Sygn. akt: KIO 697/20

WYROK

z dnia 12 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Bartosz Stankiewicz

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2020 r. przez wykonawcę Dominex Sp. z o.o. w Świętochłowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu przy udziale:

- wykonawcy FOXMET Sp. z o.o. w Czerwionce-Leszczynach przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

- wykonawcy Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. w Rudzie Śląskiej przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Dominex Sp. z o.o. w Świętochłowicach i zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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: .....

Członkowie: .....

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 12 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 697/20

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207 ,

41-914 Bytom - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Likwidacja 7 obiektów budowalnych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Śląsk", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 sierpnia 2019 r. pod numerem 589218-N-2019, 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) zwanej dalej jako „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 31 marca 2020 r. środek zaskarżenia wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Dominex Sp. z o.o., ul. Metalowców 3c, 41-600 Świętochłowice (dalej zwany jako „odwołujący"). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp poprzez ich bezpodstawne niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty Foxmet Sp. z o.o., pomimo, iż jej prokurenta skazano prawomocnie za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy pzp, tj. za czyn zabroniony z art. 288 § 1 kk i inne,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Fomxet Sp. z o.o., który w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, dotyczące karalności prokurenta Foxmet Sp. z o.o., które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania,

3. art. 24 ust. 8 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp poprzez uznanie, iż w niniejszym przypadku doszło do skutecznego samooczyszczenia wykonawcy Foxmet Sp. z o.o., którego prokurent został prawomocnie skazany za przestępstwo z art. 288 kk i inne, podczas gdy złożone przez Foxmet Sp. z o.o. wyjaśnienia w tym zakresie są lakoniczne i niepoparte żadnymi dowodami, co w konsekwencji doprowadziło do braku wykluczenia Foxmet Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu,

4. art. 24aa ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie zbadania, czy Foxmet Sp. z o.o.,

którego to wykonawcy oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu,

5. art. 90 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp i art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Foxmet Sp. z o.o., w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykonał ciążącego na nim na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy pzp obowiązku i nie wykazał, iż jego oferta nie jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny, nie dochował staranności wymaganej od wykonawców w postępowaniu, nie złożył wyjaśnień w całym zakreślonym przez Zamawiającego zakresie, a wyjaśnienia w zakresie, w którym zostały przedstawione, potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

6. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Foxmet Sp. z o.o., pomimo, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania,

7. art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechania obligatoryjnych działań przez Zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych zarzutów i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę FOXMET Sp. z o.o. w Czerwionce-Leszczynach (dalej jako „Foxmet"), wykluczenie tego wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz

dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący wniósł także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Prokurentem spółki Foxmet jest pan G.C., który na mocy wyroku Sądu Rejonowego w Rybniku z dnia 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt III K 8/15 został skazany na karę pozbawienia wolności za czyn z art. 160 § 1 kk i art. 288 § 1 kk i art. 157 § 1 kk i art. 245 kk. Wyrok uprawomocnił się 7 grudnia 2017 r. W ocenie odwołującego pan G.C. podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w szczególności, że nie wykazano aby zostały spełnione okoliczności uzasadniające zastosowanie art. 24 ust. 9 p.z.p. Zdaniem odwołującego wykonawca Foxmet nie przedstawił wystarczających dowodów dla przyjęcia skuteczności procedury samooczyszczenia.

Odwołujący dodał, że pan G.C., w związku z warunkowym przedterminowym zwolnieniem z odbycia reszty kary pozbawienia wolności, w dniu 7 listopada 2019 r., opuścił zakład kamy. Osoba ta pozostaje jednak nadal w okresie próby, co oznacza, iż w przypadku naruszenia porządku prawnego warunkowe przedterminowe zwolnienie zostanie odwołane. Przy czym z racji, iż od opuszczenia przez pana G.C. zakładu karnego upłynęło niespełna 5 miesięcy, okres ten jest według odwołującego za krótki dla oceny czy proces resocjalizacji faktycznie okazał się skuteczny. Dalej odwołujący argumentował, że zwrócić także należy uwagę na charakter czynu, za który pan G.C. został skazany, przypisano mu bowiem umyślne doprowadzenie do zderzenia dwóch samochodów, w ten sposób, że jadąc samochodem zjechał na lewą stronę i uderzył w drugi samochód, narażając kierowcę i pasażera na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia i zdrowia. Kierowca doznał urazu kręgosłupa, a pasażer urazu głowy oraz klatki piersiowej. Odwołujący dodał, że kierowca i pasażer są świadkami w toczącym się przeciwko panu G.C. postępowaniu karnym prowadzonym przez Prokuraturę Okręgową w Gliwicach. Ponadto pan G.C. nie zadośćuczynił wyrządzonej szkodzie, nie przeprosił pokrzywdzonego. Odwołujący dodał, że obecnie przeciwko panu G.C. przed Sądem Okręgowym w Gliwicach toczą się kolejne postępowania karne o oszustwa na złomie. Zdaniem odwołującego nie można więc przyjąć, iż w niniejszej sprawie doszło do skutecznego samooczyszczenia wykonawcy. Twierdzenia wykonawcy Foxmet o zadośćuczynieniu przez jej prokurenta popełnionemu czynowi są gołosłowne i nie znajdują potwierdzenia w przedłożonych przez spółkę dowodach. Natomiast postanowienie sądu rejonowego w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności, w opinii odwołującego, jest niewystarczające.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący podniósł, że spółka Foxmet przedłożyła nierzetelne pisemne oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 do 22 p.z.p. Oświadczenie to miało istotny wpływ na przebieg postępowania. Informacji o karalności prokurenta spółki nie ujawniono również w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 26 lutego 2020 r. zobowiązujące m.in. do przedłożenia oryginału lub poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii informacji z Krajowego Rejestru Karnego, potwierdzającej, że urzędującego członka jego organu zarządzającego, nadzorczego, czy prokurenta nie skazano za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 p.z.p. Kartę karną pana G.C. przedłożono w dniu 10 marca 2020 r., po kolejnym wezwaniu przez zamawiającego do jej przedłożenia (wezwanie z dnia 6 marca 2020 r.).

Zdaniem odwołującego działanie wykonawcy Foxmet nosi znamiona działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa. W zaistniałej sytuacji zrealizowały się zatem przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., obligujące zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z orzecznictwa wynika, iż przepisy art. 24 ust. 16 i 17 p.z.p. stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania (wyrok KIO z dnia 2 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 113/18). Zatem skoro na skutek działania wykonawcy Foxmet doszło do sytuacji, w której zamawiający został wprowadzony w błąd co do braku podstaw wykluczenia o których mowa w art. 24 ust 1 pkt 14 p.z.p., to niewątpliwie w postępowaniu ziściły się przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy, również na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

Odwołujący wskazał dalej, że oferta wykonawcy Foxmet zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wątpliwości co do rzetelności ceny powziął też zamawiający, który kilkukrotnie wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Jednak odwołujący nie zgadza się z oceną zamawiającego, bowiem wykonawca nie przedstawił okoliczności i dowodów na sprzyjające i dostępne jedynie temu wykonawcy warunki wykonania zamówienia, które nie są jednocześnie dostępne pozostałym przedsiębiorcom działającym na tym samym rynku. Nie można zatem przyjąć, aby po stronie

Foxmet istniały nadzwyczajne okoliczności, które pozwoliły na obniżenie ceny w stosunku do cen innych wykonawców i wartości szacunkowej zamówienia. W wyjaśnieniach nie podano konkretnych przykładów istnienia obiektywnie właściwych i wyjątkowych tylko dla wykonawcy Foxmet czynników wpływających na obniżenie ceny. Jeśli natomiast cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, to nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających za zaoferowanie niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego nie stanowi przewagi konkurencyjnej posiadanie przez wykonawcę własnego sprzętu, czy też pojazdów do odbioru odpadów. Zresztą w takim przypadku wykonawca ten i tak przecież będzie ponosił określone koszty związane z bieżącym ich utrzymaniem, konserwacją, naprawami, opłatami publicznoprawnymi (przeglądy, ubezpieczenia, podatki od środków transportu). Z treści wyjaśnień nie wynika również, aby spółka prowadziła politykę kadrową odmienną od pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, która pozwoli na poczynienie oszczędności, umożliwiających jej zaoferowanie tak niskiej ceny. Wartości podane w wyjaśnieniach nie mają żadnego oparcia ani w dowodach, ani w wyjaśnieniach wykonawcy. Zawarte w piśmie z dnia 27 września 2019 r. wyliczenia są abstrakcyjne, niepoparte jakimikolwiek danymi, które byłyby w stanie je uwiarygodnić. Załączona faktura nr MAG/2234/2019 została wystawiona na jednoosobową działalności gospodarczą M.C., a nie na wykonawcę Foxmet.

Ponadto, w ocenie odwołującego w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny nie wykazano kosztów utylizacji gruzu, na poniesienie których wskazywał przedmiar dołączony do SIWZ. Spółka Foxmet podkreśliła, że wytworzony w trakcie rozbiórki gruz zamierza przekazywać jednej z firm, z którą w tym zakresie współpracuje oraz oświadczyła, iż nie poniesie żadnych kosztów związanych z utylizacją gruzu, co poparto oświadczeniem ZRB Kamil Sp. z o.o., z którego wynika, że podmiot ten przyjmie gruz nieodpłatnie. Jednakże przedsiębiorca ten nie posiada decyzji środowiskowych związanych z przetwarzaniem gruzu, czy też pozwoleniem na jego składowanie, kiedy w świetle ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) nie można w sposób legalny przyjąć gruzu pochodzącego z wyburzenia, w ilości 8 828,89 Mg (zgodnie z przedmiarem). W piśmie z dnia 26 marca 2020 r. wykonawca Foxmet prostuje zatem swoje wcześniejsze twierdzenia w tym zakresie przyznając, iż ZRB Kamil Sp. z o.o. gruzu przyjąć nie mogła, ani w dniu składania oferty, ani w marcu 2020 r. W opinii odwołującego jest to celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd, gdyż powołując się na swoje wieloletnie doświadczenie w realizacji inwestycji rozbiórkowych, winno się sprawdzić odbiorcę gruzu, chociaż w ogólnodostępnej bazie danych odpadowych.

Dalej odwołujący podniósł, że kalkulacje cenowe wykonawcy Foxmet nie zawierają informacji o ilości sprzętu (koparki i ładowarki), terminie realizacji zadania, ilości personelu przeznaczonego do wykonania rozbiórki. Brak jest również pozycji cenowych dotyczących zasypywania wykopów, mechanicznego plantowania terenu, nawiezienia ziemi, na co zresztą w piśmie z dnia 17 lutego 2020 r. uwagę zwrócił zamawiający. Na wyróżnienie zasługuje przyjęty w wyliczeniach koszt wywozu papy oraz szkła porozbiórkowego jednym transportem w kwocie 115,88 zł oraz dołączony dowód cennik odpadów na składowisku w Gliwicach, ul. Rybnicka. Pomijając już, że koszt transportu jest faktycznie zaniżony, to Przedsiębiorstwo Składowania i Utylizacji Odpadów w Gliwicach już w marcu 2020 r. miało wyczerpane limity, a zatem nie przyjmie odpadów wytworzonych poza Gliwicami (w tym również od podmiotów zarejestrowanych poza miastem Gliwice). Według wiedzy odwołującego cennik umieszczony na stronie internetowej dotyczy wyłącznie odpadów pochodzących od osób prywatnych w ilości do 500 kg. Ponadto wykonawca Foxmet nie udzielił także, w sposób wyczerpujący, odpowiedzi na stawiane mu przez zamawiającego pytania. Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę do wskazania kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników. Pierwszy raz 25 września 2019 r., drugi raz 14 października 2019 r. Pomimo dwukrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie wykonawca Foxmet kosztów tych nie wykazał. Oświadczenie, iż koszty związane z pracownikami ponoszone są z bieżącej działalności nie stanowi udzielenia odpowiedzi na stawiane przez zamawiającego pytanie. Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia rzetelnej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, czego nie uczynił i wbrew treści art. 90 ust. 3 p.z.p. wyłącznie formalnie dopełnił procedury oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie na okoliczności tam wskazane.

Ponadto, skład orzekający stwierdził spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienie 1) FOXMET Sp. z o.o., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny, po stronie zamawiającego (dalej zwanego jako „przystępujący Foxmet") i 2) Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K., ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska, po stronie odwołującego (dalej zwanego jako „przystępujący RLG").

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

Izba ustaliła, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Wypada zaznaczyć, że skład orzekający podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwałach z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 56/17 i sygn. akt III CZP 58/17 oraz w wyroku z 23 maja 2018 r. sygn. akt IV CSK 448/17, zgodnie z którym przez zaskarżenie wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć prawo odwołującego do kwestionowania zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy wybranego w postępowaniu, czy odrzucenia jego oferty.

Skład orzekający ustalił także, iż odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Izba stwierdziła również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego Foxmet, dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do weryfikacji wyników oceny i badania ofert, gdzie zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p., art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust 9 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 17 p.z.p., art. 24aa ust. 1 p.z.p., art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 7 ust 1 p.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p., a także w konsekwencji powyższego naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała 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.

Skład orzekający - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, 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 przystępującym Foxmet, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób niebudzący wątpliwości, że zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił ofertę wykonawcy przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

W zakresie zarzutu nr 3 z petitum odwołania - gdzie zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., poprzez uznanie, iż doszło do skutecznego samooczyszczenia przystępującego Foxmet, którego prokurent został prawomocnie skazany za przestępstwo z art. 288 k.k. i inne, podczas gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w tym zakresie są lakoniczne i niepoparte żadnymi dowodami, co w konsekwencji doprowadziło do braku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu - skład orzekający wskazuje co następuje.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest, że pan G.C., będąc prokurentem przystępującego Foxmet, został prawomocnie skazany za przestępstwo wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a p.z.p. (art. 288 § 1 k.k.), co powoduje konieczność wykluczenia spółki Foxmet z postępowania. Dalej Izba ustaliła, że w tym zakresie zostało przeprowadzone postępowanie konwalidacyjne (procedura self-cleaningu, procedura samooczyszczenia wykonawcy), określone w art. 24 ust. 8 p.z.p.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 12 marca 2020 r., w przedmiocie złożenia wyjaśnień i dowodów w celu wykazania rzetelności wykonawcy, wobec okoliczności, że z przedłożonej przez wykonawcę informacji z Krajowego Rejestru Karnego wynika, iż pan G.C. prokurent Foxmet został skazany za m.in. popełnienie przestępstwa przeciwko mieniu (art. 288 § 1 k.k.), wykonawca złożył wyjaśnienia z dnia 16 marca 2020 r., gdzie jako załącznik

dołączono postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt VIII Kow 4561/19. W wyjaśnieniach wykonawca krótko przybliżył stan faktyczny popełnienia czynu, wskazał na orzeczony wymiar kary, a następnie podniósł, że podjęto wystarczające środki do zapewnienia rzetelności wykonawcy, tj. pan G.C. został całkowicie zresocjalizowany i po odbyciu części kary przedterminowo zwolniony, na dowód czego przedłożono postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach. Z rzeczonego orzeczenia wynika, iż pan G.C. został warunkowo zwolniony, wyznaczono mu dwuletni okres próby, podczas którego nałożono na niego obowiązki na zasadzie art. 159 k.k.w. w zw. z art. 72 § 1 k.k. W uzasadnieniu postanowienia sąd argumentował, że skazany odbywa karę w systemie programowego oddziaływania i bardzo dobrze realizuje jego założenia, ukończył program readaptacji społecznej dotyczącej zachowań przemocowych, pracuje odpłatnie poza terenem jednostki, bardzo dobrze wywiązuje się z nałożonych obowiązków, w tym został piętnaście razy regulaminowo nagrodzony, nie był karany dyscyplinarnie. Dodano, że zarówno prognoza penitencjarna, jak i prognoza kryminologiczno - społeczna jest pozytywna. Izba ustaliła dalej, że zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia wraz z dowodem, jako wystarczające w ramach art. 24 ust. 9 p.z.p. i wybrał ofertę przystępującego Foxmet, jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Skład rozpoznający spór dokonał weryfikacji czynności zamawiającego w przetargu, w zakresie oceny samooczyszczenia wykonawcy Foxmet, w ramach okoliczności podnoszonych przez odwołującego. Wykonawca odwołujący zakwestionował skuteczność procedury self-cleaninigu z powodu upływu zbyt krótkiego okresu na dokonanie sprawdzenia, czy doszło do resocjalizacji pana G.C., braku uwzględnienia charakteru czynu, za który osoba ta została skazana, braku zadośćuczynienia powstałej szkodzie i przeproszenia poszkodowanego, a także braku wystarczających dowodów dla przyjęcia skuteczności instytucji samooczyszczenia. Dodano także, iż przeciwko panu G.C., przed Sądem Okręgowym w Gliwicach, toczą się postępowania karne (w sprawie oszustw na złomie).

W ocenie Izby, dla uporządkowania dalszego wywodu, należy poczynić kilka uwag natury ogólnej. Procedura sanacyjna uregulowana w art. 24 ust. 8 p.z.p. daje wykonawcy możliwość wykazania swojej rzetelności, pomimo zaistnienia wobec niego określonych podstaw wykluczenia, w tym co istotne dla rozpoznawanego sporu, z powodu obligatoryjnego wykluczenia ze względu na skazanie za przestępstwo, zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 p.z.p. Ustawodawca uzależnił możliwość uznania takiego wykonawcy za dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, od udowodnienia, iż podjęte przez przedsiębiorcę środki zaradcze są wystarczające dla wykazania jego rzetelności - czyli od wykazania, że wdrożono niezbędne mechanizmy zmierzające do usunięcia skutków okoliczności, które stanowią podstawę wykluczenia wykonawcy, a także, że powzięto kroki zapobiegające wystąpieniu takich okoliczności w przyszłości. Jeżeli takie dowody można będzie uznać za wystarczające, dany wykonawca nie powinien zostać wykluczony z postępowania.

Powodem wykluczenia wykonawcy jest uzasadnione założenie ustawodawcy, mające na celu ochronę prawidłowości wydatkowania środków publicznych i interesu publicznego, że przedsiębiorcy podlegający wykluczeniu mogą nie podołać prawidłowemu wykonaniu przedmiotu zamówienia publicznego. Natomiast wykonawca, który skutecznie wprowadzi niezbędne środki naprawcze, może przywrócić swoją wiarygodność w postępowaniu. Przy tym katalog tych środków jest katalogiem otwartym, przepis wskazuje przykładowe działania, które może podjąć wykonawca, a które pozwalają na odzyskanie zdolności do wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj.: naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego, współpraca z organami ścigania, czy podjęcie innych środków technicznych, organizacyjnych, bądź kadrowych. Katalog ten nie jest wyczerpujący - nie obejmuje też wszystkich działań dopasowanych do rodzaju okoliczności będących podstawą wykluczenia. Racjonalny ustawodawca, mając na względzie wielość możliwych stanów faktycznych, które zaistnieją w postępowaniu oraz konieczność zachowania elastyczności stosowania omawianych norm, pozostawił dobór adekwatnych środków zaradczych wykonawcom. Zatem, aby wykonawca w sposób skuteczny uzyskał uprawnienie do dalszego uczestnictwa w przetargu, powinien dowieść zamawiającemu, że podjął czynności, gwarantujące wyeliminowanie na przyszłość działań stanowiących przesłankę jego wykluczenia z postępowania. Środki te powinny być więc ściśle skorelowane z podstawą wykluczenia, której wykonawca podlega - czyli stosowne i miarodajne dla wykazania, że pomimo wystąpienia danej przesłanki wykluczenia, podjęte środki zaradcze świadczą o wiarygodności przedsiębiorcy i dają wystarczającą gwarancję, że wykonawca nie powinien być nadal wykluczany ze wspomnianych względów. Powoduje to, że każdy przypadek będzie oceniany indywidualnie, w zależności od sytuacji podmiotowej przedsiębiorcy, na kanwie konkretnego stanu faktycznego, jaki zaistnieje w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu, w zakresie przesłanki wykluczenia z powodu skazania za przestępstwo, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 p.z.p., podejmowane przez wykonawcę środki naprawcze powinny być odpowiednie

dla zapobiegania dalszym przestępstwom, czy nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Należy także zauważyć, że co do zasady cele karne zostają spełnione poprzez zastosowanie takich sankcji, które spełniają dyrektywy kary. Natomiast mając na uwadze zupełność systemu prawa, norm tych nie można odczytywać z pominięciem uregulowań prawa karnego.

Ponadto, przed przejściem do wskazania sposobu w jaki prawo karne spełnia, poprzez kary i środki karne, funkcję prewencyjną, wychowawczą, a także rehabilitacyjną, wypada przypomnieć jedną z naczelnych zasad prawa karnego - zakazu karania dwa razy za to samo (ne bis in idem). Zasada ta została wyinterpretowana przez Trybunał Konstytucyjny z wzorca kontroli konstytucyjności określonego w art. 2 Konstytucji i stanowi jeden z elementów demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. W orzeczeniach Trybunału zaznacza się, że zasada ne bis in idem należy do fundamentalnych zasad prawa karnego, toteż jest elementem zasady państwa prawnego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady, w szczególności zaś stworzenie organowi władzy publicznej kompetencji do dwukrotnego zastosowania środka represyjnego wobec tego samego podmiotu za ten sam czyn, stanowiłoby naruszenie regulacji konstytucyjnych (vide wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 21 października 2015 r., sygn. akt P 32/12, z 18 listopada 2010 r., sygn. akt P 29/09, z 4 września 2007 r., sygn. akt P 43/06, z 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03, z 8 października 2002 r. sygn. akt K 36/00, z 29 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 17/97).

Rzeczoną zasadę należy mieć na względzie, ponieważ powoduje ona, że jeśli podmiot został ukarany za wykroczenie przeciw porządkowi karnemu państwa i został w świetle prawa karnego zrehabilitowany (odbył karę, wykonał środki karne, poniósł ciężary jakie nałożył na niego sąd karny), to system prawa nie może „dokładać" czy „wzbogacać" tych środków, poprzez dodatkowe obostrzenia, które nie zostały na dany podmiot nałożone (np. orzekać o dodatkowym zakazie prowadzenia działalności, której nie orzekł sąd karny, albo efektywnie pozbawiać praw publicznych osobę, która takich praw nie została pozbawiona na podstawie wyroku sądu za ten sam czyn). Mając także na względzie brzmienie art. 53 § 1 i 2 k.k., orzeczenie sądu karnego o karze i środkach karnych spełnia już wszystkie funkcje jakim ma służyć, czyli zapewniać adekwatną reakcję prawnokarną na popełniony czyn, za który osoba została skazana, pełniąc poza represyjną również funkcję wychowawczą, zapobiegawczą, a także czyniąc zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości.

Na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powyższe oznacza, że odbycie kary i zrealizowanie środków karnych musi być uznane za wystarczające dla stwierdzenia, że sprawca został ukarany adekwatnie do swojej winy i okoliczności popełnienia czynu, a odbywając karę i realizując środki karne „spłacił swój dług wobec społeczeństwa". Ocena, że sprawca nie został „adekwatnie" ukarany i stawianie mu dalszych wymogów rehabilitacji oraz zadośćuczynienia za jego przewiny, byłoby sprzeczne z zasadą ne bis in idem, wprowadzałoby bowiem - po reakcji prawnokarnej państwa - kolejny instrument represyjny, tym razem w formie gospodarczej. W konsekwencji nie można przyjąć, że istnieje po stronie zamawiającego (czy Krajowej Izby Odwoławczej) uprawnienie do uznania prawnokarnej reakcji państwa za niewystarczającą i dodanie do niej kolejnych, arbitralnie ustalonych wymogów - przykładowo poprzez wymaganie przeproszenia pokrzywdzonego, spełnienia na jego rzecz dodatkowych świadczeń, czy w inny sposób dokonywanie oceny, że poza orzeczoną karą i środkami karnymi, należy dodać jeszcze kolejne elementy, których orzeczenia sąd karny nie uznał za celowe. Taka próba „poprawiania" przez strony orzeczeń sądu karnego nie znajduje uzasadnienia w treści omawianych przepisów i nie może zostać uznana za warunek skutecznego skorzystania z mechanizmu samooczyszczenia. Pomijając już fakt, że nie wykazano, aby dodatkowe sankcje, które odwołujący chciał nałożyć na pana G.C. posiadały jakiekolwiek uzasadnione podstawy, czy aby ten konkretny czyn miał rzeczywisty wpływ na sposób prowadzenia przez wykonawcę działalności.

Na podstawie materiału procesowego, w tym wyrok Sądu Rejonowego w Rybniku z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygn. akt III K 8/15 i wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 7 grudnia 2017 r. sygn. akt V Ka 380/17, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia wykonawcy Foxmet wraz z dowodem, w postaci postanowienia Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt VIII Kow 4561/19, są wystarczające i odpowiednie dla wykazania, że doszło do skutecznego self-cleaninigu wykonawcy. Skład orzekający zwraca także uwagę na brzmienie art. 77 § 1 k.k., zgodnie z którym skazanego na karę pozbawienia wolności sąd może warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary tylko wówczas, gdy jego postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa. Zatem w ocenie Izby w ustalonym stanie faktycznym rzeczone postanowienie jest wiarygodnym i wystarczającym dowodem, dla skutecznego wykazania, że wykonawca powziął środki zaradcze, aby przywrócić swoją rzetelność w zakresie zaistniałej podstawy wykluczenia go z przetargu.

Trudno także podzielić pogląd odwołującego o braku prawidłowego samooczyszczenia

wykonawcy Foxmet, ponieważ pan G.C. nie zadośćuczynił pokrzywdzonym, w sytuacji, kiedy przyznano na rozprawie, że nie podjęto żadnych kroków prawnych, aby jakiekolwiek zadośćuczynienie otrzymać. Nie wskazano także w odwołaniu na jakiej podstawie rzeczone zadośćuczynienie miałoby się opierać i ile wynosić, czy jakichkolwiek okoliczności, które pozwoliłyby Izbie ocenić zasadność takiego stwierdzenia. Ponadto, skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego, że należy uwzględnić, że czyn karalny nie jest w jakikolwiek sposób związany z przedmiotem przetargu. Izba zauważa także, że zgodnie z danymi ujawnionymi w odpisie KRS przystępującego Foxmet panu G.C. odwołano prokurę, a więc osoba, która podlegała wykluczeniu na kanwie art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a p.z.p. nie jest już prokurentem wykonawcy, co w ocenie Izby jednoznacznie wykazuje, że podjęto skuteczne kroki personalne w ramach mechanizmu środków konwalidacyjnych, aby nieprawidłowości nie powtórzyły się w przyszłości.

Konkludując, uwzględniając wagę i okoliczności podstawy do wykluczenia wykonawcy, skład rozpoznający spór stwierdził, że zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że przedstawiono wystarczające dowody dla uznania, że zastosowano adekwatne środki zaradcze do wykazania rzetelności przystępującego Foxmet, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej, zatem omawiany zarzut, jako nieposiadający uzasadnionych podstaw, został przez Izbę oddalony.

Skład orzekający wskazuje dalej, że z materiału dowodowego wynika, że osoba uprawniona do reprezentacji przystępującego Foxmet w dniu 6 września 2019 r. złożyła oświadczenie, iż spółka nie podlega wykluczeniu z przetargu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-22 p.z.p. Takie oświadczenie, w związku ze złożeniem w dniu 10 marca 2020 r. informacji z KRK dla pana G.C., jest oświadczeniem zawierającym błędy, a więc powinno zostać poprawione w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Tym niemniej takiego zarzutu odwołujący zamawiającemu nie postawił, nie miałby to także wpływu na prawidłowość wyniku przetargu. Odwołujący przypisywał czynnościom w postępowaniu, które były prowadzone zgodnie z obowiązkami zamawiającego narzuconymi na niego przez ustawę i adekwatnymi do treści wezwań odpowiedziami wykonawcy, narrację mającą rzekomo świadczyć o wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Takie spekulacje są co najmniej niezrozumiałe, odwołujący całkowicie pomija, że w trybie wynikającym z ustawy p.z.p., na wezwanie z dnia 6 marca 2020 r., przystępujący przedłożył informację z KRK pana G.C., z której zamawiający powziął wiedzę o karalności tej osoby. Zamawiający był więc świadomy popełnienia czynu karalnego przez pana G.C., co spowodowało przeprowadzenie postępowania self-cleaninigu. Wypada podkreślić, że wiedzę tą zamawiający powziął w postępowaniu od wykonawcy Foxmet i przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Umknęło uwadze strony, że zgodnie z uregulowaniami p.z.p. weryfikacja wykonawcy stanowi sformalizowany proces, który w postępowaniach poniżej progu unijnego, jak w rozpoznawanym sporze, rozpoczyna się poprzez złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Następnie dochodzi do sprawdzenia sytuacji podmiotowej wykonawcy za pomocą stosownych środków dowodowych, określonych w p.z.p. i aktach wykonawczych do ustawy. W toku badania oferty, po otrzymaniu tzw. oświadczenia wstępnego, dochodzi do właściwej oceny zdolności podmiotowej przedsiębiorcy. W tym momencie oświadczenia i środki dowodowe mogą być wyjaśniane, uzupełniane i poprawiane, zaś weryfikację podmiotową należy uznać za zakończoną w momencie wykluczenia danego wykonawcy z postępowania, czy wyboru oferty najkorzystniejszej. Zatem, w ocenie składu orzekającego, ocena czy zamawiający został wprowadzony przez wykonawcę w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.), czy że doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.) nie może pomijać całego toku procedury weryfikacji podmiotowej wykonawcy i opierać się wyłącznie na jednym, wybranym oświadczeniu.

Wprowadzenie w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym, lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Zamawiający w postępowaniu objętym sporem nie był w stanie błędu, posiadał od samego przystępującego wiedzę, że pan G.C. był karany. Zatem patrząc na całokształt okoliczności w postępowaniu, stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać, skoro przed dokonaniem wyboru oferty przystępującego jednostka zamawiająca posiadała wiedzę o skazaniu pana prokurenta, przeprowadziła postępowanie wyjaśniające w tym zakresie i uznała, że wykonawca Foxmet w sposób prawidłowo dokonał samooczyszczenia, a więc nie podlega wykluczeniu z przetargu. Nie można wybiórczo wskazać na jeden element całego procesu weryfikacji podmiotowej i w ten sposób usiłować podnosić, że przedstawiono informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, ale już zaświadczenie z KRK i procedurę self-cleaninigu pominąć. Jeżeli chce się podważyć wynik danego procesu, czyli tu badanie i ocenę oferty przystępującego Foxmet, które zakończyło się w momencie wyboru oferty tego wykonawcy, należy mieć na uwadze wszystko co się działo w postępowaniu, a nie tylko fakt złożenia

jednego oświadczenia. Zarzucane naruszenie prawa należy bowiem poddać weryfikacji przez pryzmat wszystkich okoliczności faktycznych, które składają się na wybór oferty, a nie ograniczyć się do wybranego oświadczenia, z całkowitym pominięciem istotnych czynności zamawiającego, niekorzystnych dla odwołującego. W ocenie Izby żadne okoliczności - czy to wynikające z materiału procesowego, czy wskazywane przez odwołującego - do takiej negatywnej oceny nie mogły doprowadzić. Nie wykazano bowiem, aby w ustalonym stanie rzeczy spełniła się chociażby pierwsza z przesłanek, niezbędnych do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16, czy pkt 17 p.z.p.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że także zarzut nr 2 z petitum odwołania, jako niepotwierdzony w ustalonym stanie rzeczy winien zostać oddalony. Ponadto, skład orzekający oddalił, powiązane z wyżej omówionymi zarzutami, zarzuty nr 1 i 4 z petitum odwołania, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p. oraz art. 24aa ust. 1 p.z.p. Zdaniem Izby zamawiający nie posiadał podstaw do wykluczenia przystępującego Foxmet z powodu skazania prokurenta spółki za przestępstwo z art. 288 § 1 k.k. i inne, bowiem doszło do skutecznego samooczyszczenia wykonawcy, a więc nie było również podstaw do odrzucenia jego oferty z przetargu. Jak również zamawiający w sposób właściwy dokonał oceny i badania oferty Foxmet, zatem nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 24aa ust. 1 p.z.p.

W ocenie Izby nie potwierdziły się również zarzuty nr 5 i 6 z petitum odwołania - naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust 1 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Foxmet, w sytuacji, w której wykonawca nie wykonał ciążącego na nim na podstawie art. 90 ust. 2 p.z.p. obowiązku i nie wykazał, iż jego oferta nie jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny, nie dochował staranności wymaganej od wykonawców w postępowaniu, nie złożył wyjaśnień w całym zakreślonym przez zamawiającego zakresie, a wyjaśnienia w zakresie, w którym zostały przedstawione, potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Foxmet, pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania.

Skład rozpoznający spór ustalił, iż zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przystępującego Foxmet, w wyniku której wykonawca złożył wyjaśnienia: z 27 września 2019 r., z 15 października 2019 r., z 19 lutego 2020 r. i z 26 marca 2020 r., do wyjaśnień dołączono dowody. Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, w korelacji z treścią wezwań do złożenia wyjaśnień, 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 i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Stanowisko odwołującego o ogólnych, lakonicznych wyjaśnieniach, bez udowodnienia realności zaoferowanej ceny przez jego konkurencję, nie znajduje oparcia w ustalonym stanie sprawy. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, złożone przez przystępującego Foxmet, zawierają szczegółowe, adekwatne odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, w tym jednoznacznie i kompletnie odpowiadają na treść poszczególnych wezwań do wyjaśnień. Izba stwierdziła, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że wykonawca rzetelnie skalkulował cenę, w oparciu o szczególne, indywidualne uwarunkowania, które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi, wobec czego uczyniono zadość obowiązkowi określonemu w art. 90 ust. 2 p.z.p.

Izba wskazuje dalej, że wyjaśnieniom przystępującego Foxmet odwołujący zarzucił brak okoliczności i dowodów na sprzyjające i dostępne jedynie dla tego wykonawcy warunki wykonania zamówienia, które nie są jednocześnie dostępne pozostałym wykonawcom, działającym na tym samym rynku. Zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy. W pierwszych wyjaśnieniach kalkulacji ceny z dnia 27 września 2019 r. wykonawca szczegółowo opisał indywidualne warunki, które pozwoliły mu na zaoferowanie konkurencyjnej ceny. Wskazano na posiadanie specjalistycznej kadry, własnego sprzętu do wykonywania głównego zakresu zamówienia, jakim są prace porządkowe i rozbiórkowe (koparki gąsienicowe, koparko-ładowarki, urządzenia wielofunkcyjne i pozostałe maszyny budowlane, ręczny sprzęt wyburzeniowy i spawalniczy, osprzęt do maszyn - łyżki różnych rozmiarów, młoty wyburzeniowe, nożyce do kruszenia żelbetu). Wykonawca wyjaśniał, że sprzęt jest nowoczesny i ekonomiczny. Ponadto, wykonawca Foxmet wskazywał na posiadaną flotę aut samowyładowczych oraz przystosowanych do przewozu gruzu i innych odpadów z prac rozbiórkowych, posiadany zestaw samozaładowczy i niskopodwoziowy. Argumentowano o braku potrzeby wynajmowania zewnętrznej firmy do transportu materiałów budowlanych i gruzu, czy transportu maszyn do miejsca wykonywania robót, uwiarygodniając tym samym

obliczone koszty. Wykonawca podnosił także, iż przyjął rozwiązanie ponownego użycia całości lub części materiałów pochodzących z rozbiórki, a także wskazywał na swoje doświadczenie w realizacji robót, będących przedmiotem przetargu. Do wyjaśnień dołączono dowody. W tym zakresie odwołujący zarzucił, że faktura z dnia 23 września 2019 r. nr MAG/2234/2019 dotycząca sprzedaży oleju napędowego nie jest wystawiona na przystępującego Foxmet. Zostało to także zauważone w toku przetargu i z wyjaśnieniami z dnia 19 lutego 2020 r. przystępujący złożył jako dowód fakturę na olej napędowy na nabywcę Foxmet Sp. z o.o. Sp. K. w Czerwionce-Leszczynach.

W tym miejscu należy zauważyć, 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. Nie jest możliwe skonstruowanie skutecznego zarzutu w oparciu jedynie o subiektywne przekonanie strony co do rzeczywistości - Krajowa Izba Odwoławcza orzeka bowiem na podstawie dowodów, nie zaś twierdzeń, a tym bardziej przekonania stron. Ponieważ przystępujący Foxmet obszernie i rzeczowo wykazał zasadność dokonanej kalkulacji, a odwołujący ograniczył się nawet nie do twierdzeń, a wyrażenia swojego subiektywnego przekonania o nierzetelności tej kalkulacji, nie było żadnych podstaw, aby te wiarygodne kalkulacje zakwestionować. Innymi słowy, nie wystarczy samo podniesienie, że w ocenie odwołującego okoliczności wskazane w wyjaśnieniach są niewystarczające dla zaoferowania ceny na poziomie przystępującego, czy że zdaniem odwołującego wyliczenia są nierzetelne lub niepoparte dowodami. Odwołujący pozostawił swoje stanowisko w sferze ogólnych rozważań, bez próby konkretyzacji możliwych kosztów wykonania zamówienia, bądź wykazania, ile takie koszty mogłyby potencjalnie wynosić, chociażby w dalekim przybliżeniu. Brak jest wskazania w odwołaniu w uchwytnej, kwantyfikowalnej formie co dokładnie i o ile zostało w cenie ofertowej przystępującego Foxmet zaniżone.

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 szczegółowo wyjaśniania. Odwołujący przy tym zapomniał, że udzielając wyjaśnień przystępujący Foxmet 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 co do 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 kalkulacje przystępującego. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w niniejszym 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 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską.

Izba wskazuje dalej, że w zakresie twierdzenia odwołującego o braku wykazania kosztów utylizacji gruzu, na kanwie materiału procesowego ustalono, iż w kosztach przedstawionych w tabelach nr 1 (poz. 4), nr 2 (poz. 8), nr 3 (poz. 8), nr 4 (poz.6), nr 5 (poz. 8), nr 6 (poz. 8) i nr 7 (poz. 8) został zawarty koszt transportu gruzu (vide wyjaśnienia z dnia 27 września 2019 r.). Odwołujący nie podważał przyjętej tam wyceny, jedynie zarzucono, iż wytworzony w trakcie rozbiórki gruz przystępujący zamierza przekazywać ZRB Kamil Sp. z o.o. w Katowicach (dalej zwanego jako „ZRB"), który nie posiada decyzji środowiskowych związanych z przetwarzaniem gruzu, czy pozwolenia na składowanie gruzu. W odwołaniu pominięto, że okoliczność ta została wyjaśniana przez zamawiającego w toku

przetargu.

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 26 marca 2020 r. przystępujący wskazał, że posiada możliwość nieodpłatnego przekazania do ponownego użycia podmiotom trzecim gruzu, powstałego w ramach realizacji zamówienia, zaś oświadczenie ZRB wskazano jako przykładowy, niewyłączony podmiot, któremu wykonawca może ewentualnie przekazać gruz. Wykonawca zaznaczał, że współpracuje z wieloma innymi podmiotami, w tym zawodowo zajmującymi się przetwarzaniem odpadów. Izba zauważa dalej, że stanowisko to posiada odzwierciedlenie w pkt 4 str. 2 wyjaśnień z dnia 27 września 2019 r. Natomiast w zakresie oświadczenia ZRB zostało ono wycofane z katalogu dowodów, zgodnie z wyjaśnieniami przystępującego - po tym jak z informacji pozyskanych w dniu 10 marca 2020 r. na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 411/20, KIO 412/20, KIO 413/20 i KIO 450/20 powzięto wiedzę, że ZRB nie posiada stosownych uprawnień. Odwołujący nie zdecydował się na postawienie zarzutów w tym zakresie, zarzucono naruszenie prawa przez zamawiającego, tak jakby sytuacja dotycząca przedsiębiorcy ZRB nie była badana i wyjaśniana, zatem sama przyjęta forma postawienia zarzutu powoduje, że nie mógł on zostać przez Izbę uwzględniony. Wykonawca odwołujący podnosił także, iż przystępujący powinien sprawdzić przedsiębiorcę w ogólnodostępnej bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (bazie danych odpadowych), tym niemniej jak wskazał zamawiający baza ta jest dostępna od lutego 2020 r., a więc na wcześniejszym etapie nie było to możliwe.

Odwołujący zarzucił również wyjaśnieniom przystępującego brak informacji o ilości sprzętu, terminie realizacji zadania i ilości personelu do rozbiórki. Zgodnie z dokumentacją postępowania termin realizacji zadania został narzucony przez zamawiającego, zatem zarzucanie braku informacji w tym zakresie jest niezrozumiałe. Odwołujący nie podnosił także, aby przystępujący nie był zdolny do wykonania zamówienia w określonym terminie. Natomiast w zakresie sprzętu i kadry, należy podzielić argumentację zamawiającego, że dokumentacja przetargu nie zawiera obostrzeń dotyczących technologii i sposobu likwidacji obiektów budowlanych. Wykonawcy, jako profesjonaliści, winni samodzielnie dobrać rodzaj i typ sprzętu, w oparciu o projekty likwidacji obiektów budowlanych. Odwołujący nie wskazał również jaki w jego ocenie sprzęt oraz ilość personelu byłaby prawidłowa, na przykład w oparciu o własne założenia do sporządzenia oferty. Zarzut w tym zakresie jest merytorycznie pusty i tak sformułowany nie mógł prowadzić do podważenia oceny wyjaśnień, dokonanej przez zamawiającego.

Dalej skład orzekający stwierdził, że nie znalazły potwierdzenia w dokumentacji postępowania twierdzenia odwołującego, iż brakuje pozycji cenowych dotyczących zasypywania wykopów, mechanicznego plantowania terenu, nawiezienia ziemi. Odwołujący pominął, że zamawiający wyjaśniał również tą okoliczność w przetargu i wezwaniem z dnia 17 lutego 2020 r. zapytał przystępującego Foxmet, w których pozycjach kalkulacji uwzględniono rzeczone koszty. Pismem z dnia 19 lutego 2020 r. przystępujący wyjaśnił, gdzie je zawarto, więc trudno uchwycić tutaj jakikolwiek błąd w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny. Przy tym nie podjęto w odwołaniu nawet próby podważenia, że koszty te nie zostały zawarte we wskazanych pozycjach, czy że są zaniżone.

Następnie Izba wskazuje, że odwołujący zarzucił wyjaśnieniom ceny zaniżony koszt wywozu papy oraz szkła porozbiórkowego, tym niemniej zabrakło jakiejkolwiek argumentacji merytorycznej o ile jest to zaniżone, czy ile wynosi realny koszt wywozu papy i szkła według wiedzy wykonawcy odwołującego. Odwołujący postawił tezę o zaniżeniu rzeczonego kosztu i pozostawił swoje stanowisko jako gołosłowne przekonanie strony, bez jakiegokolwiek uzasadnienia, które mogłoby podważyć ocenę wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego.

Podniesiono także, iż Przedsiębiorstwo Składowania i Utylizacji Odpadów w Gliwicach (którego cennik, jako dowód do wyjaśnień, załączył przystępujący Foxmet) ma obecnie wyczerpane limity i nie przyjmie odpadów powstałych z wykonania zamówienia. Jednakże odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na podnoszoną okoliczność, a dodatkowo zamawiający wyjaśnił, iż z jego wiedzy wynika, że rzeczony limit jest ustalany indywidualnie dla każdej firmy, a więc nie mógł zostać wyczerpany.

Ponadto, w zakresie kosztów pracowniczych, skład orzekający stwierdził, że nie znalazły uzasadnienia w materiale procesowym założenia odwołującego o braku adekwatnej odpowiedzi na pytania w zakresie kosztów pracy. Koszt ten, zgodnie z pierwszymi wyjaśnieniami wynosi 16,00 zł netto za godzinę i został wliczony w cenę, co ma odzwierciedlenie w szczegółowych tabelach cenowych. Dodatkowo, w replice na odpowiedź na odwołanie odwołujący podnosił, że winien być on skalkulowany w wysokości 22,34 zł, a więc cena oferty została zaniżona.

Po pierwsze, skład orzekający przypomina, że postępowanie odwoławcze opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie przez Krajową Izbą Odwoławczą jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem, a czynności stron i uczestników postępowania, powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz

czasie. To we wniesionym środku zaskarżenia należy przytoczyć wszystkie okoliczności faktyczne i prawne, które stanowią podstawę do zarzucania naruszenia prawa przez zamawiającego (art. 180 ust. 3 p.z.p.), zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem a contrario musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte. Natomiast po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i podnoszenie dodatkowych, nowych okoliczności, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej.

Po drugie, na marginesie Izba zauważa, że całość kalkulacji szczegółowej jest w kwotach netto, tak samo stawka za roboczogodzinę, która jest znacząco wyższa, niż wymagana przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, poza tym brak jest podstaw do stwierdzenia, że koszty pracodawcy nie zostały zawarte w cenie oferty. Odwołujący ponownie stwierdził, że koszt jest wadliwie policzony i na tym poprzestał, kiedy ani wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, ani stanowisko odwołującego, nie dają podstaw do uznania, że cena przystępującego nie zawiera kosztów pracodawcy. Ponadto, w przedmiocie dowodu złożonego przez odwołującego w postaci wydruku ze strony internetowej dotyczącego wysokości kosztów pracodawcy dla kwoty 16,00 zł netto, Izba wskazuje, że okoliczność wysokości kosztu pracodawcy dla tej kwoty nie była sporna, zaś sam dowód jest nieprzydatny dla wykazania naruszenia prawa przez zamawiającego.

W konsekwencji powyższego Izba stanęła 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. Postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone prawidłowo, wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdziły konkurencyjny i realny charakter ceny zaoferowanej przez przystępującego Foxmet, więc zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia jego oferty. Zatem zarzuty postawione w pkt 5 i 6 petitum odwołania, jako bezpodstawne zostały przez Izbę oddalone.

Skład orzekający wskazuje dalej, że nie mógł zostać również uwzględniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 7 z petitum odwołania), bowiem powiązany z pozostałymi, oddalonymi przez Izbę zarzutami, zarzut ten został niepotwierdzony w ustalonym stanie sprawy. Nie wykazano, żeby wybór oferty najkorzystniejszej był nieprawidłowy, czy aby doszło do naruszenia naczelnych zasad p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza pominęła dowody w postaci: wniosku o zmianę danych w rejestrze przedsiębiorców, oświadczenia M.C., potwierdzenia wykonania operacji, zarządzenia Sądu Rejonowego w Gliwicach, zawiadomienia o wszczęciu i postanowienia o umorzeniu śledztwa, oświadczenia Jarub Sp.J. w Orzeszach, decyzji Marszałka Województwa Śląskiego, oferty Komart Sp. z o.o. w Knurowie, referencji, zawiadomienia o przestępstwie i skargi do Prezesa UODO, złożone przez przystępującego Foxmet. Rzeczone dokumenty nie stanowiły podstawy do dokonywania przez zamawiającego czynności w przetargu, zatem dowody te są spóźnione i składane w istocie całkowicie poza materią sporu, którą jest ocena prawidłowości czynności zamawiającego w postępowaniu, a więc przedmiotowe dokumenty pozostają poza spektrum przedmiotu rozpoznania.

Natomiast dowody złożone przez zamawiającego i odwołującego w znaczącej części się duplikowały, zaś te, które stanowiły dokumentację postępowania, już się ex lege znajdował w aktach sprawy (vide § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm.)).

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

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 - obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które zgodnie z § 3 pkt 1 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) złożył się uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....