

WYROK
z dnia 22 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2021 r. przez Odwołującego – **MIXBUD KONTRAKTY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Szyb Walenty 18, 41-700 Ruda Śląska w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Chorzów, Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie**, ul. Bałtyckich 8a, 41-500 Chorzów

przy udziale

Wykonawcy **ZRD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Radzionkowie, ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1) Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – MIXBUD KONTRAKTY Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do § 80 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 525/21

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie na *bieżące utrzymanie nawierzchni jezdni na terenie miasta Chorzowa obejmujące dzielnice: Zad. 1 Chorzów Centrum, Chorzów Batory, Zad. 2 Chorzów Stary, Maciejkowice i Chorzów I* (nr postępowania: DU/TW/7042/200/000/20), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 grudnia 2020 r., nr 772215-N-2020, wobec czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (ZRD Sp. z o.o. sp.k.), wniesione zostało w dniu 16 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Mixbud Kontrakty Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (sygn. akt KIO 525/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie wykluczenia ZRD z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia ZRD z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia ZRD z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego;
- 4) art. 91 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ZRD, która nie powinna być wybrana jako najkorzystniejsza oraz poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty ZRD z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
- 5) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie uznania za bezskuteczne – mimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez ZRD w dniu 29 stycznia 2021 r., a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tych wyjaśnień;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZRD, pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży towarów oraz usług stanowiących przedmiot zamówienia poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności w części II postępowania z dnia 11 lutego 2021 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty ZRD, wykluczenie ZRD z postępowania, odrzucenie oferty ZRD, ewentualnie ujawnienie całości wyjaśnień dotyczących ceny i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazał na oświadczenia wstępne wykonawcy z załącznika nr 9 do siwz o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1-8 Pzp oraz braku przesłanek wykluczenia, które umożliwiają podjęcie procedury samoczystyszczenia (art. 24 ust.8 Pzp).

Zamawiający określając formę załącznika nr 9 przewidział wprost, iż podstawy wykluczenia winny być podane przez wykonawcę w treści tego załącznika, podobnie jak wyjaśnienia dotyczące podjętych środków naprawczych. Wzrost znaczenia oświadczeń wiedzy wykonawców wymaga większej staranności przy weryfikacji prawdziwości danych, jak również nakłada wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez wykonawców danych.

Podstawy wykluczenia wykonawcy ZRD były przedmiotem badania w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, które zakończyło się wydaniem wyroku z 26.11.2020 r. (sygn. akt KIO 2918/20), w którym wskazano podstawy do wykluczenia wynikające z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp wobec odstąpienia przez Gminę Sosnowiec od umów w sprawie wykonania zamówienia publicznego. Izba wskazała na ustawowy obowiązek poinformowania zamawiającego w JEDZ o fakcie rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, niezależnie od ocenyprawnej skuteczności rozwiązania/odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Brak ujawnienia informacji należy uznać za ich zatajenie, co miało istotny wpływ na czynności zamawiającego, bowiem skutkowało wyborem oferty ZRD jako najkorzystniejszej. Prowadziło to do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.

Odwołujący przeniósł wnioski jakie zostały przez Izbę przedstawione w odniesieniu do sposobu wypełnienia JEDZ na oświadczenie wykonawcy składane na odrębnym wzorze, jako równoważne i służące wstępnemu potwierdzeniu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3 Pzp. Zatem do braków właściwych i prawdziwych informacji w oświadczeniu wstępnym wykonawcy należy zastosować interpretację przyjętą przez KIO dla oświadczenia w formie JEDZ.

Na tej podstawie Odwołujący wywiódł, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12), nadto w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu (art. 24 ust. 1 pkt 16), ewentualnie że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 24 ust. 1 pkt 17).

Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.08.2019 r., sygn. akt XXIII Ga 469/19, w którym sąd ocenił brak podania informacji w JEDZ o rozwiązaniu umowy przed czasem, jako świadome. Jednocześnie sąd wskazał na możliwość obrony przed negatywnym skutkiem dla wykonawcy przez wskazanie na wdanie się w spór, szczegółowe opisanie stanu sprawy sądowej, aby zamawiający miał możliwość dokonania oceny czy rzeczywiście brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy.

W uzasadnieniu zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 i art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący odniósł się do wyjaśnień z 29.01.2021 r. dotyczących ceny, które wykonawca ZRD składał na wezwanie Zamawiającego. Wyjaśnienia te należało ocenić jako lakoniczne i ogólnikowe. Wykonawca dodatkowo powołał się na tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie dołączonych ofert/oświadczeń dostawców, faktur oraz kalkulacji cenowych, co miało uzasadniać brak ujęcia w wyjaśnieniach szczegółowych wysokości kosztów poszczególnych elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący zakwestionował uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponieważ Odwołujący powinien móc zapoznać się z wyjaśnieniami, aby móc wskazać na ewentualne podstawy do odrzucenia oferty ZRD na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, zarzut zaniechania odrzucenia oferty ZRD Odwołujący sformułował jako zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego ZRD usiłuje dokonać sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje zaniżone ceny, które nie obejmują wszystkich wymaganych kosztów dostawy i usługi. Działanie te podejmowane są w celu eliminacji z rynku lokalnego innych przedsiębiorców (konkurentów). Oferta powinna być z tego powodu odrzucona, bowiem jako całość stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k.

Odwołujący wskazał na braki w uzasadnieniu utajnienia wyjaśnień, które czynią nieskutecznym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie została wykazana wartość gospodarcza utajnionej kalkulacji, jak również wykonawca nie wyjaśnił, w jaki sposób ujawnienie cen doprowadzi do utraty zamówienia, utraty pozycji na rynku, czyli jaki jest związek przyczynowo-skutkowy między ujawnieniem cen, a utratą pozycji rynkowej lub w jaki sposób inni wykonawcy mogliby nakłaniać dostawców do rezygnacji ze współpracy z ZRD, jak też nie wyjaśnia, co powoduje, że informacje w zakresie ceny zakupu oraz danych sprzętu mają wartość gospodarczą. Uzasadnienie zawiera jedynie oświadczenia i deklaracje w zakresie zachowania w poufności informacji.

Zamawiający w piśmie z 4 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Argumenty Odwołującego dotyczące oświadczenia wstępnego zdaniem Zamawiającego nie są przekonujące w szczególności przywołane orzeczenie KIO 2918/20, które dotyczy oświadczeń składanych na formularzu JEDZ. W postępowaniu wykonawca złożył oświadczenie w załącznikach nr 8 i 9 wraz z ofertą, do której załączone zostało odrębne pismo datowane na 18.01.2021 r., w treści którego wykonawca nie tylko poinformował o fakcie odstąpienia przez Zamawiającego – Miasto Sosnowiec od umów zawartych 3.07.2017 r., jak również wyjaśnił dlaczego, pomimo zaistnienia tej sytuacji, nie uważa że występują wobec niego fakultatywne przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wyjaśnił dlaczego mimo faktu odstąpienia od umów przez innego zamawiającego, złożył w postępowaniu oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23, jak również na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1-8 pzp. Zamawiający nie został zatem wprowadzony w błąd.

Ponieważ przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp jest fakultatywna, nawet jej wystąpienie nie determinuje po stronie Zamawiającego konieczności wykluczenia z postępowania. Niezależnie od powyższego, Zamawiający nie mógł w

sposób jednoznaczny stwierdzić, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowaniu. Zarówno w chwili złożenia oświadczenia przez Zamawiającego, jak również w chwili dokonania wyboru jego oferty nie można stwierdzić, że rozwiązanie umowy było skuteczne. Zamawiający nie uznał się za kompetentny do badania tej kwestii, a decyzję podjął ze świadomością zaistniałej sytuacji.

Zamawiający kierował się również swoją wiedzą co do rzetelności wykonawcy, z którym współpracował w okresie od sierpnia 2012 r. do końca grudnia 2016 r., a ewentualne rozwiązanie umowy nie podważyło zaufania do wykonawcy.

W odniesieniu do wyjaśnień w zakresie ceny z 29.01.2021 r. Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia, jak i załączone do pisma dowody nie potwierdziły, żeby zaoferowana została rażąco niska cena. Zamawiający uwzględnił wnioski dotyczące dużej różnicy ceny do wartości szacunkowej, jako niewystarczającej dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Wykonawca wskazał na źródła oszczędności przez zakupie materiałów niezbędnych do realizacji umowy oraz paliwa, związane ze stałą współpracą z dostawcami co pozostaje w bezpośrednim związku z faktem, że wykonawca specjalizuje się w realizacji zadań podobnych do przedmiotu Postępowania. Zamawiający uwzględnił okoliczności dotyczące własnego sprzętu, zatrudnionego pracownika (mechanika), jako mające przełożenie na koszty eksploatacji i utrzymania sprzętu szacowane na kwotę 68.877,50 zł., a także oszczędności, na jakie pozwala własna baza logistyczno-biurowa na poziomie 240.000,00 zł.

Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień w ramach swobodnej oceny, do czego był uprawniony i uznał wyjaśnienia za wystarczające dla wykazania, że przedstawione ceny nie są rażąco niskie.

Zamawiający wskazał przykład wyjaśnień tego wykonawcy, które uznał w innym postępowaniu za niewystarczające, co doprowadziło wówczas do odrzucenia oferty.

Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne w odniesieniu do dokumentów wskazujących indywidualne ustalenia cenowe z poszczególnymi kontrahentami, będące wielokrotnie efektem długotrwałej współpracy, czy też negocjacji. Nie budziło wątpliwości wartość gospodarza informacji o cenach poszczególnych materiałów i surowców, stanowiących wynik indywidualnych ustaleń pomiędzy przedsiębiorcami. Oferty handlowe zostały opatrzone stosownymi klauzulami, co wyczerpuje działania podjęte w celu utrzymania w poufności.

Jako nieuprawnione Zamawiający ocenił twierdzenie o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji i wniósł o oddalenie w całości odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca ZRD Sp. z o.o. sp.k.

Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do zarzutów i twierdzeń Odwołującego.

W odniesieniu do oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz powołanego w odwołaniu wyroku KIO w sprawie 2918/20 zapadłego w innym postępowaniu wskazał na brak podstaw do przenoszenia wniosków prezentowanych w wyroku do stanu sprawy, który nie dotyczy oświadczenia składanego w JEDZ. Wraz z oświadczeniem o brak podstaw do wykluczenia wykonawca złożył w ofercie pismo, w którym informował Zamawiającego o fakcie odstąpienia przez Gminę Sosnowiec od wcześniejszych umów oraz o okolicznościach tej sprawy. Kierując się wydanym wyrokiem, jak również dochowując należytej staranności przedstawił Zamawiającemu wszelkie informacje, które pozwalają na ocenę zaistniałej sytuacji. Jest to stan odmienny, niż ten w jakim zapadł wyrok, gdyż to brak wiedzy o istnieniu sytuacji odstąpienia od wcześniejszych umów prowadził do stwierdzenia wystąpienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Stan, w jakim doszło do odstąpienia przez Gminę Sosnowiec od umowy nie wyczerpuje przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp. W przypadku wątpliwości Zamawiający mógł wystąpić o wyjaśnienia, co nie miało miejsca. Ponadto, należałoby rozważyć wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu lub wezwanie w ramach procedury samooczyszczenia. Takich kroków nie podjęto, co potwierdza, iż Zamawiający nie miał wątpliwości przy ocenie dokumentów i nie stwierdził podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Wprowadzenie w błąd, które prowadzić może do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, mogłoby nastąpić przez przedstawienie informacji nieprawdziwych, albo zmanipulowanie faktów czy informacji, które wpłyną na ocenę podstaw do wykluczenia z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Podstawą wykluczenia jest również zatajenie informacji lub sytuacja, w której wykonawca nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Żadna z tych sytuacji nie miała miejsca.

W odniesieniu do ceny oferty w formularzu cenowym ujęte zostały 54 pozycje robót, dla których wykonawca określił ceny jednostkowe mające charakter ryczałtowy. Przyjmując szacunkową ilość jednostek miary w ofercie wskazano cenę brutto oferty. W wezwaniu do wyjaśnienia ceny Zamawiający nie skonkretyzował swojego żądania do jakiegokolwiek z cen jednostkowych zawartych w formularzu cenowym. W wyjaśnieniach Przystępujący wskazał na dostępne mu sprzyjające okoliczności, które pozwoliły na skalkulowanie cen na zaoferowanym poziomie podając jednocześnie ich konkretny wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty (15% z tytułu posiadanych upustów i rabatów, 5% z tytułu samodzielnego serwisowania sprzętu) podał wartość przyjętych do kalkulacji czynników cenotwórczych (kosztów pośrednich) na poziomie 30% stawki roboczegodziny na poziomie 20,00 zł brutto i 5% zysku. Do wyjaśnień załączył dowody w postaci dodatkowych referencji, wykazu sprzętu i wykazu osób kierowanych do realizacji zamówienia na potwierdzenie doświadczenia oraz zasobów potwierdzających know-how gwarantujących sprawne logistyczne wykonywanie zadań. Przedłożył również kalkulację wszystkich cen jednostkowych oraz faktury zakupowe, oferty i oświadczenia potwierdzające dane cenowe najistotniejszych elementów uwidoczniionych w przedłożonej kalkulacji: cen mieszanki mineralno-bitumicznej, wpustów/włazów ulicznych, mieszanki betonowej, tłuczni dolomitowego, galanterii betonowej, taśm bitumicznych, emulsji asfaltowej oraz masy asfaltowej zalewowej. Nieuprawnione jest zatem twierdzenie, że złożone wyjaśnienia były ogólnikowe, lakoniczne, niepełne, nierzetelne lub nie odpowiadające żądaniu Zamawiającego. Na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania zasadności podniesionego zarzutu. Odwołujący nie skonkretyzował żadnego elementu oferty, co do którego wywodzi zarzut. Nie przedstawił również jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego, poza tezą ogólnikowości wyjaśnień. Miał dostęp do formularza cenowego i w oparciu o ceny jednostkowe mógł sformułować konkretne zastrzeżenia wobec rynkowości każdej z nich.

Składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa załączonych do pisma ofert/oświadczeń dostawców, faktur zakupowych oraz kalkulacji cenowej, wskazując na ich wartość gospodarczą i handlową, której ujawnienie mogłoby spowodować negatywne skutki dla konkurencyjności ofert rynkowych Przystępującego.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, aby Przystępujący jakimkolwiek swoim działaniem zmierzał do eliminacji innych podmiotów z rynku, zatem zarzut jest całkowicie bezpodstawny.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 nowej Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie ma na celu uchylenie skutków decyzji Zamawiającego, które pozbawiają zamówienia Odwołującego. W konsekwencji powyższego, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznać mógł uszczerbku, gdyby potwierdziły się zarzuty wobec Zamawiającego. Składając ważną ofertę (drugą ze złożonych w przetargu), Odwołujący posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które ostatecznie pozbawiały go szansy na uzyskanie zamówienia w ramach obecnej procedury przetargowej.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów związanych z badaniem i oceną oferty ZRD Sp. z o.o. sp. k. na część 2 zamówienia: Zad. 2 Chorzów Stary, Maciejkowice i Chorzów II

W ofercie ZRD Sp. z o.o. sp. k. złożył na podstawie art. 25a ust. 1 Ustawy oświadczenie w załączniku nr 9 do siwz w którym wskazał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1-8 Ustawy Pzp.

Dodatkowo w ofercie złożył pismo z 18.01.2021 r., w którym informował Zamawiającego o okolicznościach dotyczących odstąpienia od umów w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego – Gminę Sosnowiec, w związku z fakultatywną przesłanką określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Wykonawca wskazał na przyczyny, z jakich doszło do odstąpienia od umów, które rzekomo miały obciążać odpowiedzialnością wykonawcę, co było podstawą naliczenia kar umownych. Jednocześnie wykonawca ocenił działania zamawiającego, jako nieuprawnione i bezpodstawne, a w związku z tym wskazał, iż nie zachodzą przesłanki do wykluczenia go z obecnego postępowania. W piśmie prezentowane są szczegóły związane z przebiegiem inwestycji, która została w całości zrealizowana (odebrano ścieżki rowerowe, które są użytkowane), ale wykonawca nie otrzymał całości wynagrodzenia.

Ponieważ informacje zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący nie otrzymał tego pisma i nie miał wiedzy składając odwołanie o rzeczywistym zakresie informacji zawartych w ofercie.

Zamawiający w ramach badania ofert wzywał wykonawców (w tym również Odwołującego) do wyjaśnienia ceny oferty, formułując identyczne wezwania z 22.01.2021 r., w których jako przyczynę wątpliwości wskazał na różnicę cen w stosunku do wartości zamówienia - poniżej 30%).

ZRD Sp. z o.o. sp. k. złożył w piśmie z 29.01.2021 r. wyjaśnienia wraz z dowodami, które zostały w części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. dowody zakupu materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, szczegółowa kalkulacja każdej z cen jednostkowych formularza cenowego.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż odwołanie w całości podlega oddaleniu.

Zarzuty w odwołaniu wywiedzione zostały w oparciu o dwie okoliczności, które miały uzasadniać wykluczenie wykonawcy ZRD Sp. z o.o. sp. k. i odrzucenia jego oferty.

W odniesieniu do podstawy wykluczenia Odwołujący wskazał na wypełnienie przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy, co powiązane zostało z oświadczeniem wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w odniesieniu do fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy. Wstępne oświadczenie wykonawcy z załącznika nr 9 do siwz miało wprowadzać Zamawiającego w błąd co do braku wystąpienia sytuacji odstąpienia od umów przez innego zamawiającego. Ponieważ w sprawie umów, które zostały rozwiązane w drodze odstąpienia przez Gminę Sosnowiec wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 26.11.2020 r., sygn. akt KIO 2918/20, Odwołujący uznał jako rozstrzygające o sytuacji wykonawcy wskazanie Izby, iż brak podania stosownej informacji w formularzu JEDZ stanowi o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, co powinno prowadzić do wykluczenia z postępowania.

Przedstawiony przez Odwołującego stan faktyczny nie uwzględniał pełnej informacji o oświadczeniach złożonych Zamawiającemu w ofercie. Odwołujący nie zapoznał się z pismem wykonawcy załączonym do oferty, datowanym na 18.01.2021 r., zawierającym pełen opis stanu dotyczącego umów zawartych z Gminą Sosnowiec, co było spowodowane nałożoną przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Pomimo powzięcia wiedzy przed rozprawą o zakresie informacji zawartych w piśmie, Odwołujący podtrzymał zarzut wskazując jednocześnie na sprzeczność złożonych oświadczeń, która uzasadnia stwierdzenie wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż wykonawca powinien był w załączniku nr 9 wskazać, iż zachodzi fakultatywna podstawa do wykluczenia i ewentualnie wszcząć procedurę samooczyszczenia.

Oddalając zarzut Izba uznała, iż nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż wykonawca w sposób szczegółowy przedstawił stan faktyczny dotyczący rozwiązanych umów, który w jego ocenie nie wypełniał przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Wydany w innym postępowaniu wyrok KIO nie mógł mieć przełożenia na aktualny stan sprawy z uwagi na inne okoliczności faktyczne. Odwołujący wskazując na brak informacji o wypowiedzeniu umów nie miał wiedzy o pełnej informacji, jaka prezentowana była w ofercie w piśmie zastrzeżonym do wiedzy Zamawiającego. Faktycznie stan sprawy był odmienny od tego, jaki Odwołujący wskazał w podstawie zarzut, co czyniło zarzut nieskutecznym. Izba nie przychyliła się do argumentu jakoby treść oświadczeń w ofercie była ze sobą sprzeczna i przez

to wprowadzała Zamawiającego w błąd. Wykonawca w sposób spójny prezentował informacje, wskazując na brak podstaw do uznania, że sytuacja dotycząca zrealizowanych umów wypełnia przesłankę fakultatywną z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy. W załączniku nr 9 do siwz wykonawca wprost oświadczył, iż nie zachodzi w stosunku do niego podstaw do wykluczenia. Natomiast w piśmie z 18.01.2021 r. poza wskazaniem na okoliczności związane z odstąpieniem od umów również ocenił działania zamawiającego jako bezpodstawne oraz nieuzasadnione, w związku z czym nie mogły zachodzić przesłanki do wykluczenia z postępowania. Odnosząc się natomiast do przywołanego w odwołaniu wyroku Izby, należy zauważyć, iż w wyroku tym nie przesądzono o odpowiedzialności wykonawcy za wypowiedzenie umów, a głównym motywem rozstrzygnięcia w przedmiocie podstawy do wykluczenia z postępowania było stwierdzenie, iż w JEDZ wykonawca nie podał informacji o odstąpieniu od wcześniejszych umów, co prowadziło do wypełnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy. Tym samym nie można przenosić wniosków prezentowanych w wyroku do stanu sprawy, w którym Zamawiający miał pełną informację o stanie, który doprowadził do wypowiedzenia umów i na tej podstawie miał możliwość oceny, czy zachodziła podstawa do wykluczenia z postępowania. Odwołujący kwestionował czynność Zamawiającego wywodząc negatywne skutki z rzekomego braku podania prawdziwej informacji wypowiedzeniu umów. Ustalenia poczynione na podstawie dokumentów wskazują na stan odmienny, od prezentowanego w podstawie zarzutu. Izba nie dokonała oceny stanu związanego z wypowiedzeniem umów, gdyż zarzutem w odwołaniu nie było wykazanie zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku ze spełnieniem przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawiał błędne wnioski co do zastosowania przesłanki fakultatywnej. Należy wyjaśnić, iż zastosowanie przesłanki fakultatywnej uzależnione jest od decyzji Zamawiającego ale tylko w takim zakresie, iż jej zastosowanie w przetargu uzależnione jest od takiego wskazania na etapie wszczęcia postępowania. Natomiast dokonując oceny podmiotowej wykonawców zamawiający, który przewidział przesłankę fakultatywną, nie może już odstąpić od jej stosowania, jeżeli ziszcza się przesłanki wskazujące na podstawę do wykluczenia z postępowania.

Pozostałe zarzuty Izba oddaliła uznając, iż wyjaśnienia w zakresie ceny oferty nie miały charakteru ogólnikowego, lakonicznego, a wykonawca wskazał okoliczności mające znaczenie dla kalkulacji cen jednostkowych. Odwołujący również w tym zakresie nie miał pełnej wiedzy, gdyż dowody załączone do wyjaśnień zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Co istotne, Odwołujący poza stwierdzeniem ogólnikowości wyjaśnień nie odniósł się do żadnej z cen jednostkowych wskazanych w formularzu cenowym, co czyniło zarzut blankietowym. Ponieważ ceny jednostkowe były od początku jawne Odwołujący miał możliwość chociaż wskazania, które z nich miałyby mieć charakter rażąco niski, na przeszkodzie czemu nie stało objęcie w części tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 Ustawy.

Co do zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny, wykonawca nałożył klauzulę poufności na część dokumentów, które wprost odnoszą się do cen materiałów, rabatów, jakie jest w stanie pozyskać na rynku, co stanowi o ich wartości gospodarczej. Nie ma potrzeby szerszego wykazywania powiązania pomiędzy źródłami zaopatrzonymi pozwalającymi po niższych cenach kupić materiały, a ich znaczeniem gospodarczym. Można pokusić się o stwierdzenie, iż jest to wiedza notoryjna dla każdego przedsiębiorcy konkurującego na rynku. Co istotne, sama informacja o materiałach, czy też szczegółowa kalkulacja cen jednostkowych, nie czyniła niemożliwym zakwestionowanie cen jednostkowych wskazanych w formularzu cenowym (54 pozycje), na podstawie których będą rozliczane prace zlecone wykonawcy. Brak aktywności Odwołującego w tym zakresie oznaczał, iż poza kwestiami związanymi z procedurą wyjaśnienia ceny (zasadnością zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), brak było podstaw do kwestionowania kalkulacji wykonawcy. Wykonawca miał możliwość odniesienia się do okoliczności opisanych w części jawnej wyjaśnień i uczynił to w odwołaniu, jednak jego argumentacja nie mogła przesądzić o ich lakoniczności, czy też wskazaniu na okoliczności, które nie mogą wyróżniać sytuacji danego przedsiębiorcy. Na rozprawie Przystępujący w sposób przekonujący podważał stanowisko Odwołującego wskazując na występujące różnice w pozycji podmiotu na ranku, na co wpływ mają okoliczności wskazane w wyjaśnieniach. Przede wszystkim zasoby sprzętowe pozwalają ograniczyć koszty, jakie wykonawca ponosiłby z tytułu dzierżawy/najmu urządzeń (Przystępujący posiada m.in. frezarki, skraparki, koparko-ładowarki, wywrotki, zamiatarki). Zatrudnienie na etacie serwisanta ogranicza znaczenie koszty, jakie ponosiłby wykonawca z tytułu korzystania z ekip serwisowych, których koszt roboczogodziny szacuje na poziomie 200/300 zł. plus koszty dojazdu. Posiadanie własnej bazy transportowo-sprzętowej generuje oszczędności na wynajmie placów, dzierżawie trenów i pozwalała składować materiał zakupiony w zakresie, w którym nie prowadzi się robót, a tym samym po niższej cenie wykorzystując optymalnie transport i pracowników. Kwestia posiadanych stacji paliwowych była omówiona w wyjaśnieniach i pozwala kupować hurtowo paliwo z hurtowni zaopatrującej cały Śląsk oddalonej o około kilometr od miejsca postawionych stacji paliwowych. W wyjaśnianych przedstawiono szczegółowo wyliczenie kosztów uwzględnionych cen przy założeniu minimalnego wynagrodzenia w wysokości 18,30 zł, co pozwalało Zamawiającemu ocenić wyjaśnienia jako szczegółowe/konkretne.

Przyjęcie strategii procesowej polegającej na samym zakwestionowaniu ceny nie było wystarczające i po stronie Odwołującego również spoczywał ciężar wykazania zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny. Jak wskazano powyżej, nałożenie klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa nie stało na przeszkodzie dla przedstawienia dowodów, które wskazywałyby na zaniżenie cen jednostkowych robót wskazanych w formularzu cenowym Przystępującego. Ponieważ wyjaśnienia wykonawcy były spójne, logiczne i rzeczowe, Izba uznała decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej za poprawną.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 10.000,00 zł.

Przewodniczący: