

Sygn. akt: KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21

WYROK

z dnia 19 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący
Anna Chudzik

Członkowie:
Renata Tubisz

Anna Wojciechowska

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) w dniu 15 października 2021 r. przez wykonawcę Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich (sygn. akt KIO 3055/21),
- 2) w dniu 18 października 2021 r. przez wykonawcę Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich (sygn. akt KIO 3061/21),
- 3) w dniu 29 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich, GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (sygn. akt KIO 3199/21),
- 4) w dniu 30 października 2021 r. przez wykonawcę Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich (sygn. akt KIO 3203/21),
- 5) w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawcę Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich (sygn. akt KIO 3226/21),

w postępowaniach prowadzonych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu,
przy udziale wykonawców:

- 1) Rotomat Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 3055/21 i KIO 3061/21,
- 2) ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3199/21,
- 3) B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ORFIX Zakład Usługowy B. O., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3203/21,
- 4) ALSA A.A. S. Sp. j. z siedzibą w Legnicy, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 3055/21

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II. Sygn. akt KIO 3061/21

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

III. Sygn. akt KIO 3199/21

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad

Oddział we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

IV. Sygn. akt KIO 3203/21

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1 800 zł 00 gr

(słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

V. Sygn. akt KIO 3226/21

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 3055/21

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we

Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Kłodzku w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 w podziale na zadania, Zadanie nr 2 Rejon w Kłodzku Obwód Drogowy w Bystrzycy Kłodzkiej. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 119-314577.

W dniu 15 października 2021 r. wykonawca Plus Inwest P. Ż. Sp. j. wniósł odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 111 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez błędną wykładnię i błędne zastosowanie w sytuacji, gdy zdarzenie będące podstawą wykluczenia zaistniało wcześniej niż 12 miesięcy od daty wykluczenia, zatem Odwołujący się nie przedstawił informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w niniejszym postępowaniu i jego wykluczenie było bezpodstawne;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez błędną jego wykładnię i błędne zastosowanie w sytuacji, gdy okoliczność, na którą powołuje się Zamawiający nie miała zastosowania w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na to, że zdarzenie będące podstawą odrzucenia oferty Odwołującego i jego wykluczenia miało miejsce w okresie obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. i wówczas ustawa ta nie przewidywała, że wykluczenie wykonawcy z jednego postępowania przetargowego pozwala na generalne i bez ograniczenia czasowego (a nawet w ograniczonym czasie) wykluczenie wykonawcy z innych postępowań przetargowych, w których Odwołujący złożył oferty;

3) art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że okoliczność wykluczenia Odwołującego z dwóch postępowań prowadzonych na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, w odmiennych warunkach prawnych, uzasadnia konieczność wdrożenia przez Odwołującego tzw. procedury samooczyszczenia przewidzianej w tym przepisie w niniejszym postępowaniu;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, podczas gdy Odwołujący na skutek wezwania Zamawiającego zmienił podmiot trzeciej w zakresie udostępnienia zdolności technicznej i zawodowej, przedkładając komplet wymaganych dokumentów i oświadczeń w prawidłowej formie,

5) art. 122 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie zmiany podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zdolności technicznej i zawodowej Odwołującego oraz pominięcie tego faktu w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty i wykluczeniu Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i podjęcia nowej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, tj. jako złożona przez wykonawcę podlegającego wkluczeniu z postępowania. Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp i pkt. 9.2. ppkt 3 SWZ (Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), wobec niewskazania przesłanek, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp i w pkt. 9.5. SWZ (Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w art. 110 ust. 2 ustawy). Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący, składając wraz z ofertą dokument JEDZ dla niniejszego postępowania pominął fakt, że w 2020 r. został dwukrotnie wykluczony, a jego oferty zostały odrzucone w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu: Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2020-2021 (nr ref. O.WR.D-3.2423.152.2020), Zadanie 3 - Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego, Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu

Rejon we Oleśnicy w latach 2020-2023 (nr ref. O.WR.D-3.2412.138.2020), Zadanie 3 - Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego. Obydwa zdarzenia nastąpiły na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 wcześniej obowiązującej ustawy Pzp i według Zamawiającego miały miejsce mniej niż 12 miesięcy przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. Wraz z ofertą wykonawca nie złożył informacji o działaniach podjętych w ramach procedury samooczyszczenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 111 pkt 6 ustawy Pzp w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, wykonawca podlega wykluczeniu na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Podniósł, że za zdarzenie będące podstawą

wykluczenia w obecnym postępowaniu uznać należy datę złożenia w postępowaniach, z których Odwołujący został pierwotnie wykluczony (w 2020 r.), ofert zawierających nieprawdziwe informacje, co miało miejsce 5 i 7 września 2020 r., a zatem ustawowy okres wykluczenia - przy założeniu, że w niniejszym przypadku w ogóle obowiązywał - zakończył się przed datą podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z niniejszego postępowania.

Odwołujący stwierdził, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 poprzedniej ustawy Pzp jest odpowiednikiem art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w jej obecnym brzmieniu, ale w okresie obowiązywania przepisów stanowiących podstawę wykluczenia Odwołującego z ww. postępowań, nie obowiązywał przepis, który stanowiłby odpowiednik art. 111 pkt 6 ustawy Pzp w jej obecnym brzmieniu - w odniesieniu do tej przesłanki wykluczenia. Oznacza to, że wykluczenie Odwołującego z postępowań wszczętych i zakończonych na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp na podstawie art. 24 ust. pkt 17, nie odnosi skutku prawnego w postaci wykluczenia z innych, kolejnych postępowań, a tym bardziej wszczętych na podstawie aktualnie obowiązującej ustawy. Już w dacie obowiązywania poprzedniej ustawy Pzp, potwierdzone zostało w licznych orzeczeniach KIO, że ocena oferty i zdolności wykonawcy dokonywana jest przez zamawiającego w obrębie jednego postępowania i nie może rzutować na kolejne, gdyż byłoby to w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażonym w skardze na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 sierpnia 2018 r. (sygn. akt KIO 1470/18) prawidłowa wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 17 dawnej ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że należy badać, czy przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu zachodzą wyłącznie w prowadzonym postępowaniu, a nie w postępowaniach poprzednich. W przeciwnym wypadku dochodziłoby do bezprawnej stygmatyzacji, swoistego napiętnowania wykonawcy, któremu zdarzyło się zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona także na podstawie art. 226

ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, ponieważ - zdaniem Zamawiającego - została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. W ocenie Zamawiającego przesłanką przemawiającą za odrzuceniem oferty złożonej przez Odwołującego się na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp jest fakt, że zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy/wiedzy i doświadczenia oraz JEDZ podmiotu trzeciego nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez podmiot udostępniający zasoby. Oferta Odwołującego zawierała zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy/wiedzy i doświadczenia Firmy Usługowej T. B., natomiast brak było dokumentu JEDZ dla tego podmiotu. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia JEDZ ww. podmiotu. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przesłał JEDZ Firmy Usługowej T. B. podpisany podpisem zaufanym przez podmiot trzeci i podpisem kwalifikowanym przez Odwołującego. Zamawiający w dniu 2 września 2021 r., w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia w formie elektronicznej JEDZ aktualnego na dzień składania ofert, opatrzonego kwalifikowalnym podpisem elektronicznym przez podmiot udostępniający, tj. Firmę Usługową T. B. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przesłał wykaz usług oraz zobowiązanie innego podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy/wiedzy i doświadczenia, a także wykaz sprzętu i JEDZ wystawione przez D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Roboty Drogowe D. K., zmieniając tym samym podmiot, na zdolnościach którego zamierzał pierwotnie polegać.

Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu zaskarżonej czynności Zamawiający w ogóle (ponad stwierdzenie, że taka zmiana miała miejsce) nie odniósł się do faktu zmiany podmiotu trzeciego przez Odwołującego i jego skuteczności oraz zgodności z przepisami ustawy. Tymczasem zgodnie z przepisem art. 122 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, wezwanie do wykazania spełnienia warunku lub braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego potencjał w praktyce jest zbliżone do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W przypadku, gdy z podmiotowych środków dowodowych nie wynika spełnienie warunku lub brak podstaw do wykluczenia,

zamawiający wzywa do uzupełnienia tychże na mocy art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, a w wyniku tego wezwania, na skutek niemożności prawidłowego uzupełnienia braków formalnych przez pierwotnie wskazany podmiot Odwołujący zmienił podmiot udostępniający zasoby na nowy, jednocześnie przesyłając komplet wymaganych przez Zamawiającego dokumentów w prawidłowej formie, opatrzonych prawidłowymi podpisami. W ocenie Odwołującego, zmiana taka jest dozwolona na mocy art. 122 ustawy Pzp, a Zamawiający nie odniósł się do niej w żaden sposób, w szczególności nie uznał, że zmiana ta była niedopuszczalna w świetle obowiązujących przepisów prawa lub dokumenty zawierały braki formalne uniemożliwiające uznanie jej za skutecznie dokonaną.

Odwołujący podniósł, że art. 122 ustawy Pzp daje wprost możliwość zmiany podmiotu trzeciego w trakcie prowadzonej procedury weryfikującej spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Umożliwia on wykonawcy zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot lub podmioty albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się w tym zakresie na zdolnościach innego podmiotu. W przypadku zmiany przez wykonawcę podmiotu trzeciego w trybie art. 122 udostępnienie wykonawcom odpowiednich zasobów następuje po upływie terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ich wstępnej ocenie. Z samej istoty tego przepisu, który dopuszcza możliwość zmiany podmiotu trzeciego w toku postępowania, wynika, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu pierwotnie wskazanego nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia. Nie można wymagać, aby wykonawca złożył zobowiązanie nowego podmiotu trzeciego wystawione przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznaczałoby to, że wykonawca już w dniu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu musiał dysponować kilkoma „rezerwowymi” potencjałami trzecimi, na wypadek gdyby zasoby pierwotnie udzielone nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wobec podmiotu trzeciego zachodziły podstawy wykluczenia.

Sygn. akt: KIO 3061/21

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we

Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział

we Wrocławiu Rejon w Oleśnicy w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 w podziale na zadania. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 119-314597.

W dniu 18 października 2021 r. wykonawca Plus Inwest P. Ż. Sp. j. wniósł odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący podniósł zarzuty tożsame z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu o sygn. akt KIO 3055/21 i przedstawił taką samą argumentację na ich poparcie.

Sygn. akt: KIO 3199/21

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną

Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach

2021-2025 w podziale na części. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 141-374161.

W dniu 29 października 2021 r. Konsorcjum: Plus Inwest P. Ż. Sp. j., GNOM Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący się zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 111 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez błędną wykładnię i błędne zastosowanie w sytuacji, gdy zdarzenie będące podstawą wykluczenia zaistniało wcześniej niż 12 miesięcy od daty wykluczenia, zatem Odwołujący się nie przedstawił informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w niniejszym postępowaniu i jego wykluczenie było

bezpodstawne;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 110 ust. 2 ustawy Pzp,

poprzez błędną jego wykładnię i błędne zastosowanie w sytuacji, gdy okoliczność, na którą powołuje się Zamawiający nie miała zastosowania w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na to, że zdarzenie będące podstawą odrzucenia oferty Odwołującego i jego wykluczenia miało miejsce w okresie obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. i wówczas ustawa ta nie przewidywała, że wykluczenie wykonawcy z jednego postępowania przetargowego pozwala na generalne i bez ograniczenia czasowego (a nawet w ograniczonym czasie) wykluczenie wykonawcy z innych postępowań przetargowych, w których Odwołujący złożył oferty;

3) art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że okoliczność wykluczenia Odwołującego z dwóch postępowań prowadzonych na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, w odmiennych warunkach prawnych, uzasadnia konieczność wdrożenia przez Odwołującego tzw. procedury samooczyszczenia przewidzianej w tym przepisie w niniejszym postępowaniu;

4) art. 110 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i uznanie, że środki podjęte przez wykonawcę w ramach procedury samooczyszczenia wskazane przez wykonawcę jedynie z daleko posuniętej ostrożności, są niewystarczające dla uznania, że popełniony czyn nie powtórzy się w przyszłości;

5) art. 239 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że Odwołujący zaoferował najkorzystniejsze warunki wykonania zamówienia określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz jego oferta merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą;

6) art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ZABERD SA pomimo, że oferta złożona przez ten podmiot nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i podjęcia nowej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutów nr 1-3 Odwołujący przedstawił argumentację tożsamą z zaprezentowaną w odwołaniach o sygn. akt KIO 3055/21 i KIO 3061/21. Odwołujący zaznaczył ponadto, że się od 6 lat regularnie składa oferty w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Wiele z postępowań wygrał i na ich podstawie realizuje usługi do chwili obecnej. Od daty wykluczenia Odwołującego z postępowań, o których mowa powyżej (listopad 2020 roku), Odwołujący się złożył oferty w kilku kolejnych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, tj.:

- postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Oleśnicy w latach 2020-2023 z podziałem na zadania, Zadanie nr 4: Prace utrzymaniowe, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 25 listopada 2020 r.;

- postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Kłodzku w latach 2020-2023 z podziałem na zadania, Zadanie nr 4: Prace utrzymaniowe, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 15 stycznia 2021 r.;

- postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Oleśnicy w latach 2020-2023 z podziałem na zadania, Zadanie nr 4: Prace utrzymaniowe, po wyroku KIO

stwierdzającym, że wykonawca składający ofertę uznaną za najkorzystniejszą nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą;

- postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Roboty i usługi w zakresie bieżącego utrzymania drogowych obiektów inżynierskich w ciągu drogi S3 od węzła Myślibórz (km 54+012) do węzła Swiebodzin Północ (km 150+600) na odcinku administrowanym przez GDDKiA Oddział w Zielonej Górze, nr ref. O.ZG.D-3.2412.2.2021.

Odwołujący podniósł, że skoro się był w stanie skutecznie złożyć oferty i wygrać przetargi prowadzone przez Zamawiającego już po tym jak Zamawiający wykluczył Odwołującego się z postępowań, na które się obecnie powołuje, to najwyraźniej przesłanki wykluczenia Odwołującego nie są uzasadnione. Ponadto sam Zamawiający uznał już wielokrotnie Odwołującego za rzetelnego partnera/wykonawcę, który umie złożyć oferty w postępowaniu oraz zrealizować należycie umowę zawartą w trybie ustawy. Ważne jest również to, że Zamawiający miał pełną wiedzę o składanych przez Odwołującego ofertach, o dwóch postępowaniach z 2020 r. w których został wykluczony, więc Odwołujący nie mógł nawet wprowadzić w błąd nie podając w JEDZ, że był wykluczony w 2020 z postępowań na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp i mógł słusznie ocenić, że Zamawiający ma pełną wiedzę na ten temat, gdyż sam te wykluczenia przecież podjął. Zamawiający aż do teraz nie miał zastrzeżeń do ofert Odwołującego, a w szczególności nie zarzucał Odwołującemu przedstawienia nieprawdziwych informacji wprowadzających w błąd pomimo posiadania tej samej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia Odwołującego z postępowań, o których mowa powyżej.

W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że Zamawiający wykluczył Odwołującego i w konsekwencji odrzucił jego ofertę na tej samej podstawie prawnej w październiku 2021 r. w dwóch innych postępowaniach, w których Odwołujący się złożył odwołanie do KIO. Po otrzymaniu od Zamawiającego decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego w tychże postępowaniach, w których Zamawiający przedstawił stanowisko analogiczne do niniejszego, Odwołujący powziął wiedzę, że

Zamawiający stoi na stanowisku, że odrzucenie oferty Odwołującego i jego wykluczenie w postępowaniach, o których mowa powyżej (z 2020 r.), stanowi przesłankę wykluczania w kolejnych postępowaniach. Pomimo odmiennego stanowiska w sprawie, z daleko idącej ostrożności Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu oświadczenie o zaistnieniu przesłanki wykluczenia oraz wdrożeniu procedury samoocyszczenia, przedstawiając Zamawiającemu kroki jakie powziął w kierunku zapobieżenia podobnym sytuacjom w przyszłości oraz dowody na ich potwierdzenie. Zamawiający nie uznał przedstawionych działań i dowodów za wystarczające i ponownie wykluczył Odwołującego i jego ofertę odrzucił w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że nie jest zobowiązany do wskazywania postępowań, w których został wykluczony na gruncie ustawy poprzednio obowiązującej ustawy, a co za tym idzie do przeprowadzenia procedury samoocyszczenia. Odwołujący podjął takie działania mające na celu samoocyszczenie jedynie z uwagi na dopiero co poznane stanowisko Zamawiającego i w celu zapobieżeniu wykluczeniu.

Zdaniem Odwołującego, analiza uzasadnienia wykluczenia go z postępowania oraz ocena przez Zamawiającego wdrożonych przez Odwołującego środków zaradczych nie jest obiektywna i ma na celu jedynie zdyskredytowanie Odwołującego. Zamawiający zapomina, że przedsiębiorstwo Odwołującego i zatrudnieni przez niego pracownicy to w zdecydowanej większości pracownicy zajmujący się utrzymaniem dróg, którzy nie mają w ogóle do czynienia z procedurami przetargowymi. Pracowników biurowych zaś Odwołujący zatrudnia pięcioro, przy czym przetargami zajmuje się jeden pracownik (przygotowywanie ofert) i jeden kosztorysowaniem, nadzór pełnią dwaj współpracownicy i nie ma żadnego sensu i uzasadnienia tworzenie rozbudowanych procedur i instrukcji obiegu dokumentów, bo w zupełności wystarczające jest przekazanie pracownikowi zajmującemu się przygotowywaniem ofert, by proces ten konsultował na każdym etapie z kancelarią prawną w celu uniknięcia błędów. Środki zaradcze oraz dowody, których oczekuje Zamawiający w niniejszym postępowaniu są niewspółmierne do stopnia przewinienia Odwołującego oraz do przedsiębiorstwa Odwołującego. Najważniejszą kwestią jest to, że w stosunku do osoby, która popełniła błąd i podała nieprawdziwe informacje w postępowaniach, do których odwołuje się Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia, wyciągnięte zostały konsekwencje dyscyplinarne i osoba ta już nie pracuje w firmie Odwołującego, o czym Zamawiający był co najmniej dwukrotnie informowany. Co więcej, skoro w terminie późniejszym Zamawiający nie wykluczał Odwołującego z postępowań i oceniał jego oferty pozytywnie to oznacza, że Odwołujący skutecznie zarządził i przeciwdziałał ponownemu popełnieniu błędu i nie może być

automatycznie wykluczany na tej samej podstawie, z której Zamawiający wielokrotnie nie skorzystał, w nieskończoność.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający twierdzi, iż Odwołujący się składając oferty w niniejszym postępowaniu oraz w dwóch innych, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co oznacza, że pełnienie funkcji Kierownika Biura przez Panią E. W. nie przyniosło oczekiwanych rezultatów. Twierdzenie to jest bezpodstawne i nieuzasadnione biorąc pod uwagę powyższe wyjaśnienia oraz fakt, że Zamawiający posiadając wiedzę o wykluczeniu Odwołującego z postępowań, na które się powołuje, nie wykluczył Odwołującego z postępowań prowadzonych już po tym fakcie. Skoro zatem Odwołujący miał świadomość, że Zamawiający nie uznaje tamtych wykluczeń za podstawę wykluczenia w innych, kolejnych postępowaniach i podzielał to stanowisko, to nie miał podstaw do przyjęcia, że niewskazanie tych informacji zostanie finalnie uznane przez Zamawiającego za wprowadzenie w błąd.

Odwołujący stwierdził, że poziom zatrudnienia pracowników biurowych nie uzasadnia tworzenia struktur audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów czy wewnętrznych regulacji i standardów. Ponadto taki środek naprawczy został wskazany przez ustawodawcę przykładowo. Pani E. W. jednoosobowo zajmująca się obecnie przygotowaniem ofert została poinformowana i przyjęła do stosowania, że każda oferta musi podlegać weryfikacji przez prawników z Kancelarii prawnej obsługującej spółkę. Tworzenie procedur dla jednego pracownika, który ponosi odpowiedzialność za swoje działania, mija się z celem.

Odwołujący podniósł, że wykonawca w ramach procedury samooczyszczenia powinien wykazać, że podjął środki odpowiednie do zapobieżenia występowaniu zdarzeń niepożądanych w przyszłości. Środki te mają być konkretne, a więc takie, które mają przełożenie na rzeczywistą sytuację wykonawcy, przy czym za wystarczające należy uznać działania w takim zakresie, w jakim są one niezbędne do wyeliminowania przyszłych naruszeń.

Sygn. akt: KIO 3203/21

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2021-2024 z podziałem na zadania. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 158-417326.

W dniu 30 października 2021 r. wykonawca Plus Inwest P. Ż. Sp. j. wniósł odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący podniósł zarzuty tożsame z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu o sygn. akt KIO 3199/21 i przedstawił taką samą argumentację na ich poparcie.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy ORFIX powinna zostać odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę.

Odwołujący zakwestionował następujące pozycje kosztorysu ofertowego

Przystępującego:

- a) 115 D-09.01.22 D-01.02.01 Sadzenie drzew (materiał Wykonawcy) - cena za sztukę - 70 zł; ilość: 1 500; suma: 105 000zł;
- b) 122 D-09.01.22 D-01.02.01 Ścinanie drzew o 0 36-55 cm. Drewno własnością Zamawiającego - cena za sztukę 190,00 zł; ilość: 375; suma: 112 500 zł
- c) 123 D - 09.01.22 D - OI .02.01 Ścinanie drzew o 0 powyżej 55 cm. Drewno własnością Zamawiającego — cena za sztukę 200,00 zł; ilość: 1 125 sztuk; suma: 225 000zł;
- d) 126 D-09.01.22 D-01.02.01 Frezowanie pni o 0 powyżej 55 cm wraz z uporządkowaniem i wyrównaniem terenu - cena za sztukę 20 zł; ilość: 1 500,00; cena razem: 30 000 zł;
- e) 169 D-20.10.02 Wykonanie robót interwencyjnych (na wezwanie Zamawiającego)

polegających na usunięciu lub zabezpieczeniu powstałych zagrożeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, a w szczególności: - współudział obok Policji i Straży pożarnej przy zabezpieczeniu skutków wypadków drogowych wraz z uprzątnięciem pasa drogowego, - awaryjne oznakowanie robót w pasie drogowym, - awaryjne oznakowanie uszkodzeń jezdni, poboczy, obiektów inżynierskich łącznie z oznakowaniem w razie potrzeby, w uzgodnieniu z Rejonem, objazdów —cena za godz. 80 zł; ilość godz. Objazdów: 1125; suma: 90 000zł;

f) 170 D-20.10.02 Objazdy drogi krajowej nr 5 km 369+846 - 370+438 przy użyciu oznakowanego samochodu dostawczego wraz z przyczepką i wyposażeniem opisanym w SS T- cena za 1 km: 2 zł; ilość km: 210; cena razem: 420 zł;

g) 171 D-20.10.02 Objazdy drogi krajowej nr 8 km 71+500 - 109+049 przy użyciu oznakowanego samochodu dostawczego wraz z przyczepką i wyposażeniem opisanym w SST — cena za 1 km: 2zł; ilość km: 12 600; cena razem: 25200zł;

h) 172 D20.10.02 Objazdy drogi krajowej nr 35 km 75+154 - 80+176 oraz km 84+326 - 88+077 przy użyciu oznakowanego samochodu dostawczego wraz z przyczepką i wyposażeniem opisanym w SST - cena za 1 km: 2 zł; ilość km: 6 843; cena razem: 13686zł;

i) 173 D-20.10.02 Objazdy drogi krajowej nr 35a km 0+000 - 4+690 przy użyciu oznakowanego samochodu dostawczego wraz z przyczepką i wyposażeniem opisanym SST - cena za 1 km: 2,00; ilość km: 1590; cena razem: 3180zł;

j) 174 D-20.10.02 Objazdy drogi krajowej nr 39 km 0+000 - 22+296 przy użyciu oznakowanego samochodu dostawczego wraz z przyczepką i wyposażeniem opisanym w SST; cena za 1 km - 1 zł; ilość km: 7 500; cena razem: 7 500 zł

k) 176 D10.05.01 R.W.OOIO U D-10.05.12 Zastępcze usunięcie z pasa drogowego pozostałości po akcji usuwania zdarzeń drogowych wraz z ich utylizacją; cena za 1 kpl 300 zł; ilość kpl: 60; cena razem: 18 000 zł;

l) 186 20.02.69. Usuwanie z koryta rzeki zalegających pni i gałęzi drzew, które mogą spowodować spiętrzenie wody pod obiektem; cena za 1 m3 — 2,50 zł; ilość: 900 m3; cena razem: 2250 zł;

m) 187 20.02.69. Usuwanie z koryta rzeki zalegających kamieni, które mogą spowodować spiętrzenie wody pod obiektem; cena za 1 m3 : 3,50 zł; ilość: 900 m3; cena razem: 3150 zł;

n) 20.02.70. Usuwanie z koryta cieku zalegających kamieni i gałęzi, które mogą spowodować spiętrzenie wody w przepuście; cena z 1 m3: 2,50 zł; ilość: 240 m3; cena razem: 840zł;

o) 20.02.70. Wykonanie odmulenia przepustu średnicy >150cm przy pomocy specjalistycznego sprzętu; cena za 1 m3: 20 zł; ilość: 270 m3; cena razem: 5400 zł.

Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe wykonanie ww. prac w cenach zaoferowanych przez Przystępującego, które nie pokrywają nawet kosztów niezbędnych materiałów i pracy maszyn, nie mówiąc już nawet o kosztach robocizny koniecznej do ich wykonania. Odwołujący stwierdził, że stawki te nie pokrywają najniższego wynagrodzenia za pracę.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał należytego sprawdzenia ceny oferty ORFIX, podczas gdy już proste porównanie szacowania wartości zamówienia oraz ofert pozostałych wykonawców, a także wieloletnie doświadczenie Zamawiającego pozwala na ustalenie bez wątpliwości, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie dysponuje wyjaśnieniami Przystępującego, mimo wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, dlatego zasadny jest zarzut, że wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Sygn. akt: KIO 3226/21

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Bieżące utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Legnicy w latach

2021-2023, Zadanie nr 4 - Utrzymanie pasów drogowych oraz usługi patrolowo-interwencyjne. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 114-300023.

W dniu 2 listopada 2021 r. wykonawca Plus Inwest P. Ż. Sp. j. wniósł odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący podniósł zarzuty tożsame z zarzutami przedstawionymi w odwołaniach o sygn. akt KIO 3199/21 oraz KIO 3203/21 i przedstawił taką samą argumentację na ich poparcie.

Dodatkowo Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 1 w zw. z art. 187 ustawy Pzp, przez błędne uznanie, że oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający błędnie ocenił ofertę Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że cena zaoferowana przez Odwołującego niewiele odbiega od szacowania jakie sporządził Zamawiający i kwoty jaką wskazał przed otwarciem ofert przeznaczonej na realizację zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał nawet podstaw faktycznych, aby wyjaśniać ofertę Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że oferta, którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą (ALSA A.A. S.) była tylko o 63.966,15 zł brutto droższa niż cena oferty Odwołującego, co oznacza, że różnica między tymi cenami wynosił tylko ok. 0,65 %. Powyższe, zdaniem Odwołującego, wskazuje na naruszenie zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego nierówno traktującego wykonawców.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający nie sprecyzował swoich zarzutów wobec oferty Odwołującego, w piśmie z 20 października 2021 r. wskazując jedynie lakonicznie na przedostatniej i ostatniej stronie, że wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny dotyczących wskazanych w tym piśmie pozycji, a Odwołujący nie przedstawił precyzyjnej kalkulacji i dowodów. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie sprecyzował, o jakie kalkulacje i dowody chodzi dla tych konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający ostatecznie wskazał jako wątpliwe 3 pozycje kosztorysu: nr 116, 118 oraz 120 i już tylko w tym zakresie prowadził dalsze badania ceny ofertowej, co ogranicza zakres rozpoznania zarzutu do tych pozycji kosztorysu. Odwołujący stwierdził, że w odpowiedzi z 7 września 2021 r. rozwił wszelkie wątpliwości Zamawiającego i dokładnie wskazał rozbić cen szczegółowych tych 3 pozycji kosztorysu, niestety i te wyjaśnienia Zamawiający ocenił jako niewystarczające i mało precyzyjne, przy czym nie wskazał, czego dokładnie wymaga, a czego w tych wyjaśnieniach nie otrzymał. Ponadto Zamawiający pomija podstawową kwestię, że ww. pozycje kosztorysu stanowią znikomą część ceny, jaką zaoferował Odwołujący. Ponadto nawet różnica w tych 3 pozycjach kosztorysu nie wpłynęłaby na kolejność ofert pod kątem punktacji za kryterium cena.

Zdaniem Odwołującego łączny koszt wykazany w ofercie Odwołującego w tych 3 pozycjach to 444.600 zł netto (545.858 zł brutto) jest budżetem zupełnie wystarczającym dla zrealizowania ww. usług. Szczegółowe rozbić kosztów realizacji tych 3 zadań zostało do Zamawiającego przekazane, stąd tylko dziwić może decyzja Zamawiającego o uznaniu całej ceny ofertowej jako rażąco niskiej. W piśmie z 7 września 2021 r. Odwołujący się przedstawił bardzo szczegółowe rozbić stawki za wycenianą jednostkę pracy, podając koszt robocizny oraz materiałów (paliwa, utylizacji etc.), które to rozbić dokładnie obrazowało koszt realizacji usługi, a nawet zysk wykonawcy. Podanym przez Odwołującego danym Zamawiający nie umiał nic konkretnego zarzucić, z uzasadnienia czynności Zamawiającego wynika zupełna dowolność w ocenie wyjaśnienia Odwołującego. Rzekoma sprzeczność między wyjaśnieniami jest zarzutem nieprawdziwym i wynikającym ze złej woli Zamawiającego, a Zamawiający nawet nie wskazał, na czym ona miałaby polegać. Ponadto Zamawiający powinien ocenić rzetelność wyjaśnień, jakie złożył Odwołujący 7 września 2021 r., a nie oceniać i porównywać (zresztą błędnie) wcześniejsze wyjaśnienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie ocenił cenę oferty jako rażąco niską, badając (i też niewłaściwie i wysnuwając błędne wnioski z tego badania), jedynie jej 3 pozycje z 147 pozycji, i to pozycje z kategorii prac interwencyjnych, a więc takich które wymagają tylko objazdów (poz. 118 i 120) lub prac realizowanych w razie potrzeby (interwencyjnych). Wycena tych 3 pozycji nie wpłynęła na ocenę ostatecznej całościowej ceny za realizację zamówienia i nie dała Odwołującemu nieuczciwej przewagi nad konkurencją w postępowaniu. Ponadto Zamawiający w żaden sposób nie wykazał i nie uzasadnił swojego stanowiska, pomijając zupełnie, że ocenę ceny ofertowej musi dokonać

jako całości, a nie jako ocenę 3 ze 147 pozycji.

Zamawiający w pisemnych odpowiedziach na odwołanie wniósł o oddalenie wszystkich odwołań w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowania o udzielenie zamówień zostały wszczęte po 1 stycznia 2021 r., są one prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówień.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy:

- 1) Rotomat Sp. z o.o. - w sprawach o sygn. akt KIO 3055/21 i KIO 3061/21,
- 2) ZABERD S.A. - w sprawie o sygn. akt KIO 3199/21,
- 3) B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ORFIX Zakład Usługowy B. O., - w sprawie o sygn. akt KIO 3203/21,
- 4) ALSA A.A. S. Sp. j. - w sprawie o sygn. akt KIO 322/21.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego w związku z przedstawieniem informacji wprowadzających zamawiającego w błąd (sygn. akt: KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21)

Stan faktyczny:

Izba ustaliła, że w sprawie o sygn. akt KIO 3055/21 Zamawiający pismem z 7 października 2021 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2 oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, m.in. z uwagi na wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp i pkt. 9.2. ppkt 3 SWZ, wobec niewskazania przez Wykonawcę przesłanek, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp i w pkt. 9.5. SWZ.

W uzasadnieniu faktycznym tej czynności Zamawiający podał:

Wykonawca PLUS INWEST P. Ż. Sp. J., w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa

przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykonawca nie podlegałby wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt

1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodniłby zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za

nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury samooczyszczenia należy do wykonawcy. Winien on w pierwszej kolejności wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. Informacje takie winny znaleźć się już w oświadczeniu, składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (a zatem w niniejszym postępowaniu w dokumencie JEDZ, który zawiera w swojej treści odpowiednie pozycje w III części Formularza). Zamawiający winien dowiedzieć się bezpośrednio od wykonawcy o istnieniu podstawy wykluczenia, jak też o podjętych przez niego działaniach w ramach procedury samooczyszczenia (Wyrok KIO z dnia 9.04.2018r., sygn. akt KIO 531/18). Samooczyszczenie winno być dokonane wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji (Wyrok KIO z dnia 14.06.2018r., sygn. akt KIO 1102/18).

Wykonawca PLUS INWEST P. Ź. Sp. J. składając wraz z ofertą Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (dalej JEDZ) dla niniejszego postępowania pominął fakt, że w 2020 roku został dwukrotnie wykluczony, a Jego oferty zostały odrzucone w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu:

- Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2020-2021 (nr ref. O.WR.D-3.2423.152.2020), Zadanie 3 - Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego,

- Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Oleśnicy w latach 2020-2023 (nr ref. O.WR.D-3.2412.138.2020), Zadanie 3 - Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego,

Obydwa zdarzenia nastąpiły na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) i miały miejsce mniej niż 12 miesięcy przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. Wraz z ofertą Wykonawca nie złożył informacji o działaniach podjętych w ramach procedury samooczyszczenia, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

(...) Wykonawca PLUS INWEST P. Ź. Sp. J. od momentu złożenia oferty w niniejszym

postępowaniu (tj. od dnia 28.07.2021) powinien przedstawić środki dowodowe wykazujące Jego rzetelność, które mogły zapobiec Jego wykluczeniu. Ubiegający się o udzielenie zamówienia może podjąć działania w celu samooczyszczenia także po złożeniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w zasadzie w każdym momencie w czasie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy. Możliwe jest bowiem wystąpienie okoliczności faktycznych uniemożliwiających dołączenie dowodów przed upływem terminu składania ofert (Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19). Procedura samooczyszczenia zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1179/19; Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 274/18) stosowana być powinna przez wykonawców z własnej inicjatywy, bez obowiązku wzywania przez Zamawiającego, a przedstawione dokumenty winny dawać podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Inicjatorem może być i sam zamawiający, jako podmiot posiadający wiedzę o zamiarze wykluczenia danego wykonawcy, jednakże nie jest obowiązkiem Zamawiającego poszukiwanie czy domaganie się dowodów na potwierdzenie przeprowadzenia procedury samooczyszczenia przez wykonawcę. To wykonawca samodzielnie musi zdecydować czy chce z niej skorzystać, jakie czynności podejmie i jakie dowody przedstawi zamawiającemu (Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19).

W całym okresie prowadzenia niniejszego postępowania Wykonawca PLUS INWEST P. Ż. Sp. J. mógł skorzystać z możliwości jaką daje wykonawcom ustawa Pzp i dokonać samooczyszczenia, tym bardziej, że Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wzywał Plus Inwest do złożenia uzupełnienia dokumentów. Brak podjęcia jakichkolwiek działań w tej kwestii ze strony Wykonawcy przez cały okres prowadzenia postępowania jednoznacznie oznacza rezygnację z przedstawienia dowodów potwierdzających przeprowadzenie procedury samooczyszczenia.

Zamawiający odrzucił z tych samych powodów ofertę Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3061/21, podając tożsame uzasadnienie faktyczne (pismo z 7 października 2021 r.).

Ponadto, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego również w postępowaniu o sygn. akt KIO 3199/21, KIO 3203/21 oraz KIO 3226/21. Izba ustaliła, że w tych postępowaniach Odwołujący przeprowadził procedurę selfcleaning.

W sprawie KIO 3199/21 Odwołujący, pismem z 8 października 2021 r., złożył następujące wyjaśnienia:

Oświadczam, że zachodzą w stosunku do Plus Inwest P. Ż. sp. j. podstawy wykluczenia z postępowania na podst. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa Spółka (Wykonawca) przedstawiła informacje wprowadzające w błąd, co może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W dokumentacji składającej się na złożoną w przedmiotowym postępowaniu ofertę Spółka (JEDZ) nie wskazała, iż została wykluczona z postępowań przetargowych prowadzonych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu, tj.:

1) postępowanie na Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2020-2021 (nr ref. O.WR.D-3.2423.152.2020), Zadanie 3 Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego

2) postępowanie na Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Oleśnicy w latach 2020-2023 (nr ref. O.WR.D-3.2412.138.2020), Zadanie 3 - Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego

na podst. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i zdarzenia te miały miejsce mniej niż 12 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Z ostrożności Wykonawca informuje, iż w dniu 7.10.2021 r. powziął także informację, iż na tej samej podstawie został wykluczony z postępowań prowadzonych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu:

3) na Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Kłodzku w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024, Zadanie nr 2 Rejon w Kłodzku Obwód Drogowy w Bystrzycy Kłodzkiej, nr ref. O.WR.D-3.2413.21.2021

4) na Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Oleśnicy w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024,

Zadanie nr 2 Obwód Drogowy Polwica, nr ref. O.WR.D-3.2413.22.2021 na podst. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Z uwagi na błąd formalny wskazany w czynności z 7.10.2021 r. Plus Inwest P. Ż. sp. j. rozważa aktualnie czy w ogóle kwestionować czynność Zamawiającego. Jeżeli Plus Inwest P. Ż. sp. j. nie złoży odwołania do KIO, również w zakresie tych postępowań wskazanych w pkt 3) i 4) podejmuje procedurę sanacyjną.

Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że w związku z ww. okolicznościami, na podst. art. 110 ust. 2 ustawy, podjął następujące środki zaradcze (procedura sanacyjna-samooczyszczenie).

Z uwagi na fakt, że oferty w postępowaniu ad. 1 i ad. 2 oraz ad. 3 i ad. 4 sporządzane były i składane przez pełnomocnika Spółki - Pana Jarosława Chodynieckiego, który działał samodzielnie bez - jak się okazało niezbędnego w tym zakresie nadzoru ze strony Wykonawcy - Wykonawca nie miał świadomości, iż oferty te zawierały informacje wprowadzające lub mogące wprowadzać Zamawiającego w błąd.

Wykonawca nie miał też wiedzy, że winien te przyczyny wykluczenia wykazać w postępowaniach ad. 3 i ad. 4 oraz w przedmiotowym postępowaniu. Po wykluczeniu w dniu 7.10.2021 r. z postępowań ad. 3 i ad. 4 Wykonawca powziął informację, iż w ciągu 12 miesięcy przesłanki wykluczenia w jednym postępowaniu stanowią podstawę wykluczenia w innym postępowaniu, chyba że Wykonawca wdroży procedurę samooczyszczenia, wobec czego przedmiotowe pismo stanowi taką właśnie procedurę sanacyjną.

Wykonawca oświadcza, iż w konsekwencji umowa o pracę z Panem J. C. została rozwiązana i została mu przedstawiona propozycja rozwiązania umowy za porozumieniem. Pan J. C. został pozbawiony dostępu do materiałów Wykonawcy, komputerów, poczty e-mail i udziału w ofertowaniu do przetargów publicznych. Z całą stanowczością zapewniamy, że osoba ta już nie jest i nie będzie pełnomocnikiem Spółki w żadnym kolejnym postępowaniu, nie pełni też dłużej funkcji Kierownika Robót na żadnym z realizowanych przez Wykonawcę zadań. Informacja taka została wysłana do GDDKiA w dniu 23 września 2021 r. za potwierdzeniem odbioru (pismo znajduje się w GDDKiA).

Wykonawca ponadto zatrudnia specjalistę ds. zamówień publicznych Panią E. W. posiadającą doświadczenie w składaniu ofert w zamówieniach publicznych, osobę rzetelną i odpowiedzialną za swoje działania.

Ponadto Wykonawca w celu zapewnienia sobie opieki prawnej specjalistów podpisał umowę z kancelarią prawną specjalizującą się w zamówieniach publicznych K.(1), K.(2) i Partnerzy sp. p. we Wrocławiu, zagwarantowując sobie stały dostęp do pomocy prawników specjalizujących się w dziedzinie zamówień publicznych, co zapewni zgodność działań Puls Inwest sp. j. z prawem zamówień publicznych i uniknięcie błędów w składanych ofertach, które się do tej pory zdarzały.

Zatem uznać można, że Plus Inwest sp. j. zapewniła sobie fachową pomoc i wsparcie w przygotowaniu kolejnych ofert i procedurze ubiegania się o zamówienia publiczne.

Ponadto wspólnicy Spółki biorą udział w szkoleniach z zakresu zamówień publicznych, w tym kilkudniowym szkoleniu w Kancelarii K.(1), K.(2) i Partnerzy sp. p., co wszystko razem gwarantuje, że nieprawidłowe postępowanie Wykonawcy i sytuacja wprowadzenia w błąd Zamawiającego, nawet niecelowa i nieświadoma, nie powtórzy się więcej.

Ponadto w spółce obowiązuje od 1.09.2021 r. pragmatyka obiegu dokumentów, w ramach której każda oferta przetargowa jest przygotowywana i sprawdzana przez Panią E. W., następnie co najmniej jednego wspólnika spółki, a na końcu jest opiniowana przez kancelarię prawną.

Podwykonawcy Plus Inwest sp. j. zostali pozytywnie zweryfikowani pod kątem posiadania sprzętu i zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, co dotyczyło też podmiotów udostępniających Plus Inwest P. Ż. sp. j. zasobów technicznych i osobowych na potrzeby realizacji zamówień. Deklarowane przez nich zasoby są aktualnie dokładnie zweryfikowane.

Plus Inwest P. Ż. sp. j. za pośrednictwem Kancelarii K.(1), K.(2) i Partnerzy sp. p. otrzymała dostęp do bazy aktów prawnych, opinii i komentarzy programu Lex Omega, obejmującej pakiet tematyczny: Zamówienia publiczne i podnosi kwalifikacje w tym zakresie.

Wykonawca informuje, iż nie wyrządził szkody swoim nieprawidłowym postępowaniem, wobec czego nie ma obowiązku jej naprawienia ani podmiotu, który mógłby takiego zadośćuczynienia żądać, a także z uwagi na okoliczności sprawy nie był zobowiązany do aktywnej współpracy z żadnymi organami.

Do powyższych wyjaśnień Odwołujący załączył: kopię umowy z E. W., kopię umowy z KKIP, porozumienie rozwiązujące umowę o pracę z J. C., dokumenty o zmianie kierowników na kontraktach wraz z pismami akceptującymi GDDKiA oraz informacje o czynności wykluczenia z postępowań wskazanych w pkt 1-4.

Analogiczne wyjaśnienia zostały przedstawione w sprawach o sygn. akt KIO 3203/21 oraz KIO 3226/21.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty w sprawie KIO 3199/21 Zamawiający wskazał na wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w postępowaniach: Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2020-2021, Zadanie 3 - Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego oraz Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Oleśnicy w latach 2020-2023, Zadanie 3 - Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego. Zamawiający wskazał, że obydwa zdarzenia miały miejsce mniej niż 12 miesięcy przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowych postępowaniach (3 września 2021 r.) W przedmiotowym postępowaniu w dokumencie JEDZ lider Konsorcjum oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odnosząc się do przedstawionych wyjaśnień w ramach procedury selfcleaning Zamawiający wskazał:

- pełnienie funkcji Kierownika biura przez Panią E. W. nie przyniosło oczekiwanych skutków, tj. nie zapobiegło przedstawianiu przez Wykonawcę w ofertach nieprawdziwych informacji, gdyż po zmianie stanowiska (a więc przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu, a także w innych prowadzonych postępowaniach) lider Konsorcjum złożył oferty, a w dokumentach JEDZ przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, analogiczne jak w niniejszym postępowaniu;
- wykonawca nie przedłożył żadnych aktów wewnątrzorganizacyjnych świadczących o zmianie zasad przygotowania ofert i dokumentów świadczących o ich wdrożeniu, nie wdrożył żadnych procedur w tym zakresie;
- Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających udział wspólników Spółki Plus Inwest Sp. J. w szkoleniu. Zgodnie z oświadczeniem w szkoleniu nie brała udziału w szczególności Pani E. W., która zgodnie z wcześniejszą informacją Wykonawcy - LIDERA KONSORCJUM pełni funkcję Kierownika biura oraz jest specjalistką ds. zamówień, a więc istnieją podstawy, aby na podstawie tych informacji przyjąć, że jest między innymi osobą odpowiedzialną za przygotowanie ofert;
- wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających wdrożenie stosownych procedur regulujących obieg dokumentów w spółce, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę ich skuteczności;
- wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających otrzymanie dostępu do baz aktów prawnych, opinii i komentarzy Lex Omega, nie wskazał też w jaki sposób dostęp do ww. dokumentów wpłynął na działania wykonawcy.

Zamawiający wskazał ponadto:

Reasumując, środki zaradcze zastosowane przez Wykonawcę - LIDERA KONSORCJUM nie

mogą być uznane za wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia oraz nie dają podstaw do przyjęcia, że popełniony czyn z dużym prawdopodobieństwem nie będzie mieć miejsca w przyszłości. Same zapewnienia Wykonawcy o wdrożeniu procedur obiegu dokumentów, szkoleniu wspólników spółki czy też dostępie do opinii i aktów prawnych nie dowodzi, że środki te zostały wprowadzone oraz, że będą skuteczne. Wykonawca - LIDER KONSORCJUM nie utworzył żadnych struktur audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, a także nie wprowadził wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. Wykonawca, który zamierza skorzystać z przepisu art. 110 ust. 2 ustawy Pzp musi udowodnić Zamawiającemu (przedstawić dowody), że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Innymi słowy, Wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie wskazanych przepisów musi przedstawić dowody na tyle wiarygodne i na tyle wysokiej jakości, że potwierdzą uczciwość i solidność Wykonawcy. Samo podjęcie działań naprawczych i zapobiegawczych określonych w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp nie jest wystarczające. Z brzmienia art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że Wykonawca musi udowodnić te działania Zamawiającemu. Podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy i w związku z powyższym Wykonawca winien być wykluczony z postępowań. (...)

Analogiczne stanowisko Zamawiający przedstawił w sprawach KIO 3203/21 oraz KIO 3226/21.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stosownie do art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Art. 110 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte

przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Zgodnie z art. 111 pkt 6 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z 29 stycznia 2004 r. stanowił, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stanowisko Izby:

Zarzuty są zasadne.

Na wstępie, odnosząc się do sposobu obliczenia rocznego okresu podlegania wykluczeniu, o którym mowa w art. 111 pkt 6 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że gdyby ten roczny okres rzeczywiście w rozpoznawanych sprawach obowiązywał (z czym jednak Izba się nie zgadza), to za jego datę początkową należałoby uznać datę przekazania Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, natomiast kwestię jego upływu należałoby oceniać na dzień składania ofert w obecnie prowadzonych postępowaniach, nie zaś - jak twierdzi Odwołujący - na dzień poinformowania przez Zamawiającego o wykluczeniu z tych postępowań. Upływ okresu podlegania wykluczeniu nie może być zależny od tego, jak szybko zamawiający prowadzi postępowanie i kiedy poinformuje

o wykluczeniu - dopuszczenie takiego sposobu ustalania, czy roczny okres podlegania wykluczeniu upłynął, mogłoby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania. Zatem jedyną miarodajną datą, pozwalającą na poszanowanie zasad udzielania zamówień publicznych ocenić kwestię podlegania wykluczeniu, jest termin składania ofert.

Odwołujący nie wykazał, aby na dzień składania ofert w obecnie prowadzonych postępowaniach tak ustalony okres roczny upłynął, tezę o jego upływie oparł natomiast na

błędnych założeniach co do sposobu jego ustalenia.

Powyższe nie jest jednak rozstrzygające, w ocenie Izby bowiem przepis art. 111 ust. 6 ustawy Pzp w rozpoznawanych sprawach w ogóle nie znajduje zastosowania, a Odwołujący nie mógł podlegać wykluczeniu w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w postępowaniach prowadzonych na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp i niepoinformowaniem o tym w złożonych dokumentach JEDZ.

Istnienie przesłanek takiego wykluczenia Zamawiający wywodzi z faktu, że wykonawca podał w JEDZ, w części dotyczącej podstaw wykluczenia, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd, podczas gdy w dwóch postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego w 2020 r. został za takie wprowadzenie w błąd wykluczony, a od tego wykluczenia nie upłynął rok. Zamawiający stosuje więc do tych wcześniejszych wykluczeń przepis art. 111 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 (przedstawienie informacji wprowadzających w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa), na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Rozstrzygnięcie sprawy wymagało w istocie odpowiedzi na pytanie, czy wykluczenie wykonawcy w postępowaniu prowadzonym na podstawie uprzednio obowiązującej ustawy Pzp, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 tej ustawy, następuje na okres roku, zgodnie z art. 111 ust. 6 obecnie obowiązującej ustawy. Na tak postawione pytanie w ocenie Izby należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Zdaniem Izby zastosowanie rocznej sankcji do wykluczenia dokonanego na

podstawie poprzednio obowiązującej ustawy stanowiłoby pogwałcenie zasady niedziałania prawa wstecz, która to zasada, wbrew twierdzeniom Odwołującego i Przystępujących, znajduje zastosowanie do niniejszego stanu faktycznego. Zgodnie z tą zasadą nie jest dopuszczalne zastosowanie do określonych deliktów wykonawcy sankcji, która nie obowiązywała w dacie ich popełnienia. Wykonawca, który w poprzednim stanie prawnym

dopuszczył się takiego działania nie może ponosić skutków, które nie były mu wówczas znane, a które zostały wprowadzone do ustawy w późniejszym czasie. To właśnie temu ma zapobiegać zasada *lex retro non agit*, z którą stanowisko Zamawiającego i Przystępujących jest w oczywisty sposób sprzeczne.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, jakoby obowiązywanie rocznej sankcji wykluczenia z postępowania wynikało z zastosowania przepisów względniejszych dla wykonawcy. Stanowisko to Zamawiający opierał na tezie, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp nie było ograniczone w czasie, z czego z kolei zdaje się wynikać, że skutki przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w danym postępowaniu, rozciągały się bez ograniczenia na przyszłe postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający twierdził jednocześnie, że skoro obecnie obowiązujące przepisy ustanawiają roczny okres podlegania wykluczeniu, to są one względniejsze. Ze stanowiskiem tym nie sposób się zgodzić. Bezpodstawne - zdaniem Izby - jest twierdzenie, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp było nieograniczone czasowo, tj. że odnosiło skutki do wszystkich przyszłych postępowań, a obecne przepisy są bardziej liberalne, rozciągając te skutki jedynie na okres roku. W ocenie Izby w przepisach wcześniej obowiązującej ustawy brak jest do takiej tezy podstaw. Stanowiły one, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17), określając przy tym, że wykluczenie to może nastąpić na każdym etapie postępowania (art. 24 ust. 12). Zatem skutki przedstawienia informacji wprowadzających w błąd dotyczyły konkretnego postępowania i nie były rozciągnięte na przyszłość. Stanowisko przeciwne prowadziłoby zresztą do całkowicie nielogicznych konsekwencji, należy bowiem wziąć pod uwagę, że poprzednia ustawa przewidywała ograniczenia czasowe dla dużo poważniejszych podstaw wykluczenia, takich jak chociażby karalność za przestępstwa lub wykroczenia. Skoro więc w obecnie obowiązującej ustawie skutki przedstawienia informacji wprowadzających w błąd rozciągają się na okres roku, to nie sposób twierdzić, że obecne przepisy są względniejsze dla wykonawcy.

Wobec tego, że skutki wykluczenia z postępowań prowadzonych w 2020 r. nie odnoszą się - według przepisów obowiązujących w dacie ich zaistnienia - do przyszłych postępowań, to Odwołujący uprawniony był, aby w części III pkt c dokumentu JEDZ zaznaczyć odpowiedź „nie”, a udzielenie takiej odpowiedzi nie może być uznane za wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Należy bowiem zauważyć, że odpowiedzi na pytania zawarte w tej części dokumentu JEDZ odnoszą się do istnienia podstaw do wykluczenia z postępowania. Skoro Odwołujący pozostawał w usprawiedliwionym i - zdaniem Izby - mającym oparcie w przepisach prawa przekonaniu, że nie może podlegać wykluczeniu w związku ze zdarzeniami zaistniałymi w poprzednim stanie prawnym, to nie można twierdzić, że przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

W tej sytuacji bezprzedmiotowa pozostaje argumentacja Odwołującego, że nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd z tego powodu, że wykluczenia z 2020 r. miały miejsce w postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego, który miał wiedzę o ich przebiegu. Na marginesie jedynie Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska, jakoby nie mogło potencjalnie dojść do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd w przypadku, gdy Zamawiający określoną wiedzę powinien posiadać „z urzędu”. Stanowisko to jest błędne chociażby z tego powodu, że nie można wykluczyć, iż Zamawiający z powodu nieuwagi, złego przepływu informacji czy skali prowadzonej działalności może hipotetycznie przyjąć przedstawione przez wykonawcę informacje za prawdziwe. Stan świadomości Zamawiającego nie może mieć z tego punktu widzenia znaczenia rozstrzygającego.

Bez znaczenia pozostają również złożone przez Odwołującego dowody w postaci wyciągów z dokumentacji innych postępowań, mające potwierdzać, że w innych postępowaniach Zamawiający odmiennie oceniał kwestie będące obecnie przedmiotem sporu i dokonywał wyboru oferty Odwołującego. Wskazać jedynie należy, że oceny działań Zamawiającego dokonuje się w konkretnym postępowaniu, a o ich prawidłowości nie mogą świadczyć czynności lub zaniechania w innych postępowaniach. Niezależnie jednak od tego, zarzuty podniesione przez Odwołującego są zasadne, z powodów wskazanych powyżej.

Skoro Odwołujący nie mógł podlegać wykluczeniu z obecnie prowadzonych postępowań, należy stwierdzić, że przeprowadzona przez niego w trzech postępowaniach procedura samooczystczenia była zbędna, a kwestia oceny jej skuteczności przez

Zamawiającego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Na marginesie jedynie Izba wskazuje, że trudno czynić Odwołującemu zarzut z tego, iż po dwóch kolejnych

wykluczeniach podjął z ostrożności próbę samooczyszczenia w kolejnych postępowaniach, mimo że informował w dokumentach JEDZ o nieistnieniu okoliczności, które by takiego samooczyszczenia wymagały. Należy to uznać za uzasadnioną okolicznościami próbę zapobieżenia kolejnym wykluczeniom.

Mimo że omówione powyżej zarzuty okazały się zasadne we wszystkich sprawach, jedynie w dwóch z nich mogły prowadzić do uwzględnienia odwołania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W przypadku odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 3055/21 i KIO 3061/21 zasadność tych zarzutów nie mogła prowadzić do uwzględnienia odwołania z tego powodu, że oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona z uwagi na niezłożenie podmiotowego środka dowodowego (co przedstawiono w dalszej części uzasadnienia). Zatem naruszenie przez Zamawiającego ustawy co do drugiej z podstaw odrzucenia nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Z podobnych przyczyn oddaleniu podlegało odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3203/21. W tej sprawie niezasadne okazały się zarzuty dotyczące oferty Przystępującego ORFIX (o czym również w dalszej części uzasadnienia). Ponieważ oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu, a oferta Odwołującego, nawet gdyby uzyskała maksymalną liczbę punktów w kryteriach pozacenowych, byłaby mniej korzystna, naruszenie ustawy polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania.

Zarzuty dotyczące zmiany podmiotu udostępniającego zasoby (sygn. akt: KIO 3055/21,

KIO 3061/21)

Stan faktyczny:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.

c ustawy Pzp w sprawach o sygn. akt KIO 3055/21 i KIO 3061/21. W uzasadnieniu tych czynności w obu sprawach Zamawiający podał:

Przesłanką przemawiającą za odrzuceniem oferty złożonej przez Wykonawcę PLUS INWEST P. Ż. Sp. J. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp jest fakt, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy/wiedzy i doświadczenia oraz Jednolity Europejski Dokument

Zamówienia (JEDZ) podmiotu trzeciego nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez podmiot udostępniający zasoby.

Oferta Plus Inwest zawierała zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy/wiedzy i doświadczenia Firmy Usługowej T. B., natomiast brak było dokumentu JEDZ dla tego podmiotu.

Zamawiający 18.08.2021, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał do uzupełnienia JEDZ Firmy Usługowej T. B..

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przesłał (23.08.2021) JEDZ Firmy Usługowej T. B. podpisany podpisem zaufanym przez podmiot trzeci i podpisem kwalifikowanym przez Wykonawcę.

Zamawiający 02.09.2021 w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Plus Inwest do złożenia w formie elektronicznej Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia aktualnego na dzień składania ofert, opatrzonego kwalifikowalnym podpisem elektronicznym przez podmiot udostępniający tj. Firmę Usługową T. B.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przesłał (07.09.2021) wykaz usług oraz zobowiązanie innego podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy/wiedzy i doświadczenia, a także wykaz sprzętu i JEDZ wystawione przez: Roboty Drogowe D. K., zmieniając tym samym podmiot, na zdolnościach którego zamierzał pierwotnie skorzystać.

Kwestie związane z opatrywaniem ofert podpisem elektronicznym reguluje art. 63 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej (tj. opatruje się ją kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

Zgodnie z art. 781 § 1 KC do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy/wiedzy i doświadczenia (złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą) oraz Jednolity Europejski Dokument Zamówienia Firmy Usługowej T. B. tj. podmiotu trzeciego (złożony na wezwanie Zamawiającego) zostały opatrzone dwoma podpisami: podpisem zaufanym przez podmiot udostępniający zasoby oraz kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę.

Ze względu na to, że ww. dokumenty zostały przedstawione do zamówienia o wartości przekraczającej progi unijne i nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez podmiot udostępniający zasoby nie została zachowana forma wymagana przez przepisy ustawy Pzp. Podpis zaufany nie jest bowiem podpisem równoważnym z kwalifikowanym podpisem elektronicznym i użycie takiego podpisu nie oznacza złożenia oświadczenia w formie elektronicznej.

Wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, określonych w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, może być dokonywane tylko raz w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu. Powyższe wynika z obowiązku stosowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. Zamawiający dołożył wszelkiej staranności, aby wezwanie do złożenia, uzupełnienia i poprawienia oświadczeń i dokumentów, określonych w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp precyzyjnie wskazywało uchybienia jakich dopuścił się Wykonawca PLUS INWEST P. Ż. Sp. J., sposób usunięcia oraz termin i formę, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte (...).

Zamawiający w oparciu o utrwalone w użyciu orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zwraca uwagę, że obowiązkiem wykonawców jest składanie kompletnych wniosków czy ofert, natomiast instytucja uzupełnienia jest szczególnym narzędziem służącym konwalidowaniu błędów wykonawców, stanowiącym jednocześnie wyłom od wskazanej reguły, zatem nie może być interpretowania w sposób rozszerzający i stanowić obowiązku dla zamawiających doprowadzenia do stanu, w którym wnioski czy też oferty będą prawidłowe. Takiej wykładni przeczy również przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Ciężar odpowiedzialności za właściwe przygotowanie oferty spoczywa na wykonawcy, a zamawiający nie jest uprawniony a tym bardziej zobowiązany do podejmowania czynności w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do momentu aż wykonawca nie usunie wszystkich błędów.

Stan faktyczny przedstawiony w informacji o odrzuceniu oferty jest niesporny.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 122 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Stanowisko Izby:

Zarzuty są niezasadne.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na nieprzedstawienie podmiotowych środków dowodowych podmiotu udostępniającego mu zasoby.

W tym zakresie wskazać należy na ugruntowany w orzecznictwie pogląd o niedopuszczalności umożliwiania wykonawcy kilkukrotnego uzupełniania tych samych dokumentów. Uwzględnienie przekazanego pismem z 7 września 2021 r. dokumentu dotyczącego innego podmiotu trzeciego (Roboty Drogowe D. K.), stanowiłoby naruszenie tej zasady. Należy bowiem zauważyć, że oferta Odwołującego zawierała zobowiązanie podmiotu trzeciego - Firmy Usługowej T. B. do udostępnienia Odwołującemu zasobów, natomiast brak było dokumentu JEDZ dla tego podmiotu. Zamawiający zastosował wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 18 sierpnia 2021 r., jednak Odwołujący nie uzupełnił prawidłowo tego dokumentu (przedstawił JEDZ podpisany przez podmiot trzeci podpisem zaufanym oraz przez Wykonawcę podpisem kwalifikowanym). Już w momencie złożenia tego nieprawidłowego pod względem formalnym dokumentu zaktualizowała się podstawa odrzucenia oferty Odwołującego. Jeśli bowiem po zastosowaniu procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie zostanie złożony prawidłowy dokument, oferta podlega odrzuceniu

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Kolejne skierowane przez Zamawiającego wezwanie, z 2 września 2021 r., było zatem zbędne i niedopuszczalne, a dokumenty złożone w odpowiedzi na to wezwanie nie mogły być uznane za prawidłowo uzupełnione. Zamawiający przyznał, że popełnił w tym zakresie błąd, który - w ocenie Izby - próbował zasadnie naprawić, nie uwzględniając kolejnego uzupełnionego dokumentu. W przeciwnym razie Zamawiający kontynuowałby postępowanie obciążone błędem mogącym wpłynąć na jego wynik i naraziłby się na zarzuty ze strony innych wykonawców.

W ocenie Izby Odwołujący niezasadnie wywodzi prawo do złożenia po raz trzeci dokumentu podmiotowego z art. 122 ustawy Pzp. Przepis ten dotyczy sytuacji, kiedy sytuacja podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Takie okoliczności w rozpoznawanej sprawie nie wystąpiły. Jednocześnie przepis art. 122 nie może być interpretowany jako dodatkowa podstawa do uzupełnienia dokumentów w przypadku wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 i wcześniejszego złożenia dokumentów wadliwych.

Izba w pełni podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, która została wydana w odniesieniu do przepisów poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, pozostaje jednak aktualna w zakresie relacji między art. 122 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W opinii tej stwierdzono m.in.:

(...) regulacja wyrażona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest jedyną regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie dokumentów w przedmiocie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (niezależnie, czy dotyczą one wykonawcy samodzielnie wykazującego ich spełnienie i brak podstaw do wykluczenia, czy też wykonawcy wykazującego spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego). (...) W kontekście regulacji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, analizowany 22a ust. 6 ustawy Pzp może zatem jedynie określać sposób wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków przy pomocy zasobów podmiotów trzecich. (...). Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu podmiotu trzeciego, może, albo, dokonać stosownego uzupełnienia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo, skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, tj. na okoliczność wezwania zmienić podmiot trzeci na inny lub

samodzielnie spełnić warunek w zakresie udostępnianego zasobu. (...) Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie dubluje zatem zasady dotyczącej uzupełniania dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie ingeruje w nią i nie stanowi odrębnej regulacji względem tej zasady. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp - nie stanowi zatem także o możliwości dalszego badania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia ponad to na co przyzwala art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (reguła jednokrotnego wezwania o dany dokument). W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych nie jest zasadna interpretacja, która skutkuje rozszerzeniem podstaw prawnych regulujących zagadnienie uzupełniania dokumentów, w szczególności w zakresie zasady jednokrotnego uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykładnia systemowa nie pozwala bowiem na przyjęcie, że art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stanowi nową przesłankę uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób inny niż przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w sprawach o sygn. akt KIO 3055/21 i KIO 3061/21.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy ORFIX

Stan faktyczny:

Wartość zamówienia w zakresie zadania 4 została określona przez Zamawiającego na kwotę 16.645.277,31 zł. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 13.649.127,40 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- oferta Odwołującego: 10.624.292,90 zł,
- oferta ZABERD S.A.: 10.671.763,39 zł,
- oferta Przystępującego ORFIX: 7 554 723,96 zł,
- oferta ROTOMAT Sp. z o.o.: 13.876.949,67 zł.

Pismem z 29 września 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanych w piśmie pozycji kosztorysowych, zwracając się o przedstawienie informacji o przyjętych w Państwie kalkulacji: 1) kosztach pośrednich (m.in. przygotowanie, wprowadzenie oraz utrzymanie zatwierdzonej czasowej organizacji ruchu na czas wykonywania poszczególnych zadań, koszty amortyzacji i utrzymania sprzętu, koszty

opłat za przejazdy płatnymi odcinkami dróg,), 2) kosztach bezpośrednich (m.in. koszty

materiałów niezbędnych do wykonania poszczególnych zadań, koszty wszystkich sprzętów wykorzystywanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia wraz wskazaniem ich czasu pracy z podziałem na poszczególne sprzęty, koszty pracy osób niezbędnych do wykonania poszczególnych zadań wraz wskazaniem ich czasu pracy), 3) zysku, 4) oraz innych częściach składowych nie wymienione przez zamawiającego. dla każdej ze wskazanej poniżej ceny jednostkowej.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przedstawił wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia przedstawiają informacje na temat kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysowych wskazanych przez Zamawiającego.

Pismem z 7 października 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do dodatkowych wyjaśnień w odniesieniu do pozycji kosztorysowych nr 30, 53 i 59. W odpowiedzi Przystępujący wyjaśnił, że w przedstawionej kalkulacji ww. pozycji doszło do omyłek pisarskich. Przystępujący przedstawił skorygowane kalkulacje w zakresie tych pozycji.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich

istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Stanowisko Izby:

Zarzut jest niezasadny.

Przede wszystkim wskazać należy, że zarzut ten został sformułowany w odwołaniu wyłącznie poprzez wyliczenie pozycji kosztorysowych, ze wskazaniem zaoferowanych przez Przystępującego cen oraz ogólnikowe zanegowanie prawidłowości ich wyceny. Odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu podstaw faktycznych stawianych zarzutów, dopiero podczas rozprawy próbując nadać im skonkretyzowaną treść. W odwołaniu w żadnej mierze nie zakwestionowano złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, co więcej - stwierdzono, że w ogóle ich nie złożył, co jest niezgodne ze stanem faktycznym. Podczas rozprawy natomiast Odwołujący twierdził, że wyjaśnienia Odwołującego są błędne i wskazywał, w czym upatruje wadliwości dokonanej wyceny. Zarzuty sformułowane w taki sposób są wadliwe i już z tego powodu nie mogą zostać uwzględnione.

Podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń, nie może natomiast mieć charakteru blankietowego. Niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, Odwołujący ma obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Tak ogólne stwierdzenia, jakie podniósł w niniejszej sprawie Odwołujący, nie mogą być uznane za prawidłowo określone zarzuty. Zostały one sformułowane w taki sposób, że Izba musiałaby, działając niejako z urzędu, poddać generalnej weryfikacji kosztorys Przystępującego albo umożliwić Odwołującemu sprecyzowanie zarzutów dopiero podczas rozprawy. Do takiego działania Izba nie jest uprawniona.

Wobec faktu, że zarzuty podniesione w odwołaniu ograniczają się do wskazania zakwestionowanych pozycji kosztorysu i ogólnego zanegowania ich prawidłowości, nie mogą być uznane za zasadne. Odwołujący nie wskazał, jakie elementy wyceny w poszczególnych pozycjach kwestionuje, jakie są jego zdaniem minimalne poziomy poszczególnych rodzajów kosztów oraz dlaczego uważa, że Przystępujący nie udowodnił prawidłowości wyceny. Twierdzenia Odwołującego podniesione dopiero podczas rozprawy wykraczają poza tak określony zakres zarzutów, co powoduje, że nie mogą być przez Izbę uwzględnione. Tym samym nie mogą być uwzględnione dowody przedstawione przez Odwołującego na poparcie tych twierdzeń (dokumentacja zdjęciowa mająca potwierdzać zakres niektórych rodzajów prac, cennik odbioru odpadów, faktura za zakup sadzonek).

Co więcej, Odwołujący podczas rozprawy podnosił, że w obu wyjaśnieniach wykonawca przedstawił gołosłowne i ogólnikowe informacje, podczas gdy w odwołaniu twierdził, że Zamawiający nie dysponuje wyjaśnieniami Przystępującego, mimo wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, dlatego zasadny jest zarzut, że wykonawca nie

przedstawił Zamawiającemu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Poza tym, że stanowisko Odwołującego jest sprzeczne, to nie ma oparcia w stanie faktycznym sprawy. Izba ustaliła bowiem, że Przystępujący dwukrotnie złożył wyjaśnienia (pisma z 6 października 2021 r. oraz z 8 października 2021 r.), które znajdują się w dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego (sygn. akt KIO 3226/21)

Stan faktyczny:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, stwierdzając, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

Wartość zamówienia została przez Zamawiającego określona na kwotę 16.866.628,69 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit c ustawy Pzp, to 5.620.540,11 zł.

Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 9.950.661,49 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) ALSA A.A. S. Sp. j. - 9.763.924,50 zł,
- 2) Plus Inwest P. Ż. Sp. j. - 9.699.958,35 zł,
- 3) Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany E. K.(3) - 22.229.082,75 zł,
- 4) ZABERD S.A. - 11.304.810,69 zł.

Pismem z 13 sierpnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących niektórych cen jednostkowych. Zamawiający wskazał, że powziął podejrzenie rażąco niskich cen jednostkowych wskazanych poniżej w oparciu o arytmetyczne kryterium, w którym punktem odniesienia są poszczególne ceny jednostkowe przyjęte przez zamawiającego do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. Ceny jednostkowe wskazane poniżej odbiegają od cen ustalonych przez zamawiającego o ok. 30% i więcej. Prosimy o jednoznaczną i precyzyjną szczegółową kalkulację nw. pozycji jednostkowych mających wpływ na cenę ofertową, mając na uwadze zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty robocizny, sprzętu, materiałów, transportu a także zakładany poziom zysku oraz zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie: (...).

Wezwanie dotyczyło: poz. 5 Uzupełnienie poboczy ziemnych oraz skarp wraz z plantowaniem z dowiezieniem materiału poz. 6 Umocnienie poboczy destruktem bitumicznym zamawiającego wraz z kosztem transportu poz. 7 Umocnienie poboczy destruktem bitumicznym lub kruszywem kamiennym wykonawcy wraz z kosztem transportu poz. 8 Naprawa i przełożenie ścieków przykrawędziowych z elementów betonowych na ławie betonowej poz. 11 Wykonanie ścianek czołowych przepustów z kamienia poz. 14 Wykonanie części przelotowej prefabrykowanych przepustów drogowych rurowych (żelbetowych) o średnicy od 90 cm do 150 cm poz. 17 Wykonanie ławy żwirowej pod przepustami poz. 23 Rozbiórka konstrukcji kamiennej na zaprawie cementowej z wywozem materiału na składowisko poz. 24 Rozbiórka konstrukcji kamiennej na zaprawie cementowej z wywozem materiału na składowisko poz. 39 Rozebranie podbudowy z kruszywa z wywozem materiału na składowisko poz. 42 Odbudowa studni i wpustów poz. 44 Wykonanie przecinek

w poboczach - rowków odwadniających poz. 45 Odbudowa rowów z odwiezieniem uzyskanego gruntu na składowisko poz. 46 Przegląd i utrzymanie separatorów poz. 47 Pompowanie wody po ulewach poz. 66 Usuwanie z jezdni i poboczy dróg rannych i padłych zwierząt wraz z ich utylizacją poz. 67 Oczyszczenie zbiorników odparowywalnych z odwiezieniem materiału na składowisko poz. 68 Konserwacja i czyszczenie wylotów kanalizacji deszczowej poz. 69 Oczyszczenie kanalizacji deszczowej tj. studzienek wpustów ulicznych wraz z przykanalikiem z zastosowaniem specjalistycznego sprzętu do oczyszczenia kanalizacji deszczowej /WUKO/ z wywozem do miejsca utylizacji poz. 70 Odmulanie przepustów pod drogą sprzętem specjalistycznym /WUKO/ z wywozem do miejsca utylizacji poz. 75 Odmulanie przepustów drogowych o świetle poziomym ≤ 100 cm wraz z odwiezieniem i utylizacją zanieczyszczeń poz. 83 Wywóz wraz z utylizacją zgromadzonych na Obwodach Drogowych odpadów PCV (np. zderzaki, tapicerki) poz. 86 Mycie punktowych elementów odblaskowych U-1c zamontowanych na barierach ochronnych poz. 89 Mechaniczne i ręczne koszenie traw, chwastów oraz oczyszczanie chodników, krawężników, ścieków i schodów z trawy zalegającej po koszeniu poz. 91. Grabienie wraz z wywozem skoszonej trawy na składowisko Wykonawcy poz. 92 Sadzenie krzewów - materiał Wykonawcy poz. 95 Usunięcie z pasa drogowego wiatrołomów wraz z karczowaniem karpin oraz odwiezieniem na składowisko Wykonawcy poz. 96 Zbieranie gałęzi z pasa drogowego wraz z ich odwiezieniem na składowisko Wykonawcy poz. 108 Odmładzanie, pielęgnacja żywopłotów polegająca na wycięciu suchych lub przycięciu zdrowych i połamanych gałęzi piłami lub nożycami z trzech stron oraz zebranie i wywóz na składowisko Wykonawcy poz. 110 Ogląwanie drzew wraz z odwiezieniem gałęzi na składowisko Wykonawcy poz. 116 Brygada interwencyjna w dni robocze i dni wolne od pracy poz. 117 Zastępcze usunięcie z pasa drogowego pozostałości po akcji usuwania skutków zdarzeń drogowych wraz z ich utylizacją poz. 118 Objazd dróg w dni wolne od pracy (patrol autostrady A4 Krzyżowa - Budziszów Wielki) poz. 119 Objazdy dróg w dni wolne od pracy (patrol dk nr 3 Jeżów - Jelenia Góra) poz. 120 Objazd dróg w dni wolne od pracy (patrol drogi ekspresowej S3 Legnica Północ - Bolków) poz. 122 Demontaż siatki ogrodzeniowej wraz z wykopaniem z gruntu oraz rozbiórką słupków, bram i furtek stalowych poz. 125 dostawa i montaż furtki stalowej ocynkowanej (1,20x2,20) wraz z obrzeżem betonowym poz. 126 dostawa i montaż furtki stalowej ocynkowanej (1,20x2,40) wraz z obrzeżem betonowym poz. 127 dostawa i montaż bramy stalowej dwuskrzydłowej ocynkowanej (4,00x2,20) wraz z krawężnikiem betonowym poz. 128 dostawa i montaż bramy stalowej dwuskrzydłowej ocynkowanej (4,00x2,40) wraz z krawężnikiem betonowym poz. 130 Usuwanie graffiti z elementów pasa drogowego np. z ekranów akustycznych poz. 131 Geodezyjne wyznaczenie położenia w terenie punktu pasa drogowego wraz z wkopaniem słupka na podstawie dokumentów udostępnionych przez Zamawiającego (szkice, współrzędne) poz. 132 Geodezyjny pomiar odległości ustawionej w terenie reklamy od krawędzi pasa drogowego poz. 133 Wymiana lub uzupełnienie kraty osłaniającej przepust przed dzikimi zwierzętami poz. 134 Wymiana lub uzupełnienie elementów drewnianych ekranów akustycznych poz. 135 Wymiana lub uzupełnienie elementów z tworzywa sztucznego ekranów akustycznych poz. 136 Drzwi drewniane ekranów wymiana lub uzupełnienie poz. 137 Drzwi z tworzywa sztucznego ekranów wymiana lub uzupełnienie poz. 138 Drzwi aluminiowe ekranów wymiana lub uzupełnienie poz. 140 Konserwacja elementów drewnianych (ekranów akustycznych) poz. 141 Wymiana lub uzupełnienie płotków herpatologicznych PCV 50x100 poz. 142 Wymiana lub uzupełnienie płotków herpatologicznych z siatki metalowej poz. 143 Wymiana lub uzupełnienie słupa metalowego ocynkowanego ekranów akustycznych poz. 144 Uzupełnianie, wymiana i konserwacja samozamykaczy (uzupełnienie kłódek wraz z kpl. kluczy) wraz z korektą ustawienia słupków w bramach i furtkach ogrodzenia w przypadku braku możliwości otwarcia poz. 146 Wymiana lub ustawienie słupków do siatek metalowych, siatek z tworzyw sztucznych.

Odwołujący złożył wyjaśnienia, przy czym szczegółową kalkulację zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z 3 września 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o dodatkowe informacje do przedłożonych w wyjaśnieniu Wykonawcy kalkulacji dla poz. nr 116, 118 i 120, a mianowicie w jaki sposób uwzględniono i skalkulowano koszty pracy niezbędnej do realizacji tych części zamówienia. W wyjaśnieniu prosimy o przedstawienie informacji jak uwzględniono koszty pracy oraz ich wyliczenie dla 1 jednostki obmiarowej wymienionych pozycji.

Odwołujący złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach z 16 sierpnia 2021 r. Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów i nie poparł swoich wyjaśnień jednoznacznie i precyzyjnie kalkulacją np. na ogólnie przyjętych zasadach kosztorysowania, by wykazać prawdziwość zaoferowanych cen jednostkowych. W przesłanych dokumentach nie przedłożył wyjaśnień do pozycji jednostkowych, o które prosił Zamawiający, lecz przedłożył kalkulację do całych wartości pozycji, - nie przedłożył

również żadnych dowodów/ofert/oświadczeń/zobowiązań na potwierdzenie złożonych wyjaśnień/kalkulacji, - oferent zadeklarował jedynie na piśmie dysponowanie własnym sprzętem, własnymi narzędziami, odpowiednio wykwalifikowanym personelem, materiałami budowlanymi i eksploatacyjnymi, własną bazą i zapleczem, własnym oznakowaniem nie przedstawiając żadnych dowodów na potwierdzenie tych dyspozycji. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziły przede wszystkim wyjaśnienia oferenta do pozycji kosztorysowej nr 116, 118 oraz 120. Zamawiający postanowił ponownie zwrócić się do Wykonawcy pismem nr O.WR.D-3.2413.17.2021 z dnia 03.09.2021r. o złożenie wyjaśnień do pisemnej odpowiedzi Wykonawcy z dnia 16.08.2021r. Zamawiający zażądał uszczegółowienia kalkulacji w odniesieniu do przedłożonych wyjaśnień w dniu 16.08.2021r., w zakresie cen jednostkowych w pozycjach kosztorysowych nr 116,118,120. Wykonawca przesłał odpowiedź pismem w dniu 07.09.2021r., która w opinii Zamawiającego jest nierzetelna i ponownie nie zawiera uszczegółowienia wyliczeń pozycji kosztorysowych nr 116, 118, 120 w stosunku do swojej odpowiedzi z dnia 16.08.2021r. Wykonawca przedstawił całkiem nowe kalkulacje, które wobec wcześniejszych wyliczeń z dnia 16.08.2021r., są niespójne. Wobec powyższego Zamawiający stwierdza, że Wykonawca nie wykazał w sposób wystarczający prawdziwości zaoferowanych cen jednostkowych wyszczególnionych pozycji, a istotne części składowe ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie umożliwiają wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie dowodzą, że Jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub jej istotnych części składowych. Udzielone wyjaśnienia są ogólnikowe i uniemożliwiają ocenę realności kosztów, które Wykonawca poniesie, a tym samym nie gwarantują wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i w związku z tym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu. W związku z powyższym, Zamawiający nie dokonał oceny oferty w zakresie zaistnienia pozostałych przesłanek wykluczenia/odrzucenia oferty.

W zakwestionowanych pozycjach Odwołujący zaoferował następujące kwoty:

- poz. 116 - Brygada interwencyjna w dni robocze i dni wolne od pracy): 315.000,00 zł,
- poz. 118 - Objazd dróg w dni wolne od pracy (patrol autostrady A4 Krzyżowa - Budziszów Wielki): 64.800,00 zł,
- poz. 120 - Objazd dróg w dni wolne od pracy (patrol drogi ekspresowej S3 Legnica Północ - Bolków): 64.800,00 zł.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie

ceny lub kosztu.

Stanowisko Izby:

Zarzut jest zasadny.

Izba stwierdziła, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę.

W tym zakresie wskazać należy, że rozstrzygając o podstawach do odrzucenia oferty Izba nie bada całościowo ceny oferty, ale czynność Zamawiającego polegającą na ocenie

złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp).

Rozstrzygnięcie przedmiotowego zarzutu wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Podkreślić również należy, że zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie łączy w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej informuje wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego Zamawiający uznał, że oferta danego wykonawcy podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające to odrzucenie. Ocena dokonywana przez łączy w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

Analiza informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie wykazał zasadności tej czynności. Z uzasadnienia odrzucenia nie wynika nawet, czy podstawą odrzucenia była wycena wszystkich pozycji kosztorysowych, do których wyjaśnienia Zamawiający wzywał, czy też trzech pozycji, o których Zamawiający stwierdził, że przede wszystkim wzbudziły jego wątpliwości. W uzasadnieniu przedstawiono ogólne zastrzeżenia dotyczące złożonych wyjaśnień, niepowiązane z konkretnymi pozycjami kosztorysu.

Zamawiający nie wyjaśnił, jakie znaczenie ma to, że Odwołujący w przesłanych dokumentach nie przedłożył wyjaśnień do pozycji jednostkowych, o które prosił Zamawiający, lecz przedłożył kalkulacje do całych wartości pozycji. W ocenie łączy kalkulacja wartości całych pozycji również pozwala zweryfikować prawidłowość wyceny, inny jest jedynie sposób prezentacji tej wyceny. Zamawiający nie przedstawił w uzasadnieniu odrzucenia żadnych argumentów, które by problem z weryfikacją tak zaprezentowanej wyceny uzasadniały.

Przy ocenie zasadności przedmiotowego zarzutu najistotniejsze jest jednak to, że Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania istotności zakwestionowanych pozycji kosztorysowych (jak się wydaje, chodzi o 3 pozycje, co do których Zamawiający żądał dodatkowych wyjaśnień, jednak uzasadnienie odrzucenia nie jest w tym zakresie precyzyjne).

Zauważenia wymaga, że w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, podstawa wezwania do wyjaśnień zachodzi, gdy jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego. W konsekwencji przyczyną odrzucenia oferty może być rażące zaniżenie całej ceny lub jej części składowych, ale tylko takich, które mają charakter istotny. Cena całkowita nie była przez Zamawiającego kwestionowana - trudno zresztą byłoby zakwestionować cenę, która jest niemal taka sama, jak budżet Zamawiającego. Skoro podstawą odrzucenia oferty było rażące zaniżenie części składowych ceny, to Zamawiający miał obowiązek wykazać ich istotność.

Ustawa Pzp nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie łączy należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których

zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania takiej istotności, w uzasadnieniu odrzucenia w ogóle nie odnosząc się do tej kwestii, co również potwierdza wadliwość czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego należy stwierdzić, że czynność ta była niezasadna z powodów opisanych powyżej. W tej sytuacji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostają złożone podczas rozprawy dowody, zarówno przez Odwołującego (przy czym dowody mające potwierdzać prawidłowość ceny, niezłączone do wyjaśnień, i tak należałoby uznać za spóźnione), jak i przez Przystępującego (wykraczają one bowiem poza zakres okoliczności wskazanych przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego). Dla rozstrzygnięcia zarzutu istotne bowiem było to, że Zamawiający w przedstawionym uzasadnieniu odrzucenia nie wykazał zasadności tej czynności, w tym przede wszystkim całkowicie pominął kwestię istotności tych elementów ceny, które jego zdaniem nie zostały należycie skalkulowane i wyjaśnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp.

W sprawach o sygn. akt KIO 3055/21, KIO 3061/21 oraz KIO 3203/21 Izba, w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r. poz. 2437), zasądziła na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego, jednakże w wysokości niższej niż wnioskowana. Izba wzięła pod uwagę, że istotne zarzuty podniesione w tych sprawach okazały się zasadne, a oddalenie odwołań nastąpiło ze względu na brak wpływu stwierdzonych naruszeń na wynik postępowania. Zamawiający więc w znacznym zakresie tych spraw prezentował stanowisko niezasadne. W ocenie Izby w tej sytuacji za uzasadniony koszt strony może być uznany koszt zastępstwa prawnego w wysokości 1.800,00 zł w każdej ze spraw, to jest 50% wartości uwzględnionej w złożonym rachunku.

W sprawach o sygn. akt KIO 3199/21 oraz KIO 3226/21 Izba, w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 ww., stosownie do wyniku postępowania zasądziła koszty postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: