Sygn. akt KIO 247/20

WYROK

z dnia 21 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2020 r. przez wykonawcę: Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Katowicką Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach;

przy udziale wykonawców: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; TIM Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe "Ergopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedziba w Katowicach

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, TIM Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe "Ergopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedziba w Katowicach do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz wezwanie wykonawcy TIM Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe "Ergopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedziba w Katowicach do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Katowicką Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o.
z siedzibą w Rudzie Śląskiej, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego: Katowickiej Infrastruktury Wodociągowo
- Kanalizacyjnej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawcy:
Zakładu Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o.
z siedzibą w Rudzie Śląskiej kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 247/20

UZASADNIENIE

Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach - dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa kanalizacji deszczowej w rejonie ulicy Gospodarczej oraz Górniczego Dorobku w Katowicach", numer referencyjny: KIWK/PN/07/I/2019/MRÓWCZA GÓRKA KD (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone 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) - dalej „ustawa Pzp". W dniu

11 września 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/ S 175-427190.

W dniu 7 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej „odwołujący").

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia TIM Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Usługowe „Ergopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. komandytowa z siedzibą w Katowicach (dalej „Ergopol") z postępowania pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy posiada doświadczenie oceniane przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania" lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert w ramach kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania";

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego

niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Ergopol z postępowania pomimo,

iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania tub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania kierownikiem budowy posiadającym określone kwalifikacje, umiejętności i doświadczenie zawodowe lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania kierownikiem budowy, ewentualnie: art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Ergopol do uzupełniania wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy;

3. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Drogopol") z postępowania pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy posiada doświadczenie oceniane przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania" lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert w ramach kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania";

4. a
rt. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Ergopol i Drogopol do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w sytuacji, gdy ceny tych ofert są niższe odpowiednio o 50,59% i 41,68% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, a rozbieżności te nie wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

5. a
rt. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

wezwania Ergopol i Drogopol do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy ceny zaoferowane przez tych wykonawców wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów

postawionych w odwołaniu;

3. wykluczenia Ergopol z udziału w postępowaniu, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia w/w żądania: wezwania Ergopol do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz do uzupełnienia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego;

4. wykluczenia Drogopol z udziału w postępowaniu, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia w/w żądania: wezwania Drogopol do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny;

5. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych

i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

W zakresie w jakim odwołujący zarzucał zamawiającemu, iż ten zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy Ergopol podnosił, że zgodnie z rozdziałem XVIII pkt IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"), zamawiający w ramach kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania" (waga 10%) przyznawał 2,5 pkt za każdy wybudowany podziemny zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej o pojemności min. 200 m^3, przy budowie którego osoba, o której mowa w pkt VII. 1.2.b) SIWZ (kierownik budowy), pełniła, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, funkcję kierownika budowy. Maksymalna ilość punktów, jaką mogli uzyskać wykonawcy, wynosiła 10 pkt w przypadku wskazania czterech lub więcej wybudowanych podziemnych zbiorników. W dalszej części opisu tego kryterium stwierdzono, że zamawiający przyzna punkty w przypadku gdy w ramach wskazanych przez wykonawcę zadań/inwestycji dana osoba nadzorowała, jako kierownik budowy, budowę podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności min. 200 m^3, nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Ergopol w pkt 4c formularza oferty na stanowisko kierownika budowy wskazał Pana J. W. S. oraz podał informacje dotyczące doświadczenia tej osoby, mające potwierdzać zrealizowanie przez nią inwestycje/ zadania punktowane przez zamawiającego w ramach kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania". W tabeli zawartej w pkt 4c formularza, Ergopol wskazał, że Pan J. W. S. pełnił funkcję kierownika budowy dla zadania „Kompleksowe uzbrojenie terenów inwestycyjnych w północnej części miasta Zabrze - Etap I i II", inwestor: Miasto Zabrze, w ramach którego wybudowano „Zbiornik retencyjny o średnicy 3000 mm o długości 30 mb (211,95 m^3)" (kolumna 5 tabeli - ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej w ramach całego zadania/inwestycji). Analogiczna informacja została zamieszczona przez Ergopol w kolumnie 6 tabeli, w której należało podać ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej (w okresie pełnienia funkcji, jednak nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert). Jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty Ergopol otrzymał 2,5 pkt w ramach tego kryterium oceny ofert. Informacje podane przez Ergopol dotyczące doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, zdobytego w ramach zadania realizowanego na rzecz Miasta Zabrze, są niezgodne z rzeczywistością, gdyż z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że w ramach przedmiotowej inwestycji zrealizowano 3 zbiorniki retencyjne, z których żaden nie jest podziemnym zbiornikiem retencyjnym kanalizacji deszczowej - są to otwarte zbiorniki wodne zlokalizowane na cieku, mające za zadanie retencję wód opadowych z terenu KSSE.

Profesjonalny charakter działalności wykonawcy Ergopol wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do posiadania przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy doświadczenia punktowanego przez zamawiającego w ramach kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania" (art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp). Informacje podawane w postępowaniu są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności.

Odwołujący przywoływał treść wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 271/19 z dnia 7 marca 2019 r. wskazując, że w orzecznictwie, które ukształtowało się nie tylko w odniesieniu do poruszanej tu kwestii podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności, tym samym podnoszenie, że jakieś dane zostały wpisane w sposób omyłkowy lub też pozostają bez znaczenia dla danego postępowania należy uznać za niezachowanie elementarnych zasad działania profesjonalisty. Podanie w zakresie kryterium oceny ofert informacji niezgodnych ze stanem faktycznym (wywołujących mylne wrażenie co do doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy) powinno zatem skutkować wykluczeniem Ergopol z postępowania. Nawet jeśli uznać, że wykonawca opierał się na informacjach o posiadanym doświadczeniu, przekazanych mu przez osobę wskazaną do pełnienia tej funkcji, to okoliczność ta nie zwalnia Ergopol z obowiązku weryfikacji rzetelności przekazanych mu informacji. Z całą pewnością działanie Ergopol wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest upewnienie się, czy informacje przekazane zamawiającemu

odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (por. również wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18). Powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, powodując konieczność wykluczenia Ergopol z postępowania.

W dalszej części odwołujący wskazał, że wykonawca Ergopol w wykazie osób, uzupełnionym w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, na potwierdzenie posiadania przez Pana J. W. S. wymaganej wiedzy i doświadczenia podał doświadczenie zdobyte w ramach tej samej inwestycji, która została wskazana w tabeli 4c formularza oferty tj. inwestycji zrealizowanej na rzecz Miasta Zabrze. W kolumnie 5 wykazu wykonawca Ergopol oświadczył, że w ramach zadania został zbudowany zbiornik retencyjny o pojemności 211,59 m^3. W dniu 22 stycznia 2019 r., zamawiający wezwał Ergopol do złożenia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w tym do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób podnosząc, iż „Ponadto w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w doświadczeniu zawodowym kierownika budowy, Pana J. W. S., wskazane zostało zabudowanie zbiornika retencyjnego o pojemności 211,95 m^3, wykonane w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Kompleksowe uzbrojenie terenów inwestycyjnych w północnej części miasta Zabrze - Etap I i II. Wykonawca nie sprecyzował czy był to zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej. Zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej o tej samej pojemności i w ramach tego samego zadania został wskazany w formularzu ofertowym w zakresie doświadczenia zawodowego Pana J. W. S. . Prosimy również o potwierdzenie, iż zbiornik retencyjny wskazany w doświadczeniu zawodowym Pana J. W. S., w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, to ten sam zbiornik, który został wskazany w formularzu ofertowym, jako zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej.” W piśmie datowanym na dzień 23 stycznia 2020 r., Ergopol wyjaśnił, że „Zbiornik retencyjny wskazany w doświadczeniu zawodowym Pana J. W. S. w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia to ten sam zbiornik, który został wskazany w formularzu ofertowym, jako zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej”.

Jak już wcześniej odwołujący wskazywał, informacje podane przez Ergopol, dotyczące doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, zdobytego w ramach zadania realizowanego na rzecz Miasta Zabrze, są niezgodne z rzeczywistością, gdyż z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że w ramach przedmiotowej inwestycji zrealizowano 3 zbiorniki retencyjne, z których żaden nie jest podziemnym zbiornikiem retencyjnym kanalizacji deszczowej. Są to otwarte zbiorniki wodne zlokalizowane na cieku, mające za zadanie retencję wód opadowych z terenu KSSE. Tym samym, również w tym przypadku mamy do czynienia co najmniej z rażącym niedbalstwem o ile nie celowym działaniem Ergpol, zmierzającym do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania przez wskazaną w wykazie osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy wszystkich wymaganych elementów warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp). Zwłaszcza jeśli uwzględnić fakt, że Ergopol nie tylko podał te informacje w formularzu oferty i wykazie osób, ale również potwierdził je w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Biorąc pod uwagę, że informacje przedstawione przez Ergopol w odniesieniu do doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy są niezgodne ze stanem faktycznym, brak jest możliwości zastosowania, na gruncie niniejszej sprawy, dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W dalszym ciągu aktualne pozostaje bowiem stanowisko wypracowane w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak m.in. w wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1432/18). Byłoby to również sprzeczne z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że uzupełnieniu podlega oświadczenie lub dokument, który nie został złożony, jest niekompletny lub budzi wątpliwości zamawiającego. Dokument lub oświadczenie zawierające informacje niezgodne ze stanem faktycznym nie zalicza się do żadnej z kategorii w/w dokumentów.

Z daleko posuniętej ostrożności odwołujący wskazał, że w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu związanego z zaniechaniem wykluczenia Ergopol na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp, zasadne jest wezwanie ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób, gdyż doświadczenie Pana J. W. S.

nie spełnia postawionych przez zamawiającego wymogów (nie zostało zdobyte w ramach pracy na stanowisku kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności min. 200 m^3), a zatem Ergopol nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy. W związku

z powyższym, w przypadku oddalenia zarzutu zaniechania wykluczenia Ergopol z postępowania, zasadne i konieczne będzie wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie, w jakim odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Drogopol podnosił, że na gruncie niniejszej sprawy zaszła przesłanka opisana w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp, albowiem Drogopol przedstawił niezgodne ze stanem faktycznym informacje dotyczące doświadczenia kierownika budowy wskazanego przez tego wykonawcę w pkt 4c formularza oferty. Drogopol, na stanowisko kierownika budowy wskazał Pana K. A., dla którego w ramach doświadczenia podano inwestycję „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie dzielnicy Grodziec, umożliwiającej przekierowanie ścieków sanitarnych w całej dzielnicy na oczyszczalnię ścieków w Będzinie." W kolumnie 5 tabeli zawartej w formularzu ofertowym Drogopol podał, że ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej w ramach całego zadania/inwestycji wynosi: 9 o pojemności 233 m^3. Analogiczna informacja została podana w kolumnie 6 tabeli, w której wykonawcy zobowiązani byli wskazać ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej (w okresie pełnienia funkcji, jednak nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert). Jak wynika z udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, pismem z 25 listopada 2019 r. zamawiający zwrócił się do Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (podmiotu na rzecz którego została wykonana inwestycja wskazana przez Drogopol) o udzielenie informacji czy w ramach tego zadania inwestycyjnego wybudowano 1 szt. podziemnego zbiornika retencyjnego, który składa się z zespołu 9 elementów czy 9 sztuk zbiorników retencyjnych niezależnych od siebie technologicznie. W odpowiedzi na powyższe, MPWiK w Będzinie, przekazało zamawiającemu wyciąg z projektu wykonawczego wraz z mapą z inwentaryzacji powykonawczej dotyczącą przedmiotowej inwestycji. Z informacji udostępnionych zamawiającemu przez MPWiK w Będzinie, jak i z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że w ramach tego zadania wykonano 1 zbiornik retencyjny składający się z zespołu 9 równoległych przewodów (komór), a nie 9 sztuk zbiorników. Zatem informacja podana przez Drogopol, co do ilości zbiorników zrealizowanych w ramach tego zadania, jest niezgodna ze stanem faktycznym. Jest to tym bardziej istotne, że deklarując, iż w ramach wspomnianego zadania zostało zrealizowanych 9 zbiorników, Drogopol mógł liczyć na uzyskanie maksymalnej liczby punktów w ramach tego kryterium tj. aż 10 punktów, co niewątpliwie istotnie wpłynęłoby na jego pozycję w rankingu ofert. W sytuacji zaś zadeklarowania jednego zbiornika mógł uzyskać maksymalnie tylko 2,5 pkt, co w znacznie mniejszym stopniu przekłada się na pozycję w rankingu.

Odwołujący zaznaczył, że aktualna w tym zakresie pozostaje argumentacja przedstawiona powyżej, w odniesieniu do informacji podanych przez Ergopol w formularzu oferty, dotyczącym doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy. Biorąc pod uwagę, że informacje przedstawione przez Drogopol są niezgodne ze stanem faktycznym, a zatem na gruncie niniejszej sprawy wystąpiła obligatoryjna przesłanka wykluczenia z postępowania, brak jest możliwości poprzestania jedynie na nie przyznaniu temu wykonawcy punktów w ramach omawianego kryterium oceny ofert.

W zakresie, w jakim podnosił zarzut polegający na zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny: art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp odwołujący podnosił, że zgodnie z tym przepisem, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielnie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W opublikowanym w dniu 30 października 2019 r. zestawieniu ofert wskazano, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 4 600 000 zł. brutto. Na 7 ofert złożonych w postępowaniu (Hydrogop złożył dwie oferty z taką samą ceną), 5 wykonawców zaoferowało ceny na poziomie ok. 3 mln lub ponad 3 mln złotych, a tylko dwóch wykonawców złożyło oferty z ceną na poziomie 2,2 mln i 2,6 mln złotych. Najniższa z zaoferowanych w postępowaniu cen to cena zaoferowana przez Ergopol wynosząca 2 272 866,29 zł brutto, druga w kolejności jest cena zaoferowana przez Drogopol wynosząca 2 682 712,66 zł., Porównanie tych cen z wartością zamówienia prowadzi do wniosku, że są one niższe odpowiednio aż o 50,59% i 41,68% od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek VAT. Tym samym zaktualizowała się przesłanka obligująca zamawiającego do skierowania do tych wykonawców wezwania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Nie sposób przyjąć, że na gruncie niniejszej sprawy wystąpiły okoliczności, które mogłyby uzasadniać twierdzenie, iż rozbieżności pomiędzy zaoferowanym przez tych wykonawców cenami, a wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT wynikają z „okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia". Za taką okoliczność oczywistą nie można uznać tego, iż ceny wszystkich złożonych ofert odbiegają

od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ceny zaoferowane przez tych dwóch wykonawców w znaczący sposób odbiegają bowiem również od średniej arytmetycznej złożonych ofert wynoszącej 3 188 015,41 zł. Cena oferty Ergopol odbiega od niej aż o 28,71 %, z kolei cena Drogopol o 15,58%. Ceny pozostałych ofert albo przekraczają średnią arytmetyczną złożonych ofert (ceny zaoferowane przez 4 wykonawców - odwołującego, Hydrogop, Instbud, Justmar) lub są do niej bardzo zbliżone (oferta Brigadon odbiega od średniej jedynie o 6,54%). W przedstawionej powyżej argumentacji nie pozostawia wątpliwości, że zaniechanie przez zamawiającego skierowania do wykonawców Ergopol i Drogopol wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. la pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także zarzut, iż zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny - art. 90 ust. 1 Pzp pomimo, że ceny zaoferowane przez wykonawców Ergopol i Drogopol za realizację przedmiotu zamówienia są rażąco niskie, tj. nierealistyczne, nierynkowe, a co za tym idzie, nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w tych cenach. W rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia, pkt 4 SIWZ, zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załącznikach nr 9A do 9J SIWZ: Zał. 9A - Dokumentacja projektowa; Zał. 9B - PW Branża konstrukcyjna; Zał. 9C - PW Branża technologiczno - sanitarna; Zał. 9D Dokumentacja geologiczna; Zat. 9E - Dokumentacja dendrologiczna; Zał. 9F - Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych STWiORB; Zał. 9G - Operat terenowo - prawny; Zał. 9H Uzgodnienia; Zał. 91 - Decyzja o pozwoleniu na budowę; Zał. 9J - Przedmiary robót. W rozdziale XVII SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający określił w jaki sposób i w oparciu o jakie dokumenty należy wyliczyć cenę oferty tj. w oparciu o dołączony do SIWZ opis przedmiotu zamówienia, w tym dokumentację projektową, STWiORB, rysunki, opisy, wytyczne, przedmiar robót oraz przeprowadzoną wizję w terenie. Wyliczona w ten sposób cena będzie rozliczona w oparciu o kosztorys powykonawczy (rzeczywiste obmiary wykonanych robót). W pkt 4 zamawiający podkreślił z kolei, że cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, w tym koszty związane z wymienionymi w tym postanowieniu SIWZ elementami realizacji przedmiotu zamówienia. Cena oferty powinna również uwzględniać ryzyko oraz zmiany ceny przewidywane do dnia zakończenia robót (pkt 6). Oprócz wymienionych elementów, każdy z wykonawców powinien uwzględnić przy wycenie dane techniczne, geologiczne i technologię zawartą w dokumentacji projektowej.

Odwołujący zwracał uwagę, że w trakcie postępowania do zamawiającego wpłynęło szereg wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, w tym m.in. pytanie dotyczące zabezpieczenia wykopu za pomocą grodzic stalowych. W projekcie branży konstrukcyjnej wyraźnie podano w jakim miejscu, jakiej długości i jakiego rodzaju należy wykonać grodzice. W odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 4 października 2019 r. zamawiający potwierdził, że grodzice należy zdemontować po zrealizowaniu prac. Z kolei, w odpowiedzi na pytanie 17 i 18 (wyjaśnienia do treści SIWZ z dnia 10 października 2019 r.), zamawiający wskazał, że wykonawca ma przyjąć warunki geotechniczne zamieszczone w projekcie wykonawczym i dokumentacji geologicznej, a sposób zabezpieczenia wykopów pod zbiornik retencyjny został dostosowany do istniejących warunków. Należy wykonać zabezpieczenie zgodnie z dokumentacją projektową. W odpowiedzi na pyt. 35 (wyjaśnienia do treści SIWZ z dnia 10 października 2019 r.) zamawiający nie dopuścił zmiany materiału zbiornika retencyjnego. Zarówno ścianki szczelne jak i sam zbiornik stanowią bardzo znaczącą wartość całej oferty. W odpowiedzi na pytanie 2 (wyjaśnienia do treści SIWZ) z dnia 15 października 2019 r. potwierdził jakie warunki geologiczne należy przyjąć do wyceny robót. Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotowego zamówienia, głównym elementem cenotwórczym wchodzącym w skład oferty był montaż zbiornika wraz z robotami towarzyszącymi, ujętym jako 1 kpl. Prace te należało wycenić w pozycji przedmiaru robót (PR-2) zgodnie z SIWZ w poz. 2.5. - Zbiornik retencyjny wraz z robotami ziemnymi, konstrukcyjnymi i towarzyszącymi dn:1500mm 5x49,5 m PEHD SN12,5. Odwołujący, w oparciu o PR-2, sporządził zestawienie określające procentowy udział zbiornika w stosunku do całości oferty w przypadku szacowania wartości zamówienia przez zamawiającego, oraz w oparciu o ceny zaproponowane w ofercie przez odwołującego oraz wykonawców Ergopol i Drogopol. Zgodnie z wyliczeniami odwołującego zamawiający szacował wartość zamówienia na kwotę 3 739 837,40 zł., w tym za montaż zbiornika 3 379 938,82 zł. co stanowi 90% ceny oferty. W przypadku odwołującego wartość całej oferty to 3 168 938,00 zł., natomiast montaż zbiornika 2 870 500,00 zł.. co stanowi 91% ceny ofertowej. Wykonawca Ergopol zaproponował cenę 1 847 858,77 zł., zaś za montaż zbiornika 1 534 933,42 zł., co daje 83,1% ceny oferty. W przypadku wykonawcy Drogopol cena oferty to 2 181 067,20 zł., zaś montaż zbiornika 1 838 826,75 zł., co stanowi 84,30% ceny całkowitej. Powyższe wyliczenia, w ocenie odwołującego, pokazują, że wycena przedmiotowej pozycji ma niebagatelny wpływ na cenę całej oferty. Z tego powodu, zdaniem odwołującego, należy poddać analizie tą pozycję cenową. Analiza kosztorysu inwestorskiego prowadzi do wniosku, że zamawiający zamierzał przeznaczyć na budowę zbiornika 3 379 938,82 zł. (netto). W tym przypadku, pozycja Przedmiaru robót 2.5 odpowiada kilkunastu

pozycjom z kosztorysu inwestorskiego. Odwołujący przedstawił w odwołaniu wycenę montażu zbiornika w oparciu o kosztorys inwestorski, wyceniając poszczególne pozycje w oparciu o zawarte w nim opisy.

Dalej wskazywał, że zamawiający pismem z 21 października 2019 r., w ramach modyfikacji SIWZ, zwiększył parametr wytrzymałościowy zbiornika, tj. wymaganą sztywność obwodową SN 8 kN/m^2, która wzrosła na 12,5 kN/m^2. Wzrost parametru skutkował wzrostem ceny dostawy zbiornika. Zamawiający nie zaktualizował kosztorysu inwestorskiego - dokładnie poz. nr 53. Biorąc pod uwagę powyższy wzrost sztywności obwodowej materiału, wartość dostawy całego zbiornika wzrosła o 204 046,67 zł. (netto) w stosunku do pierwotnie określonej w kosztorysie inwestorskim zamawiającego. W związku z powyższym, uaktualniona wartość kosztorysu inwestorskiego powinna wynieść 3 379 938,82 zł. Porównując ceny zaoferowane przez wykonawców za montaż samego zbiornika, do wyceny montażu zbiornika wg kosztorysu inwestorskiego otrzymujemy: w przypadku odwołującego: cena ofertowa za montaż zbiornika - 2 870 500,00 zł. co stanowi 84,90% ceny z kosztorysu inwestorskiego; w przypadku wykonawcy Ergopol: cena ofertowa za montaż zbiornika - 1 534 933,42 zł. co stanowi 45,40% ceny z kosztorysu inwestorskiego; w przypadku wykonawcy Drogopol: cena ofertowa za montaż zbiornika - 1 838 826,75 zł. co stanowi 54,40% ceny z kosztorysu inwestorskiego. Ponadto, zamawiający w piśmie z dnia 15 października 2019 r. określił procentowe rozbicie ceny montażu zbiornika: 1. Etap I - roboty przygotowawcze wraz z wykonaniem wykopu - 45% wartości, 2. Etap II montaż zbiornika wraz z wykonaniem podłoża, montażem płyt, odwodnieniem - 35% wartości, 3. Etap III - roboty wykończeniowe 20% wartości. Odwołujący zaprezentował rozbicie ceny montażu zbiornika według powyższego podziału: zamawiający (i) Montaż zbiornika cena ofertowa - 3 379 938,82 zł., (ii) Etap I (45% wartości) - 1 520 972,47 zł., (iii) Etap II (35% wartości) - 1 182 978,59 zł., (iv) Etap III (20% wartości) - 675 987,76 zł.; Ergopol (i) Montaż zbiornika cena ofertowa - 1 534 933,42 zł,, (ii) Etap I (45% wartości) - 690 720,04 zł., (iii) Etap II (35% wartości) - 537 226,70 zł., (iv) Etap III (20% wartości) - 306 986,68 zł.; Drogopol (i) Montaż zbiornika cena ofertowa - 1 838 826,75 zł., (ii) Etap I (45% wartości) - 827 472,04 zł., (iii) Etap II (35% wartości) - 643 589,36 zł., (iv) Etap III (20% wartości) - 367 765,35 zł.; odwołujący (i) Montaż zbiornika cena ofertowa - 2 870 500,00 zł., (ii) Etap I (45% wartości) - 1 291 725,00 zł., (iii) Etap II (35% wartości) - 1 004 675,00 zł., (iv) Etap III (20% wartości) - 574 100,00 zł.

Odwołujący stwierdził, że powyższe wyliczenia wskazują, że ceny zaoferowane przez Ergopol i Drogopol budzą poważne wątpliwości, co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ. Z tego powodu, zamawiający zobligowany był do skierowania do tych wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający powinien był zwrócić się do wykonawców o przedstawienie szczegółowej wyceny wszystkich robót, tak aby móc je porównać do własnego kosztorysu inwestorskiego i wnikliwie sprawdzić czy na pewno w tej pozycji przedmiaru został wyceniony pełen zakres robót wraz z robotami towarzyszącymi, którego oczekiwał zamawiający. Poprzez zaniechanie wezwania Ergopol i Drogopol do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zamawiający naruszył zatem przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 10 lutego 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpili, w dniu 12 lutego 2020 r. wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; TIM Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe "Ergopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedziba w Katowicach, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 17 lutego 2020 r. Drogopol złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów formułowanych w odniesieniu do jego oferty, jako niezasadnego. Jednocześnie do pisma załączył, i wniósł o jego przeprowadzenie na rozprawie, dowód z dokumentu: listu referencyjnego wystawionego przez MPWiK w Będzinie z 12 października 2015 r. na okoliczność, że Drogopol wypełniło pkt 4c Formularza ofertowego (w części dotyczącej doświadczenia kierownika budowy) z zachowaniem należytej staranności, zgodnie z informacją przekazaną bezpośrednio przez inwestora, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.

Odwołujący, na potwierdzenie okoliczności wskazanych w treści złożonego odwołania, złożył na posiedzeniu następujące dowody i wniósł o ich przeprowadzenie:

1. Wniosków kierowanych do Urzędu Miasta Zabrze z 17 stycznia 2020 r. oraz z 29

stycznia 2020 o udzielenie informacji dotyczących inwestycji „Kompleksowe uzbrojenie terenów inwestycyjnych w północnej części miasta Zabrze - etap I i II” wraz z odpowiedziami, które zgodnie z oświadczeniem wykonawcy zostały przesłane i

otrzymane w formie elektronicznej, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

2. Wniosku kierowanego do MPWiK z siedzibą w Będzinie z 24 stycznia 2020 r. o udzielenie informacji dotyczących inwestycji „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie dzielnicy Grodziec, umożliwiającej przekierowanie ścieków sanitarnych w całej dzielnicy na oczyszczalnię ścieków w Będzinie" wraz z odpowiedzią na przedmiotowy wniosek

z 4 lutego 2020 r.

Przystępujący Ergopol, wniósł na rozprawie o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów: pisma Prezydenta miasta Zabrze z 17 lutego 2020 r., oświadczenia kierownika budowy Pana J W S. z 11 lutego 2020 r., fragmentów projektu kanalizacji deszczowej, obrazujących zbiorniki retencyjne zabudowane na systemie kanalizacji deszczowej, odnoszące się do inwestycji pn. „Kompleksowe uzbrojenie terenów inwestycyjnych w północnej części miasta Zabrze - etap I i II" na okoliczność, że w ramach przedmiotowego zamówienia wykonał podziemny zbiornik retencyjny kanalizacji deszczowej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców, treścią korespondencji prowadzonej przez zamawiającego w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcami oraz zamawiającego z podmiotami trzecimi, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, treścią pisma procesowego złożonego przez przystępującego Drogopol, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postepowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta uplasowała się na trzeciej pozycji w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego opisywanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego wykonawcy Ergopol i Drogopol zostaliby wykluczeni z udziału w postępowaniu a odwołujący, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, miałby możliwość uzyskania zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, treści korespondencji prowadzonej przez zamawiającego w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, oraz zamawiającym z podmiotami trzecimi.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów, wnioskowanych przez odwołującego i przystępującego.

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego Ergopol o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana J. W. S. na okoliczność ustalenia czy w toku realizacji inwestycji zostały zaprojektowane i wykonane podziemne kanały sieci kanalizacji deszczowej i czy w oparciu o przedstawiony projekt wykonawczy można uznać, że zostały wykonane podziemne zbiorniki retencyjne kanalizacji deszczowej. W tym zakresie skład orzekający uznał, że wyjaśnienia Pana J. W. S. zostały złożone w piśmie, który przystępujący złożył jako dowód w sprawie. Z uwagi na powyższe, Izba mając na uwadze treść art. 190 ust. 6 ustawy Pzp uznała, że fakty będące przedmiotem ww. wniosku zostały stwierdzone innymi dowodami, a jego dopuszczenie i przeprowadzenie spowoduje jedynie nieuzasadnione przedłużenie postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Drogopol z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Na wstępie zauważyć należy, na co Krajowa Izba Odwoławcza zwracała już uwagę w wydawanych wyrokach, iż w związku z wejściem w życie z dniem 28 lipca 2016 r. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), w zakresie dotyczącym dokumentów składanych przez wykonawców oraz formy w jakiej te dokumenty mają być składane, zaszły liczne zmiany. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Odzwierciedleniem tego podejścia jest przepis art. 24 aa ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, opierając się na oświadczeniu podmiotu składającego ofertę, dokonuje oceny złożonych ofert, ograniczając się następnie do badania oferty uznanej za najkorzystniejszą.

Tym samym, innego niż dotychczas znaczenia, nabierają kwestie prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Skutkiem bowiem prezentowanych przez wykonawcę danych jest nie tylko kwestia oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ, ale też spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nawet uzyskanie określonej pozycji w rankingu ofert, a w rezultacie uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą. W nowelizacji ustawy Pzp z 2016 r. przewidziano również sankcje dla wykonawcy, który składając powyższe oświadczenia przedstawił informacje nieprawdziwe. Zgodnie z normą art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, z kolei art. 24 ust. 1 pkt 17 stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na jego decyzje podejmowane w postępowaniu. O ile w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jednoznacznie wskazano, że może być zastosowany wyłącznie, jeśli podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa to w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odpowiedzialność wykonawcy ukształtowana została w sposób odmienny. Przepis ten dopuszcza zatem wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego, w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy tj. lekkomyślności lub niedbalstwa.

W tym miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego - dalej kc, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należytą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.) Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 §2 kc należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i

rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, P. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Ponadto, dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie dwóch innych elementów a zatem: przedstawiane informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, oraz przedstawiane przez wykonawcę informacje wprowadzają w błąd zamawiającego. W kwestii wpływu na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym miejscu jedynie zauważyć należy, że wystarczającym dla zastosowania sankcji jest, aby zaistniała możliwość takiego wpływu, o czym świadczy użycie sformułowania "mogące mieć wpływ", który taką możliwość, a nie skutek wyraża. Tym samym nawet w sytuacji, gdy w wyniku weryfikacji zamawiającego, nawet jeśli ta weryfikacja nie wymaga podejmowania dodatkowych czynności np. w postaci zwracania się do innych podmiotów o potwierdzenie czy przedstawione dane są zgodne z rzeczywistością okaże się, że wykonawca podał dane nieprawdziwe - zamawiający stosuje powyższy przepis.

Ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie ograniczył też zakresu podawanych przez wykonawcę informacji, albowiem nie sprecyzował (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp) o jakie informacje chodzi. Wystarczającym jest, aby miały one wpływ na decyzje zamawiającego. Z pewnością jednak obejmuje on swoją hipotezą także informacje wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp a zatem informacje, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji.

Odnosząc się z kolei do kwestii wprowadzenia w błąd zamawiającego, Izba zwraca uwagę, że jako takie należy bez wątpienia zakwalifikować wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości. W kwestii rozumienia, co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, odwołać się należy do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (OSNC 2003/3 poz. 42). W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 15 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 380/18) w którym skład orzekający stwierdził, że zamawiający, oceniając czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Aby uznać informację za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił.

Dla zastosowania normy tego przepisu, w ocenie składu orzekającego, nie ma również znaczenia fakt, czy informacje które są przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu czy też okoliczności, które zamawiający był w stanie z łatwością zweryfikować. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że w takim przypadku norma ta nie ma zastosowania, albowiem trudno w takich wypadkach uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Sama możliwość weryfikacji przez zamawiającego przedstawionych przez wykonawcę informacji, jak też łatwość dokonania takiej weryfikacji np. w związku z tym że zamawiający posiada wiedzę lub powziął wiedzę odnośnie okoliczności będących przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia, nie może mieć wpływu na zastosowanie sankcji określonej normą. Gdyby przyjąć takie jego rozumienie, każdy wykonawca, prezentujący nierzetelne informacje, zasłaniałby się zarzutem, że istniała możliwość ich weryfikacji, co w efekcie czyniłoby martwą instytucję ujętą w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Takie podejście do treści tego przepisu nie wynika, w ocenie Izby, ani z jej literalnego brzmienia, ani z wykładni celowościowej tej

instytucji. Istotą nieprawdziwych informacji, tj. niezgodnych z faktami jest ich brak zgodności z istniejącym stanem rzeczy, a więc do ich stwierdzenia i weryfikacji konieczne jest wyjście poza te informacje i samodzielne poszukiwanie faktów, które im przeczą.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba doszła do przekonania, że zostały wypełnione co najmniej przesłanki określone normą art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, obligujące zamawiającego do wykluczenia Drogopol z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uznać należy bowiem, że wykonawca ten, celem uzyskania punktów w kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania" przedstawił, niezgodne ze stanem faktycznym, informacje dotyczące doświadczenia kierownika budowy. Na to stanowisko wskazał Pana K. A., dla którego w ramach doświadczenia podał, w Formularzu oferty w pkt 4c w tabeli inwestycję pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie dzielnicy Grodziec, umożliwiającej przekierowanie ścieków sanitarnych w całej dzielnicy na oczyszczalnię ścieków w Będzinie." W kolumnie 5 tabeli wpisał, że ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej w ramach całego zadania/inwestycji wynosi:
9 o pojemności 233 m^3. Analogiczna informacja została podana w kolumnie 6 tabeli, w której wykonawcy zobowiązani byli wskazać ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej (w okresie pełnienia funkcji jednak nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert).

Zamawiający, który nabrał wątpliwości co do treści złożonego oświadczenia, albowiem w ofercie innego wykonawcy tj. Hydrogop Sp. z o.o. wskazano w odniesieniu do doświadczenia tej samej osoby, przy realizacji tożsamej inwestycji, iż zadanie to polegało na wybudowaniu 1 szt. podziemnego zbiornika retencyjnego, który składał się z zespołu 9 elementów, zwrócił się, pismem z 25 listopada 2019 r. do Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (podmiotu na rzecz którego została wykonana inwestycja wskazana przez Drogopol) o udzielenie informacji co zostało wykonane w ramach przedmiotowego zadania. W odpowiedzi na powyższe, MPWiK w Będzinie, przekazało zamawiającemu wyciąg z projektu wykonawczego, wraz z mapą z inwentaryzacji powykonawczej, dotyczącą przedmiotowej inwestycji. Należy zgodzić się z odwołującym, że nawet z pobieżnej analizy treści części opisowej projektu wykonawczego wynika, że w ramach zadania wykonany został jeden zbiornik retencyjny (tak na str. 32 opis w akapicie od słów: „Zbiornik retencyjny ZR1"; na str. 39 akapit od słów: „Zbiornik retencyjny"; str. 40 pierwszy akapit od góry: „Zasadnicze zadania planowanego zbiornika to

(...)"). Tym samym potwierdziło się, że w ramach zamówienia wykonano 1 zbiornik retencyjny składający się z zespołu 9 równoległych przewodów (komór), a nie 9 sztuk zbiorników, a co za tym idzie informacja podana przez Drogopol co do ilości zbiorników zrealizowanych w ramach tego zadania, była niezgodna ze stanem faktycznym. Ponadto odwołujący, na potwierdzenie zasadności podnoszonego zarzutu złożył, jako dowód, zapytanie kierowane do MPWiK w Będzinie, wraz z odpowiedzią udzieloną przez ten podmiot, z treści której wynika, że w ramach zadania wymienionego przez Drogpol w tabeli (w pkt 4c Formularza oferty) wykonany został jeden zbiornik retencyjny, składający się z zespołu dziewięciu równoległych przewodów (komór) o średnicy Dn3000 i całkowitej długości 35,7 m, spiętych przewodem dolnym, przepływowym o średnicy Dn1400 - o pojemności czynnej V = 2 100 m^3.

Co istotne dla oceny przedmiotowego zarzutu deklaracja w zakresie ilości zbiorników, które miały zostać wybudowane w ramach zadania, miała wpływ na ilość uzyskiwanych w tym kryterium punktów. Deklarując 9 szt. wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych wykonawca mógł uzyskać maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium tj. 10 punktów, co niewątpliwie istotnie wpłynęłoby na jego pozycję w rankingu ofert. W sytuacji gdyby zadeklarował, zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, że wykonał jeden zbiornik mógł uzyskać maksymalnie tylko 2,5 pkt.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że nie przyznał wykonawcy punktów w ramach kryterium z tego powodu, że zbiornik retencyjny wykonany w ramach inwestycji wskazanej przez Drogopol, został związany z kanalizacją ogólnospławną, a nie deszczową. Pominął całkowicie fakt, że wobec potwierdzenia się okoliczności, że wykonawca ten w ofercie przekazał nieprawdziwe informacje, które to miały na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego i zmierzały do uzyskania przez Drogopol maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert, niewątpliwie zaistniała przesłanka do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała, że zarzut odwołującego potwierdził się.

Izba uznała również za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Ergopol i Drogopol do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w sytuacji gdy ceny tych ofert były niższe odpowiednio o 50,59% i 41,68% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, a

rozbieżności te nie wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zauważyć należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: (i) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (ii) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie zamawiający zaniechał wezwania wykonawców Drogopol i Ergopol do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez tych wykonawców ceny oferty pomimo, co nie było sporne w niniejszej sprawie, ceny zaproponowane w ofertach były o ponad 30% niższe od szacunkowej wartości zamówienia, ustalonej przez zamawiającego na podstawie sporządzonego przez siebie kosztorysu inwestorskiego. Jak argumentował sam zamawiający na rozprawie, szacunkowa wartość zamówienia, która opiewała na kwotę netto 3 806 942,46 zł., ustalona została tuż przed wszczęciem postępowania, a przyjęty poziom cen pochodził z drugiego kwartału 2019 r. Należy zatem uznać, że szacunek ten był wykonany zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz w terminie określonym w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej, należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający co do zasady ma obowiązek w takiej sytuacji wezwać wykonawcę do wyjaśnień. Istnieje wprawdzie okoliczność, kiedy zamawiający zwolniony został z tego obowiązku, a mianowicie: gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Innymi słowy, ustawodawca w ww. przepisie przewidział wyjątek od obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wyjątek ten dotyczy sytuacji, gdy wprawdzie cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, ale jednocześnie sytuacja ta jest wynikiem okoliczności oczywistych, nie wymagających wyjaśnienia.

Zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie, że z taką właśnie okolicznością mamy do czynienia w niniejszej sprawie, powołując się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, zamieszczoną na stronie internetowej pt. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji", albowiem wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia odbiegała, w jego ocenie od realiów rynkowych. Swoje twierdzenia zamawiający opierał na tym, że zaproponowane przez wykonawców ceny w postępowaniu są niższe od ustalonego przez niego szacunku. Co jednak istotne, nie wskazał w których konkretnie pozycjach czy też jakie elementy zostały przeszacowane, nie przedłożył również nowego kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający przywołał również w tym zakresie cenę oferty złożonej przez odwołującego, która była ceną najwyższą, a którą określił mianem "zawyżonej". Przy czym, co wymaga zauważenia, wartość tej oferty nie przekraczała, ustalonej przez zamawiającego, szacunkowej wartości dla tego zamówienia.

Co więcej, na co zwrócił uwagę odwołujący na rozprawie, z przedstawionego przez zamawiającego kosztorysu inwestorskiego wynika, że pomimo dokonywanych w toku postępowania zmian w treści SIWZ, które pociągały za sobą zmianę pozycji kosztorysowych - zmiany te nie zostały uwzględnione. I tak na przykład zamawiający, odpowiadając na pytania do SIWZ, pismem z 21 października 2019 r. poinformował wykonawców, że zwiększa parametr wytrzymałościowy zbiornika (poz. 53 w kosztorysie inwestorskim). Jak prezentował odwołujący, przedstawiając stosowne wyliczenia, zmiana tego parametru pociąga za sobą zmianę ceny dostawy zbiornika, który to koszt jest kluczowy dla niniejszego zamówienia. Wprawdzie zamawiający twierdził, że zmiana tego parametru nie wpłynie w sposób znaczący na tą pozycję kosztorysową i mieści się w szacunku jaki ustalił zamawiający dla tej pozycji, jednak oprócz twierdzeń, nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów.

W opinii składu orzekającego same tylko twierdzenia, że zamawiający błędnie oszacował wartość zamówienia i że to cena jednej z ofert znacząco odbiega od poziomu cenowego, ustalonego na podstawie pozostałych ofert, nie stanowi o zaistnieniu przesłanki wyłączającej konieczność zastosowania przepisu art. 91 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp a zatem,

że mamy do czynienia z sytuacją będącą wynikiem okoliczności oczywistych, nie wymagających wyjaśnienia.

Jej stwierdzenie w takich okolicznościach powinno być poparte argumentacją, że przykładowo, wysoka cena oferty została skalkulowana w oderwaniu od realiów rynkowych, poparta wyliczeniami. W tej kwestii zamawiający poprzestał na gołosłownych twierdzeniach, że przeprowadził analizę kluczowych pozycji kosztorysowych w ofertach wykonawców i porównał je do cen rynkowych. Przy czym nie wskazał jakie to ceny należy uznać za „rynkowe" w sytuacji, gdy w postępowaniu, spośród ośmiu złożonych ofert tylko trzy z nich opiewają na kwotę poniżej 3 mln zł., pozostałe ją przekraczają. Dodatkowo należy zauważyć, że cena oferty Ergopol, który zaproponował najniższą cenę, jest o około 400 tys. niższa od ceny kolejnej w rankingu oferty tj. złożonej przez Drogopol. Już samo tylko zestawienie cen ofertowych przeczy tezie, że w niniejszym przypadku mamy do czynienia z okolicznością oczywistą, która nie wymaga wyjaśnienia.

Co warte dostrzeżenia, również argumentacja Ergopol prezentowana na rozprawie, zmierzała nie tyle do wykazania, że zamawiający błędnie oszacował wartość przedmiotowego zamówienia, ale w kierunku uzasadnienia, że w przypadku tego wykonawcy zaistniały pewne szczególne okoliczności, które pozwoliły mu na obniżenie ceny jego oferty.

Nie potwierdziły się natomiast, w ocenie składu orzekającego, zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Ergopol z postępowania, jak też art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Ergopol do uzupełniania wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Odwołujący w tym zakresie wskazał, że informacje podane przez Ergopol, dotyczące doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, zdobytego w ramach zadania realizowanego na rzecz Miasta Zabrze są niezgodne z rzeczywistością, gdyż z informacji posiadanych przez niego wynika, że w ramach przedmiotowej inwestycji zrealizowano 3 zbiorniki retencyjne, z których żaden nie jest podziemnym zbiornikiem retencyjnym kanalizacji deszczowej - są to otwarte zbiorniki wodne zlokalizowane na cieku, mające za zadanie retencję wód opadowych z terenu KSSE.

Istota sporu między stronami sprowadzała się w tym przypadku do kwestii sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w SIWZ. Zamawiający, w pkt VII.1.2 SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, przy czym zaznaczył, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: (a) wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej lub ogólnospławnej (zamawiający zastrzegł, że uzna warunek za pełniony, jeśli wykonawca wykaże, że wykonał wymaganą robotę w ramach jednej umowy/ inwestycji), oraz co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności min. 200 m^3 (zamawiający zastrzegł, że uzna warunek za pełniony, jeśli wykonawca wykaże, że wykonał wymaganą robotę w ramach jednej umowy/ inwestycji); (b) dysponuje bądź będzie dysponować: kierownikiem budowy posiadającym następujące kwalifikacje i umiejętności: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci kanalizacyjnych lub uprawnienia równoważne od powyższych, a wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa wraz z aktualnym zaświadczeniem o przynależności do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa; -doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności min. 200 m^3.

Wykonawca Ergopol w pkt 4c Formularza oferty, na stanowisko kierownika budowy wskazał Pana J. W. S., oraz podał informacje dotyczące doświadczenia tej osoby, mające potwierdzać zrealizowanie przez nią inwestycje/zadania punktowane przez zamawiającego w ramach kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania". W tabeli Ergopol wskazał, że wyżej wymieniona osoba pełniła funkcję kierownika budowy dla zadania „Kompleksowe uzbrojenie terenów inwestycyjnych w północnej części miasta Zabrze - Etap I i II", inwestor: Miasto Zabrze, w ramach którego wybudowano „Zbiornik retencyjny o średnicy 3000 mm o długości 30 mb (211,95 m^3)" (kolumna 5 tabeli - ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej w ramach całego zadania/inwestycji). Analogiczna

informacja została zamieszczona w kolumnie 6 tabeli, w której należało podać ilość oraz pojemność wybudowanych podziemnych zbiorników retencyjnych kanalizacji deszczowej (w okresie pełnienia funkcji, jednak nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert). Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało natomiast, że zamawiający w tym kryterium oceny ofert przyznał Ergopol 2,5 pkt.

Odwołujący podnosił, że w ramach zadania wybudowane zostały trzy zbiorniki retencyjne: Z1, Z2 i Z3, które to nie są podziemnymi zbiornikami kanalizacji deszczowej. Fakt ten nie był sporny w niniejszej sprawie, gdyż okoliczność ta wynikała również z treści dowodu przedłożonego przez Ergopol, w postaci pisma Prezydenta miasta Zabrze z 17 lutego 2020 r., w którym stwierdza się, że w ramach realizacji inwestycji wykonano 3 otwarte zbiorniki retencyjne - Z1, Z2 i Z3.

Tymczasem jak wyjaśniał Ergopol, składając oświadczenie w Formularzu oferty, wskazał na doświadczenie zdobyte w ramach przedmiotowego zadania przy budowie podziemnych kanałów sieci kanalizacji deszczowej na odcinkach kolektora E i F. Jak wynika z pisma z Urzędu Miast Zabrze, które Ergopol złożył jako dowód, kolektory

E i F posiadają zabudowany rurociąg pełniący funkcję podziemnych zbiorników retencyjnych o pojemnościach: kolektor E o pojemności 1649,33 m^3 odc. od studni DE.6 do DE.2, kolektor F o pojemności 856,95 m^3 odc. od studni DF.4 do DE.2. Z treści oświadczenia złożonego przez kierownika budowy Pana J. W. S. z 11 lutego 2020 r. wynika, że na kanalizacji deszczowej kolektorów E i F zostały zabudowane zbiorniki retencyjne, stanowiące system rurociągów z rur GRP.

Izba zauważa w tym miejscu, że w treści warunku mowa była o wykonaniu podziemnego zbiornika retencyjnego kanalizacji deszczowej o pojemności min. 200 m^3. Zamawiający nie zawarł w tym zakresie w treści SIWZ żadnych dodatkowych wymagań np. co do przekroju. Izba podzieliła w tym zakresie twierdzenia zamawiającego i Ergopol, że istotne znaczenie przy dokonywaniu oceny czy warunek udziału w postępowaniu został spełniony pełniona funkcja, a z opisu zawartego w treści pisma, załączonego oświadczenia kierownika budowy i załączonych profili wynika, że wskazany kanał sieci kanalizacji deszczowej pełni funkcję retencji. Z uwagi na to, że brak jest definicji legalnej „zbiornika retencyjnego" należy uznać, że również kanały podziemne sieci kanalizacji deszczowej pełniące funkcję retencji są zbiornikiem retencyjnym.

Nie potwierdził się zatem zarzut, że Ergopol wpisując w pkt 4c tabeli, że kierownik budowy posiada stosowne doświadczenie, złożył oświadczenie niezgodne z rzeczywistością. Nie zaistniała również konieczność wezwania tego wykonawcy do złożenia uzupełnionego wykazu, gdyż potwierdził on spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1). Nie potwierdziły się wprawdzie, podnoszone przez odwołującego, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Ergopol z postępowania, jak też art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Ergopol do uzupełniania wykazu osób, jednakże w wyniku uwzględnienia odwołania zamawiający zobligowany został do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawcy Drogopol z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz wezwania wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

Przewodniczący: .....