyjaśnień w zakresie okoliczności zakończenia umowy z Gminą Skrzyszów, co potwierdza, że wezwanie takie było zasadne. Tym niemniej, nie była to czynność zamawiającego w ramach oceny i badania ofert, a dokonano tego po zawiadomieniu o wyborze oferty przystępującego. Zamawiający, zamiast unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej i wtedy wezwać wykonawcę do wyjaśnienia okoliczności rozwiązania umowy, obszedł zasady udzielania zamówień publicznych i dokonał tej czynności bez wzruszania wyboru. Takie działanie jest sprzeczne z zasadą przejrzystości (art. 7 ust. 1 p.z.p.), ponieważ tak istotne okoliczności, mogące mieć bezpośredni wpływ na losy oferty wykonawcy, nie powinny być wyjaśniane z utrzymaniem decyzji o wyborze, która zapadła bez wiedzy o odstąpieniu od umowy z przystępującym przez Gminą Skrzyszów. Generalnie ustawa p.z.p. nie przewiduje koncepcji wyjaśniania okoliczności istotnych dla wyboru po jego dokonaniu.

Jednakże w ustalonym stanie rzeczy naruszenie dotyczące badania oferty nie ma wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 p.z.p.), gdyż zamawiający – niezależnie od ustaleń spóźnionego postępowania wyjaśniającego – nie zmienił swojego pierwotnego wyboru, a odwołujący był w stanie postawić czynnościom zamawiającego skuteczne zarzuty – niezależnie od tego, czy w momencie składania odwołania znał treść wyjaśnień przystępującego. Jak również samo naruszenie sposobu prowadzenia oceny i badania ofert zostało skonsumowane przez dalej idące zarzuty, bezpośrednio dotyczące wyniku tej oceny, czyli zaniechania eliminacji przystępującego z przetargu. Ostatecznie także, po wyborze, w wyniku zawiadomienia odwołującego o czynności z art. 181 ust. 1 p.z.p., wezwano przystępującego do złożenia przedmiotowych wyjaśnień i wydaje się, że zarzut ten raczej postawiono pomocniczo, z daleko posuniętej ostrożności procesowej.

W konsekwencji powyższego oraz wobec brzmienia art. 192 ust. 2 p.z.p., Izba oddaliła zarzut nr 4, naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p. w zakresie okoliczności rozwiązania umowy z Gminą Skrzyszów.

Izba oddaliła także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, czyli zarzut nr 5 z*petitum* odwołania.

Odwołujący upatrywał naruszenia prawa przez jednostkę zamawiającą w sposobie poprawienia innej omyłki w ofercie przystępującego. Izba ustaliła, że zamawiający pismem z dnia 08.09.2020 r., działając na kanwie art. 89 ust. 2 pkt 3 p.z.p., poprawił w ofercie przystępującego wadę polegającą na pominięciu wyceny jednej pozycji dotyczącej wykonania połączeń rur polietylenowych ciśnieniowych PE, PEHD, metodą zgrzewania czołowego, Fi 110 mm, w ilości 100 sztuk. Zamawiający dopisał brakującą pozycję (nr 4.2.2/A), o cenie jednostkowej za złącze 39,90 zł, co daje wartość w kosztorysie 3990,00 zł, którą dodano do ceny oferty (która po poprawieniu wyniosła 474 518,53 zł netto, 583 657,59 zł brutto).

W ocenie składu rozpoznającego spór zamawiający prawidłowo wykonał obowiązek konwalidowania błędu w kosztorysie przystępującego, właściwie kwalifikując wadę jako inną omyłkę, którą należy poprawić zgodnie z art. 89 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Ustawodawca zobligował jednostki zamawiające do poprawienia przeinaczeń, niedopatrzeń, opuszczeń i innych niejasnych elementów treści oferty, i taki charakter wady wystąpił w kosztorysie przystępującego.

Nie budzi przy tym wątpliwości zastosowany sposób poprawienia omyłki. Cena 39,90 zł za złącze dla wykonania połączeń rur polietylenowych ciśnieniowych o charakterystyce wskazanej przez zamawiającego pojawia się w kosztorysie wykonawcy kilkukrotnie, w ramach różnych robót, tj. w pozycji 1.2.3. i w pozycji 2.4.2.3. Cena za tożsame złącze widnieje też w pozycji 2.2.7. (wnosi ona 22,89 zł za złącze), tym niemniej racjonalnym jest wybór ceny zastosowanej wielokrotnie, a nie jednokrotnie. Dodatkowo, jak tłumaczył zamawiający na rozprawie, bazując na swoim doświadczeniu i posiadanym opracowaniu biura projektowego, nie miał wątpliwości, którą wartość należy zastosować i jak poprawić zaistniałą omyłkę. Zdaniem Izby decyzja zamawiającego jest logiczna i prawidłowa, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Skorzystano z danych w ofercie przystępującego, aby bez udziału wykonawcy doprecyzować drobną różnicę w stosunku do wymagań przetargu, wybierając właściwą cenę, co w konsekwencji nie spowodowało istotnej zmiany w treści oferty, a przywróciło zniekształconą na skutek omyłki treść oświadczenia woli przystępującego. Potwierdza to także stanowisko wykonawcy, który nie zakwestionował sposobu poprawienia jego oferty.

Izba oddaliła zatem zarzut nr 5 – naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ponieważ działanie jednostki zamawiającej jest zgodne z ustawowym sposobem poprawienia innej omyłki, uregulowanym w art. 89 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 p.z.p. – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska – skład orzekający wskazuje co następuje.

Skład rozpoznający spór ustalił, iż zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przystępującego, w wyniku której wykonawca złożył wyjaśnienia z dnia 10.08.2020 r. Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień w korelacji z treścią wezwania, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona.

Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Stanowisko odwołującego o ogólnych wyjaśnieniach, bez jakichkolwiek argumentów, które powodują realność zaoferowanej ceny przez przystępującego, nie znajduje oparcia w ustalonym stanie sprawy. W wyjaśnieniach przystępujący wskazał na posiadane sprzyjające warunki wykonania zamówienia, które pozwalają mu na zaoferowanie niższej ceny, niż konkurencja, tj. stałych dostawców, ponad dwudziestoletnie doświadczenie w wykonaniu podobnych zamówień, siedzibę w bliskiej odległości od robót budowlanych, niskie koszty transportu materiałów od producentów, stałą i doświadczoną kadrę, nowoczesną oraz rozbudowaną bazę sprzętową, w tym własne urządzenia do przewiertów, łącząc wskazane czynniki z oszczędnością finansową. Przy tym zamawiający dysponował szczegółowym kosztorysem przystępującego, którego wymagano od wszystkich wykonawców.

Izba stwierdziła, że materiał procesowy jest spójny i zawiera adekwatne odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, zawarte w wezwaniu do wyjaśnień, zaś postępowanie wyjaśniające cenę zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że wykonawca rzetelnie skalkulował cenę oferty, w oparciu o szczególne, indywidualne uwarunkowania, które posiada. Należy także zwrócić uwagę, że sama dysproporcja pomiędzy poszczególnymi cenami wykonawców nie może powodować, iż cena jednego z nich zostanie automatycznie uznana za rażąco niską. Okolicznością notoryjną jest fakt, że różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce dostawców i innej specyfice pracy oraz różnym doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe od potencjalnych dostawców i różnice te, jak dyktuje doświadczenie, potrafią być dużo wyższe niż zaistniałe w niniejszym przetargu. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki. Ponadto, argumentacja ta posiada bezpośrednie odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego, gdzie opisano korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla wykonawcy. Potwierdza to także dowód złożony przez odwołującego, w postaci oferty skierowanej do niego przez dostawcę. Stąd za chybione należy uznać stanowisko odwołującego o zaoferowaniu nieekwiwalentnej ceny w ofercie konkurencji, tylko dlatego, że odwołujący zaoferował cenę wyższą.

Kolejną okolicznością podniesioną przez odwołującego jest wysokość stawki za roboczogodzinę, którą wyceniono na 17,00 zł netto, tym niemniej w tym zakresie ograniczono się do blankietowego zakwestionowania ceny jako takiej. Odwołujący stwierdził jedynie, że zaoferowany koszt pracy budzi jego wątpliwości. Jednak wartość ta jest wyższa, niż minimalna stawka godzinowa, stąd gołosłowne stanowisko o zaniżeniu kosztu nie może podważyć oceny zamawiającego. Nie wykazano także, że cena ta, dla danej kadry, niezbędnej do realizacji umowy, jest nierealna. Należy zaznaczyć, że przedstawiając uzasadnienie faktyczne zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny odwołujący w znacznej mierze ograniczył się do negowania treści wyjaśnień przystępującego, zaś brak jest podania szczegółowego uzasadnienia powodów, z których wynikałoby, że cena przystępującego ma charakter rażąco niskiej, kiedy samo zanegowanie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach jest niewystarczające za uznanie odwołania za uzasadnione.

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

Ponadto, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny powinien wskazywać na konkretną czynność zamawiającego, mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa, przy określeniu sposobu naruszenia normy. W toku postępowań odwoławczych jest to dokonywane poprzez wyraźne określenie – przedstawione w formie opisu, wyliczeń bądź zestawień – wskazujące, że czynność zamawiającego w zakresie oceny oferty wykonawcy jest, lub choćby może być, nieprawidłowa. Zatem, pomimo że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień przyjętego sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów. Aby skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa, należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła jednostka zamawiającego oceniając kalkulację przystępującego. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny i wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w przedmiotowym przetargu.

Tymczasem w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności – czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego – do takiej odmiennej oceny nie mogły doprowadzić. Odwołujący przedstawił własną, dość ogólną, odmienną ocenę wyjaśnień przystępującego i na tym poprzestano. Przy tym należy mieć na uwadze, że przesłanki odrzucenia oferty należy interpretować w sposób ścisły i zastosowanie odrzucenia oferty na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, a tutaj ewentualnie można byłoby zastanawiać się nad opcją kontynuacji postępowania wyjaśniającego w zakresie kolejnego wezwania i dopytania przystępującego, ale takiego zarzutu zamawiającemu nie postawiono.

Skład rozpoznający spór staną zatem na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., więc zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego. Zarzut postawiony w pkt 6 *petitum* odwołania został przez Izbę oddalony.

Skład orzekający wskazuje dalej, że nie mógł zostać również uwzględniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 8 z *petitum* odwołania), bowiem powiązany z pozostałymi, oddalonymi przez Izbę zarzutami – dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt p.z.p.) i zaoferowaniu rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.) – zarzut ten został niepotwierdzony w ustalonym stanie sprawy, i jako taki został oddalony.

Natomiast art. 7 ust. 3 p.z.p. – którego naruszenie zarzucono zamawiającemu w zarzucie nr 7 – stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zatem skoro jednostka

zamawiająca nie udzieliła zamówienia przystępującemu – nie zawarto umowy w sprawie zamówienia publicznego, to nie doszło do naruszenia tej normy. Skład orzekający oddalił więc zarzut nr 7, jako zarzut bezprzedmiotowy.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iżw przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT.

Przewodniczący:

……