

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez Odwołującego: wykonawcę - B. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe "AKRO" B. M., ul. Kręta 8, 43-502 Czechowice-Dziedzice (KIO 983/22),

B. w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez Odwołującego: wykonawcę "JARKOP A.J. JARCO - SPÓŁKA JAWNA", Wieprz, ul. Wierzbowa 473, 34-382 Bystra (KIO 984/22),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Bielsko-Biała - Miejski Zarząd Dróg w Bielsku-Białej, ul. Michała Grażyńskiego 10, 43-300 Bielsko-Biała, przy udziale wykonawcy M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa K. M. K., ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 983/22 i KIO 984/22 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 983/22 oraz KIO 984/22 w zakresie zarzutu

dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 1 i numer 2 zamówienia,
- wezwanie wykonawcy M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa K. M. K., ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin do złożenia wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny w zadaniu numer 1 i numer 2,  
- ponowną ocenę i badanie ofert,

2. w pozostałym zakresie oddala oba odwołania,

3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 983/22 obciąża Zamawiającego w części 1/6 i Odwołującego w części 5/6 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 357 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzysta pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy).

4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 984/22 obciąża Zamawiającego w części 1/6 i Odwołującego w części 5/6 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 357 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzysta pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

#### UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Bielsko-Biała - Miejski Zarząd Dróg w Bielsku-Białej prowadzi

na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie podstawowym o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Bieżące utrzymanie oraz modernizacja urządzeń odwadniających położonych na terenie miasta Bielska-Białej w zakresie wymiany przepustów, udrażniania rowów, układania ścieków betonowych i płyt ażurowych, itp., z podziałem na dwie części zamówienia, zwane również „Zadaniami”.

W dniu 8 kwietnia 2022r. wykonawca - B. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „AKRO” w Czechowicach-Dziedzicach (dalej: „Odwołujący\_1”) wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 1, natomiast wykonawca "JARKOP A.J. JARCO - SPÓŁKA JAWNA" z siedzibą w Bystrej (dalej: „Odwołujący\_2”) wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 2.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 224 ust. 1, 2 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - M. K. prowadzącego Firmę Handlowo Usługową K. w Imielinie (dalej: „Przystępujący”) do udzielenia wyjaśnień zaofertowanej ceny zarówno w zakresie zadania nr 1 i nr 2 pomimo, że cena ofert w tych zadaniach wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt Pzp oraz 17 ust 2 Pzp poprzez wadliwy oraz przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

2. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zadaniach nr 1 i 2, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę rażąco niską,

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępującego, mimo że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

4. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5. art. 128 ust. 1 Pzp poprzez ponowienie do Przystępującego w dniu 15 marca 2022 r. wezwania do złożenia wykazu robót w sytuacji, gdy uzupełnione przez niego w dniu 11 marca 2022 r. dokumenty i złożone wyjaśnienia nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

6. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w zadaniach nr 1 i nr 2, mimo że nie spełniał on warunków udziału w tym postępowaniu, co doprowadziło do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 551 ust. 1 i ust. 3 Pzp Odwołujący\_1 i Odwołujący\_2 wnieśli o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołań,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane w odwołaniach, a także:
3. nakazanie Zamawiającemu:
  - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i nr 2 jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
  - b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zadaniach nr 1 i nr 2 w postępowaniu i w jej ramach wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
  - c) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniach nr 1 i nr 2,
  - d) odrzuceniu oferty Przystępującego w zadaniach nr 1 i nr 2.

Uzasadniając zarzuty zawarte w odwołaniach Odwołujący\_1 i Odwołujący\_2 (dalej: „Odwołujący”) wskazali, że Zamawiający w pkt 6 ppkt 6.2.4.1. SWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia) wskazując, że warunek zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej:

- a) 1 (jedno) zamówienie (umowę) o wartości minimum 400 000,00 zł brutto, polegające na bieżącym utrzymaniu lub modernizacji urządzeń odwadniających, przez nieprzerwany okres co najmniej 5 miesięcy i obejmujące swym zakresem co najmniej roboty polegające na wymianie, remoncie, przebudowie lub budowie przepustów, lub
- b) 1 (jedną) robotę budowlaną, o wartości minimum 100 000,00 zł brutto, polegającą na wymianie, remoncie, przebudowie lub budowie przepustów.

Odwołujący wskazali, że Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia w trybie art. 274 Pzp podmiotowych środków dowodowych, złożył w dniu 4 marca 2022 r. m.in. :

- a) oświadczenie o zmianie podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem (tj. z ASMK Sp. z o.o. ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin na D. C. prowadzącego Firmę Budowlano Melioracyjną z siedzibą ul. Czerniny 14, 41-403 Chełm Śląski). Przystępujący jednocześnie oświadczył, iż nowo wskazany podmiot udostępni swoje zasoby w takim

samym zakresie jak podmiot wskazany pierwotnie (tj. w zakresie doświadczenia, nadzoru i koordynacji prac oraz że wykona 10% zakresu robót);

b) wykaz robót stanowiący załącznik nr 3 do SWZ w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z którego wynika, że Przystępujący w ramach swojej działalności gospodarczej wykonał na rzecz Polskiej Grupy Górniczej SA Oddział KWK Piast-Ziemowit z siedzibą w Bieruniu zamówienie pn.: „Odwodnienie terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej - przebudowa rowu C w okresie od 21.07.2020 r. do 21.07.2021 r.”. W ww. wykazie Wykonawca nie wskazał wartości zrealizowanego zadania.

c) protokół odbioru wykonanych robót z dnia 21.07.2021r., z którego wynika, iż zamówienie polegające na odwodnieniu terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej - przebudowa rowu C o wartości 351.750,00 zł odbywało się w ramach „Naprawy szkód górniczych w obiektach i urządzeniach melioracji podstawowej i szczegółowej” .

Kolejno Odwołujący wskazali, że w dniu 11 marca 2022 r. Zamawiający, odnosząc się do treści oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego wezwał go w trybie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp m.in. do:

a) wyjaśnienia czy zamówienie wskazane w wykazie obejmowało swoim zakresem wymianę, remont, przebudowę lub budowę przepustów o wartości min. 100.000,00 zł brutto oraz - w razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej - do:

b) ponownego złożenia wykazu robót skorygowanego w treści w kolumnie pierwszej poprzez wskazanie że zamówienie w nim przedstawione zostało wykonane przez D. C.,

c) ponownego złożenia cyfrowego odwzorowania protokołu odbioru robót, który winien być podpisany przez D. C.

Odwołujący wskazali, że w odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 11 marca 2022 r. Przystępujący przedłożył m.in.:

a) oświadczenie, że roboty wskazane jako doświadczenie w wykazach robót dla zadania nr 1 i zadania nr 2 obejmowały swym zakresem wymianę, remont, przebudowę lub budowę przepustów, o wartości przekraczającej 100 000,00 zł brutto. Do ww. pisma wykonawca załączył skan fragmentu projektu technicznego pn. „Utrzymanie urządzeń wodnych (rowu melioracyjnego w Chełmie Śląskim wraz z urządzeniami towarzyszącymi) w celu zachowania ich funkcji „Odwodnienie terenu Chełm Śląski, Dzikowa-Błędów-Odrodzenia” zawierający opis robót wykonanych, z którego wynika, że przedmiotem zamówienia nie była wymiana, remont, przebudowa lub budowa przepustów o wartości przekraczającej 100.000,00 zł brutto lecz bieżące utrzymanie (konserwacja) oraz oczyszczenie urządzeń wodnych w celu zachowania ich funkcji i możliwości dalszego użytkowania o wartości 351.750,00 zł ,

b) ponownie cyfrowe odwzorowanie protokołu odbioru robót (które w istocie niczym się nie różni od uprzednio złożonego już dokumentu), oraz

c) poprawiony zgodnie ze wcześniejszą sugestią Zamawiającego wykaz robót.

Odwołujący wskazali, że Zamawiający w dniu 15 marca 2022 r., po analizie treści oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego wezwał go ponownie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do powtórnego złożenia wykazu robót i dowodów (dokumentów) określających, że wskazane w nim roboty zostały wykonane należycie. W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśnił, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia) albowiem z przedłożonego uprzednio skanu fragmentu projektu technicznego wynika, że przedmiotem realizowanego zamówienia nie była wymiana, remont, przebudowa lub budowa przepustu lecz bieżące utrzymanie (konserwacja) oraz oczyszczenie urządzeń wodnych. Przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 18 marca 2022 r. przedłożył:

a) oświadczenie o rezygnacji z podmiotu trzeciego wraz z informacją, iż samodzielnie wykaże spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz samodzielnie zrealizuje przedmiot umowy,

b) referencje wystawione przez D. C., z których wynika, iż Przystępujący wykonał z należytą starannością przedmiot zamówienia pn. „Odwodnieniu terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej - przebudowa rowu C” o wartości 105.780,00 zł w terminie od 13.07.2021 r. do 21.07.2021 r., oraz

c) wykaz robót, w którym ponownie wskazał zamówienie pn „Odwodnieniu terenu

w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej przebudowa rowu C", ale tym razem w treści jako Wykonawcę wpisał siebie, zaś jako Zamawiającego D. C.

W ocenie Odwołujących, opisane w odwołaniach okoliczności pozwalają przyjąć, że Zamawiający, dokonując wyboru oferty Przystępującego zarówno w zadaniu nr 1 jak i nr 2, dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, kierując się błędnym nieuzasadnionym przyjęciem, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia), podczas gdy Przystępujący zarówno w chwili złożenia oferty, jak i w chwili wyboru jego oferty tych warunków nie spełniał. Taki wniosek w ocenie Odwołujących należy wyciągnąć z treści przedłożonego przez Przystępującego skanu fragmentu projektu technicznego pn. „Utrzymanie urządzeń wodnych (rowu melioracyjnego w Chelmie Śląskim wraz z urządzeniami towarzyszącymi) w celu zachowania ich funkcji „Odwodnienie terenu Chelmu Śląski, Dzikowa-Błędów-Odrodzenia” zawierającego opis robót wykonanych, a z którego wynika, iż przedmiotem zamówienia realizowanego przez D. C. (podmiot udostępniający swoje zasoby Wykonawcy) na rzecz Polskiej Grupy Górniczej SA Oddział KWK Piast-Ziemowit z siedzibą w Bieruniu było bieżące utrzymanie (konserwacja) i oczyszczenie urządzeń wodnych w celu zachowania ich funkcji i możliwości dalszego użytkowania o wartości 351.750.00 zł, a nie wymiana, remont, przebudowa lub budowa przepustów o wartości przekraczającej 100.00.00 zł brutto. Dokument ten został w sposób prawidłowy i właściwy zinterpretowany przez Zamawiającego, jednakże dalsze jego kroki w postaci wezwania Przystępującego do ponownego złożenia wykazu robót wraz z odpowiednimi dowodami należy ocenić jako podjęte z naruszeniem art. 128 Pzp

Odwołujący wskazali, że skoro wyjaśniony i uzupełniony w trybie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp wykaz robót oraz ich zakres zawierał adekwatne i wystarczające informacje dla negatywnego zweryfikowania spełnienia przez Przystępującego warunku udziału, Zamawiający nie miał podstaw prawnych do wystosowania kolejnego wezwania do Przystępującego, w celu uzupełnienia tego wykazu. Ponowne wezwanie Przystępującego przez Zamawiającego doprowadziło w istocie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający wzywał kilkakrotnie do potwierdzenia tej samej okoliczności (spełnienia warunku udziału w postępowaniu) i uzupełnienia tego samego oświadczenia (wykazu robót). W kontekście powyższego, Zamawiający winien był na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp odrzucić ofertę złożoną przez Przystępującego z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w postaci wymaganego doświadczenia szczegółowo określonego w treści SWZ. Tymczasem Przystępujący w odpowiedzi na kolejne wezwanie Zamawiającego do przedłożenia nowego wykazu robót, przedłożył poza oświadczeniem o rezygnacji z podmiotu trzeciego wraz z informacją, iż samodzielnie wykaże spełnienie warunków udziału w postępowaniu, także referencje wystawione przez D. C., z których wynika, iż Przystępujący wykonał z należyłą starannością przedmiot zamówienia pn. „Odwodnieniu terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej przebudowa rowu C” o wartości 105.780,00 zł w terminie od 13.07.2021 r. do 21.07.2021 r. (zwrócenia uwagi w tym miejscu wymaga, iż w wykazie robót składanym na pierwsze żądanie Zamawiającego, Wykonawca wskazał inny termin realizacji tych samych robót tj. 21.07.2020 r. do 21.07.2021 r.) oraz nowy (kolejny) wykaz robót, w którym poza zmianą podmiotów realizujących zadanie, ponownie wskazał zamówienie pn. „Odwodnieniu terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej przebudowa rowu C” (w wykazie robót składanym na pierwsze żądanie Zamawiającego, Wykonawca wskazał to samo zamówienie, którego finalnie zakres rzeczowy jako nieodpowiadający warunkom udziału stawianym przez Zamawiającego został przez niego zakwestionowany). W oparciu o ww. dokumenty i oświadczenia Zamawiający uznał, iż Przystępującego spełnia warunek udziału w zakresie zdolności technicznej, co doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zarówno w zadaniu nr 1 jak i nr 2 zamówienia. W ocenie Odwołujących podjęte czynności przez Zamawiającego, który postanowił dopasować rozumienie treści wykazu robót do sytuacji Przystępującego, który złożył ofertę z najniższą ceną, w sposób oczywisty przeczą prowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale także nie zapewniają przejrzystości tego postępowania, czyli naruszają zasady, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Z ostrożności Odwołujący wskazali, iż nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający w sposób prawidłowy wezwał Przystępującego pismem z dnia 15 marca 2022 r. do uzupełnienia wykazu robót wobec niespełnienia przez niego warunku udziału, czyli że nie doszło do naruszenia zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia, to nie sposób uznać, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu (tj. posiada wymagany potencjał techniczny w zakresie doświadczenia i wiedzy). Przystępujący w złożonym ponownie wykazie robót wskazał bowiem, to samo zamówienie, które przedstawiał w pierwszym i drugim wykazie robót składanym na żądanie Zamawiającego, tj. „Odwodnienie terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej — przebudowa rowu C”. Analiza tego ponownego wykazu robót nie może zostać przeprowadzona w oderwaniu od uprzednio złożonych przez Przystępującego dokumentów i oświadczeń, w tym w szczególności z pominięciem skanu fragmentu projektu technicznego pn. „Utrzymanie urządzeń wodnych (rowu melioracyjnego w Chelmie Śląskim wraz z urządzeniami

towarzyszącymi) w celu zachowania ich funkcji „Odwodnienie terenu Chełm Śląski, Dzikowa-Błędów-Odrodzenia” zawierającego opis robót wykonanych, a którego ocena na poprzednim etapie doprowadziła Zamawiającego do przekonania, iż Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej. W ocenie Odwoływających Zamawiający najpóźniej w tym momencie winien dokonać odrzucenia oferty Przystępującego z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie jak to uczynił dokonać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Kolejno Odwoływający wskazali, że jak wynika z udostępnionej przez Zamawiającego informacji, Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 2 298 3 11,58 zł brutto, w tym na:

- Zadanie I — kwotę: 1 149 155,79 zł brutto,
- Zadanie II — kwotę: 1 149 155,79 zł brutto.

Zgodnie z opublikowanymi przez Zamawiającego danymi z procedury otwarcia ofert w postępowaniu na zadanie nr 1 złożyło ofertę łącznie dwóch wykonawców:

1. cena oferowana przez Przystępującego: 784.913,43 zł

2. cena oferowana przez Odwoływającego: 1.057.455,60 zł.

Zgodnie natomiast z opublikowanymi przez Zamawiającego danymi z procedury otwarcia ofert w postępowaniu na zadanie nr 2 złożyło ofertę łącznie trzech wykonawców:

1. cena oferowana przez Przystępującego: 784.913,43 zł,
2. cena oferowana przez Odwoływającego: 1.039.202,40 zł,
3. cena oferowana przez B. M.: 1.057.455.60 zł.

Odwoływający wskazali, że w zadaniu nr 1 oferta Przystępującego znacząco odbiega od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz od drugiej złożonej w postępowaniu oferty. Skala ponad 32% niedoszacowania w relacji jednocześnie do wartości zamówienia jak i 26 % w stosunku do drugiej oferty jest najlepszym potwierdzeniem konieczności zastosowania wezwania do wyjaśnień ceny. W zadaniu numer 2 oferta Przystępującego jest natomiast niższa o 32% od wartości zamówienia oraz o 25 % w stosunku do drugiej oferty. Odwoływający podkreślili, że dokonana przez nich w zadaniu 1 i 2 wycena rynkowa zamówienia, ale także przez Zamawiającego potwierdza, że cena oferty Przystępującego w zadaniu 1 i 2 ma znamiona rażąco niskiej, nierynkowej i niepozwalającej na realizację zamówienia z należytą starannością. Sam fakt, że został osiągnięty wskaźnik, o którym mowa w art. 224 ust 2 Pzp oznacza obowiązek wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, a czego Zamawiający zaniechał. Zdaniem Odwoływających różnica pomiędzy cenami Przystępującego a cenami kolejnej oferty jest na tyle duża, że powinna stanowić dla Zamawiającego wyraźny znak, że należy jej się przyjrzeć dokładniej. Zaś to, że różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego a średnią ceną oferty Odwoływającego czy pomiędzy tą ceną a wartością zamówienia nie przekracza 30%, o których mowa w ww. przepisie, nie stanowi usprawiedliwienia dla braku działania ze strony Zamawiającego. W każdym bowiem okolicznościach jest on zobowiązany do staranności w działaniu, a zwłaszcza wyborze oferty najkorzystniejszej. Według Odwoływających, analiza cen zaoferowanych przez Przystępującego w zadaniach nr 1 i 2 w relacji do wartości rynkowej (średniej arytmetycznej) wskazuje, że ma ona znamiona rażąco niskiej, tj. uniemożliwiającej pokrycia obiektywnych i rynkowych kosztów realizacji zamówienia w sposób zgodny z przewidzianym przez Zamawiającego. Rynkowy poziom stawek koniecznych do zaoferowania dla realizacji przedmiotu zamówienia jest znacząco wyższy niż zawarty w ofertach Przystępującego. Możliwość zaoferowania korzystniejszych warunków i obniżenia ponoszonych przez Wykonawcę kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, wymaga udowodnienia i wykazania w sposób przewidziany z przepisami Pzp. Dlatego też zasadne jest wystosowanie do ww. Przystępującego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, w celu weryfikacji realnej możliwości zaoferowania ceny niższej niż rynkowy poziom kosztów koniecznych do poniesienia w celu wykonania zamówienia w zadaniach 1 i 2.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania o sygn. akt KIO 983/22 oraz KIO 984/22 wniósł o ich oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp wskazał, że nie uchybił on obowiązkowi wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień zaoferowanych cen w zadaniu 1 i 2, pomimo zaistnienia przesłanek określonych w Pzp. Zamawiający wskazał, że skala ponad 32% niedoszacowania w relacji jednocześnie do wartości zamówienia jak i 26 % w stosunku do drugiej oferty jest najlepszym potwierdzeniem konieczności zastosowania wezwania do wyjaśnień ceny. Według Zamawiającego samo

osiągnięcie wskaźnika przekraczającego 30 % w stosunku do wartości zamówienia nie stanowiło o obowiązku podjęcia przez niego w stosunku do Przystępującego procedury wyjaśniającej (co wynika choćby wprost z przepisu). Podkreślił, że ceny ofert Przystępującego w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie były niższe o co najmniej 30%, natomiast w stosunku do wartości zamówienia istotnie były niższe, lecz różnica ta wyniosła niespełna 32%. Ten ostatni wskaźnik pokazuje, że mamy w tym przypadku do czynienia ze swoistym błędem

statystycznym (tj. 1,69% w stosunku do równowartości 70 % wartości zamówienia), wobec czego okoliczność ta nie powinna być rozpatrywana jako przesłanka bezwzględna do wszczęcia ww. procedury. Odmienne podejście wskazywałoby na nadmierny formalizm postępowania, który, ogólnie rzecz biorąc, często stanowi przeszkodę w efektywnym i racjonalnym udzielaniu zamówień publicznych. Ustawodawca bowiem przewidział sytuację, w której Zamawiający może odstąpić od wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień. Oznacza to, że jest świadomy możliwości wystąpienia pewnych okoliczności, które pozwalają

Zamawiającemu na takie zaniechanie. Tak też było w przedmiotowej sprawie. Decyzja Zamawiającego o odstąpieniu od wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień poprzedzona była analizą przede wszystkim przyczyn zaoferowania przez Przystępującego takich, a nie innych cen. W jej wyniku stwierdzono, że cena ta odzwierciedla realia rynkowe, ponieważ jest ceną adekwatną do przedmiotu zamówienia i mogło dojść do przeszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Potwierdzają to przede wszystkim przywołane powyżej wskaźniki. Refleksja Zamawiającego skupiła się również na kosztorysie inwestorskim sporządzonym przez Zamawiającego. Stwierdzono, że został on sporządzony nie na podstawie obowiązujących wskaźników cen materiałów czy robocizny (np. SEKOCENBUD), ale w oparciu o ceny ofert złożonych w poprzednio prowadzonych postępowaniach, których przedmiot był tożsamy z aktualnie prowadzonym postępowaniem. Wydawało się to rozsądnym

podejściem, albowiem obowiązujące wskaźniki często nie oddają rzeczywistości panujących realiów rynkowych. I to jest bardzo istotna okoliczność. W postępowaniach tych bowiem każdorazowo (w zasadzie tylko) oferty składali Odwołujący i można powiedzieć, że to właśnie oni wykreowali poziom obowiązujących cen. Przyjmując taki sposób ustalania wartości zamówienia Zamawiający de facto nie weryfikował ich elementów składowych, ponieważ uznał, że jest to rzeczywisty i odpowiadający specyfice przedmiotu zamówienia pułap cen. Sam fakt zaproponowania obecnie przez Przystępującego cen oscylujących w granicach 70% wartości zamówienia i przede wszystkim średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert potwierdza, że ceny te są realne. Zasadniczym i dodatkowym argumentem potwierdzającym powyższe jest także fakt ustalenia przez ustawodawcę takiego właśnie wskaźnika procentowego jako warunkującego (lub przesądzającego) o uznaniu lub nie ceny oferty za rażąco niską. Przyjmując racjonalność działania tegoż ustawodawcy należy przyjąć, że osiągnięcie tego wskaźnika pozwala przyjąć, iż Przystępujący wykona zamówienie należycie i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Można zatem stwierdzić, że ustawodawca niejako „preferuje” ceny średnie i jednocześnie nie dopuszcza oferowania cen znacznie odbiegających od niego, tj. niższych. Oferowanie przez wykonawców cen wyższych z kolei, lecz mieszczących się w budżecie Zamawiającego, jest każdorazowo zapewne efektem ustalenia poziomu zakładanego zysku, który wykonawcy ci spodziewają się osiągnąć

(oczywiście każdy wykonawca czyni to indywidualnie). W tym miejscu wskazać należy, że paradoksalnie sami Odwołujący uznali, że ceny Przystępującego są cenami realnymi. Próbując bowiem argumentować, że ceny te noszą znamiona cen rażąco niskich stwierdzili, że analiza ceny zaoferowanej przez Przystępującego w relacji do wartości rynkowej (średniej arytmetycznej) wskazuje, że ma ona znamiona rażąco niskiej. Jest to - zdaniem Zamawiającego - zdanie wewnętrznie sprzeczne, bowiem ceny te są wyższe od 70% średniej arytmetycznej, czyli wartości rynkowej. Zamawiający wskazał ponadto, że ceny zaoferowane przez Przystępującego są cenami rynkowymi, a ponadto, że są one o ponad 100 000 zł brutto wyższe niż średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert (tj. o 140 084,27 zł brutto - Zadanie 1 oraz o 112 546,76 zł brutto - Zadanie 2). Zamawiający podkreślił także, że ceny ofert Odwołujących są o ok. 100 000,00 zł brutto niższe od wartości brutto zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wyjaśnił, że procedura wyjaśniająca wszczęta przez Zamawiającego, której celem było stwierdzenie, czy Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej doprowadziła do ostatecznego potwierdzenia tej okoliczności i w efekcie dokonania wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Podkreślił, że pierwsze wezwanie skierowane do Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp, w dniu 11 marca 2022 r., było w istocie

wezwaniam do złożenia wyjaśnień. Ponowne złożenie wykazu robót (w stosunku do wykazu robót pierwotnie złożonego w wyniku wezwania w trybie art. 274 ust. 1 ustawy) nie miało na celu wskazania przez Przystępującego innego zadania (podkreślić należy, że w trakcie procedury wyjaśniającej Przystępujący posługiwał się tylko i wyłącznie jednym zadaniem pn. „Naprawa szkód górniczych w obiektach i urządzeniach melioracji podstawowej i szczegółowej - Rów C - odwodnienie terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej”, wykonanej na rzecz PGG SA Oddział KWK Piast - Ziemowit), a jedynie skorygowanie treści zawartej w jego kolumnie pierwszej, gdzie winien zostać prawidłowo wpisany podmiot wykazujący doświadczenie. Zamawiający wyjaśnił, że dążył do zapewnienia poprawności formalnej i kompletności dokumentów postępowania. Według Zamawiającego ustawodawca zezwala mu

na skierowanie wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp również w sytuacji, gdy podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy i żądania od Przystępującego ich poprawienia. Jedynie tak należy odczytywać treść tego wezwania, szczególnie w kontekście kolejnego. Jedynym więc wezwaniem, skierowanym na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, którego celem było złożenie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału

w postępowaniu w zakresie doświadczenia, było wezwanie z dnia 15 marca 2022 r. W wyniku

tego wezwania Przystępujący złożył oświadczenia i dokumenty, w których potwierdził spełnianie ww. warunku.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła co następuje:

#### Odwołania o sygn. akt KIO 983/22 oraz 984/22 zasługiwały na częściowe

#### uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawy na rozprawę.

Ponadto Izba ustaliła, że obaj Odwołujący posiadają interes we wniesieniu odwołań wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniach odwoławczych wykonawcę M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa K. w Imielinie zgłaszającego przystąpienie do postępowań po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

Izba nie podzieliła zarzutu dotyczącego naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp oraz art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten koresponduje z unormowaniem zawartym w art. 274 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Z kolei, w myśl art. 128 ust. 1 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.

Odnosząc się do powyższego zarzutu w pierwszej kolejności wskazać należy na istotne okoliczności stanu faktycznego:

I. Zamawiający w punkcie 6.2.4.1. Instrukcji dla wykonawców (Rozdział I SWZ) ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia polegający na konieczności wykazania przez wykonawców, że wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej:

a) 1 (jedno) zamówienie (umowę) o wartości minimum 400 000,00 zł brutto, polegające na bieżącym utrzymaniu lub modernizacji urządzeń odwadniających, przez nieprzerwany okres co najmniej 5 miesięcy i obejmujące swym zakresem co najmniej roboty polegające na wymianie, remoncie, przebudowie lub budowie przepustów,

lub

b) 1 (jedną) robotę budowlaną, o wartości minimum 100 000,00 zł brutto, polegającą na wymianie, remoncie, przebudowie lub budowie przepustów..

II. Zamawiający pismem z dnia 4 marca 2022r. wezwał Przystępującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wymienionych w punkcie 8.5.1.1. Instrukcji dla Wykonawców potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 6.2.4.1. Instrukcji dla wykonawców.

III. Odpowiadając na powyższe wezwanie Przystępujący złożył:

- oświadczenie o zmianie podmiotu udostępniającego zasoby na D. C. prowadzącego Firmę Budowlano Melioracyjną z siedzibą w Chelmie Śląskim wskazując przy tym, iż podmiot ten udostępni swoje zasoby w takim samym zakresie jak podmiot wskazany pierwotnie (tj. w zakresie doświadczenia, nadzoru i koordynacji prac oraz że wykona 10% zakresu robót);
- wykaz robót stanowiący załącznik nr 3 do SWZ w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z którego wynika, że w ramach swojej działalności gospodarczej wykonał na rzecz Polskiej Grupy Górniczej SA Oddział KWK Piast-Ziemowit z siedzibą w Bieruniu zamówienie pn.: „Odwodnienie terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej
- przebudowa rowu C w okresie od 21.07.2020 r. do 21.07.2021 r.”.
- protokół odbioru wykonanych robót z dnia 21.07.2021 r., z którego wynika, iż zamówienie polegające na odwodnieniu terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej
- przebudowa rowu C o wartości 351.750,00 zł odbywała się w ramach „Naprawy szkód górniczych w obiektach i urządzeniach melioracji podstawowej i szczegółowej”. W protokole jako wykonawcę wskazano Firmę Budowlano Melioracyjną D. C.

III. w dniu 11 marca 2022r. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do: „wyjaśnienia, czy zamówienie wskazane w przedłożonym wykazie robót budowlanych (Doświadczenie) obejmowało swoim zakresem wymianę, remont, przebudowę lub budowę przepustów o wartości minimum 100 000 00 zł brutto,

2. w przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie zawarte w pkt 1 :

a) do ponownego złożenia przedłożonego przez Pana cyfrowego odwzorowania protokołu odbioru wykonanych robót, który winien zostać podpisany zgodnie z wymaganiami pkt. 11.10.2 Instrukcji dla Wykonawców (Rozdział I Specyfikacji Warunków Zamówienia), t). przez Pana D. C. (Firma Budowlano Melioracyjna D. C.) - podmiot udostępniający Panu do dyspozycji niezbędne zasoby na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia;

b) do ponownego złożenia wykazu robót budowlanych (Doświadczenie), w którym winien Pan skorygować treść zawartą w kolumnie pierwszej, poprzez wskazanie, że zamówienie w nim przedstawione zostało wykonane przez podmiot, przywołany pod lit. a);

c) do wyjaśnienia treści zobowiązania podmiotu wskazanego pod lit. a) poprzez wskazanie, czy w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia wykona on roboty polegające na wymianie, remoncie, przebudowie lub budowie przepustów o wartości minimum 100 000 00 zł brutto”

IV. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył:

- oświadczenie, że roboty wskazane jako doświadczenie w wykazach robót dla zadania nr 1 i zadania nr 2 obejmowały swym zakresem wymianę, remont, przebudowę lub budowę

przepustów, o wartości przekraczającej 100 000,00 zł brutto.

- cyfrowe odwzorowanie protokołu odbioru robót, oraz

c) poprawiony wykaz robót poprzez wskazanie w kolumnie nr 1 (nazwa i adres wykonawcy) „Firma Budowlano Melioracyjna D. C. (...)”.

Do ww. dokumentów Przystępujący dołączył fragment „Projektu technicznego utrzymanie urządzeń wodnych (rowu melioracyjnego w Chełmie Śląskim wraz z urządzeniami towarzyszącymi) w celu zachowania ich funkcji „Odwodnienie terenu Chełm Śląski, Dzikowa-Błędów-Odrodzenia” zawierający opis robót wykonanych, z którego wynika, że projekt obejmuje: „wykonanie robót utrzymaniowych na rowie melioracyjnym o długości 585 mb, dwunastu przepustów, każdy o długości mniejszej niż 10 mb (.)”. Roboty związane z utrzymaniem urządzeń wodnych stanowią bieżącą konserwację (.)

V. Pismem z dnia 15 marca 2022r. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do ponownego złożenia wykazu robót budowlanych wraz z dowodami określającymi, że wskazane w nich roboty zostały wykonane należycie. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wyjaśnił, że: „W odpowiedzi na wezwanie z dnia 11.03.2022 r., skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy, potwierdził Pan w złożonym oświadczeniu, że roboty budowlane opisane w ww. Wykazie jako odwodnienie terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej — przebudowa rowu C, obejmowały swym zakresem wymianę, remont, przebudowę lub budowę przepustów, o wartości przekraczającej 100 000,00 zł brutto. Dodatkowo przedłożył Pan fragment projektu technicznego pn. „Utrzymanie urządzeń wodnych (rowu melioracyjnego w Chełmie Śląskim wraz z urządzeniami towarzyszącymi) w celu zachowania ich funkcji „Odwodnienie terenu Chełm Śląski, Dzikowa — Błędów - Odrodzenia”, zawierający opis wykonanych robót. Po analizie tego dokumentu stwierdzono, że przedmiotem tego zamówienia nie była wymiana, remont, przebudowa lub budowa przepustów, o wartości przekraczającej 100 000,00 zł brutto, lecz utrzymanie urządzeń wodnych w celu zachowania ich funkcji i możliwości dalszego użytkowania o wartości 351 750 00 zł. Powyższe potwierdza zatem, że nie wykazał Pan spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia), określonego w pkt 6.2.4.1. Instrukcji dla Wykonawców (Rozdział I

Specyfikacji Warunków Zamówienia), zarówno w zakresie wskazanym pod lit. a), jak i pod lit.

b).”.

VI. Odpowiadając na powyższe wezwanie Przystępujący złożył:

- oświadczenie o rezygnacji z podmiotu trzeciego wraz z informacją, iż Przystępujący samodzielnie wykaże spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz samodzielnie zrealizuje przedmiot umowy,

- referencje wystawione przez D. C., z których wynika, iż Przystępujący wykonał z należytą starannością przedmiot zamówienia pn. „Odwodnieniu terenu w rejonie ulicy

Dzikowej, Błędów i Głowackiej - przebudowa rowu C” o wartości 105.780,00 zł w terminie od 13.07.2021 r. do 21.07.2021 r., oraz

- wykaz robót, w którym ponownie wskazał zamówienie pn „Odwodnieniu terenu w rejonie ulicy Dzikowej, Błędów i Głowackiej przebudowa rowu C” oraz „Wykonanie na granicy działek przepustów o średnicy 800 mm i długości 8 m każdy w ilości 13 szt.”.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutu wskazać należy, że Odwołujący zakwestionowali prawidłowość ponownego wezwania Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp wskazując, że drugie wezwanie naruszało zasadę jednokrotności wezwania, a także zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołujących złożenie przez Przystępującego dokumentów, zarówno w zakresie zadania nr 1 i nr 2, w odpowiedzi na ponowne wezwanie nie mogło być brane przez Zamawiającego pod uwagę przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Uwzględniając powyższe ustalenia stanu faktycznego w tym przede wszystkim treść wezwania Zamawiającego z dnia 11 marca 2022r. Izba stwierdziła, że Zamawiający kierując w dniu 15 marca 2022r. do Przystępującego ponowne wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp nie naruszył tego przepisu. Zauważyć należy, że w wezwaniu z dnia 11 marca 2022r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie czego dotyczyło wskazane w wykazie robót zadanie referencyjne, tj. czy obejmowało ono swoim zakresem wymianę, remont, przebudowę lub

budowę przepustów o wartości minimum 100 000 zł, oraz wezwał do ponownego złożenia dokumentów skorygowanych w sposób wskazany przez Zamawiającego. Izba ustaliła, że treść odpowiedzi udzielonej przez Przystępującego odpowiadała żądaniom zawartym w wezwaniu, bowiem Przystępujący przedłożył wykaz i dokumenty podpisane przez podmiot udostępniający zasoby oraz wyjaśnił, że wskazane przez niego w wykazie robót zadanie dotyczyło wymiany, remontu, przebudowy lub budowy przepustów. Tym samym skoro Zamawiający w tym wezwaniu żądał jedynie wyjaśnień co do zakresu wskazanego zadania referencyjnego oraz poprawienia błędów w oznaczeniu wykonawcy ww. zadania referencyjnego, to w związku z ustaleniem, na podstawie złożonych wyjaśnień, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu zarówno w zakresie zadania nr 1 i 2, powtórne wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do przedłożenia wykazu robót budowlanych wraz dowodami (dokumentami) określającymi, że wskazane w nich roboty zostały wykonane należyście w żaden sposób nie naruszało zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do tego rodzaju czynności. Przedmiotem wezwania była bowiem nowa okoliczność, która nie była objęta zakresem wcześniejszego wezwania z dnia 11 marca 2022r.

Izba w całości podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 9 sierpnia 2019r., o sygn. akt KIO 1432/19, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „celem zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jest umożliwienie wykonawcom jednokrotnego poprawienia oferty, jednak dopuszczalny zakres poprawy wynika z treści wezwania zamawiającego. To on określa jaka część oferty podlega poprawie w określonym momencie procesu jej oceny. Treść art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie budzi wątpliwości - to zamawiający jest podmiotem decydującym o zakresie koniecznego uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę oraz momencie, w jakim to uzupełnienie winno nastąpić”. Jak natomiast wynika ze stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu Zamawiający najpierw dążył do złożenia prawidłowych pod względem formalnym dokumentów i dopiero po ich otrzymaniu przystąpił do ustalenia, czy Przystępujący warunek udziału spełnia. Nie może natomiast skutkować negatywnymi dla Przystępującego konsekwencjami, fakt, że Zamawiający badał warunki podmiotowe Przystępującego etapowo, a w konsekwencji konieczne było dwukrotne złożenie przez Przystępującego nowego wykazu usług. Jak już jednak wyżej wskazano przedmiotem kolejnego wezwania była nowa okoliczność, nie była objęta zakresem wcześniejszego wezwania.

Izba za niezasadne uznała zarzuty odwołań dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w zadaniach nr 1 i nr 2, mimo że nie spełniał on warunków udziału w tym postępowaniu, co doprowadziło do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 marca 2022r. informacje zawarte w złożonym przez Przystępującego wykazie robót budowlanych oraz referencji z dnia 25 lutego 2022r.

Wskazać należy, że również w wyniku podjętych czynności Zamawiający ustalił, że w ramach wskazanego w wykazie zadania referencyjnego Przystępujący wykonał 13 przepustów o średnicy 600mm i długości 8 m każdy, a wartość całego zadania wyniosła 351.750 zł netto (dowód w postaci pisma Polskiej Grupy Górniczej Oddział KWK Piast-Ziemowit z dnia 25 marca 2022r.).

W konsekwencji zarzuty te podlegały oddaleniu.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wskazać należy, że zastosowanie sankcji wynikającej z powyższego przepisu możliwe jest dopiero w momencie ustalenia przez Zamawiającego, że cena oferty danego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. To zaś możliwe jest dopiero po obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i jej istotnych części składowych. Brak natomiast przeprowadzenia procedury wezwania opartej na podstawie art. 224 ust. 1 lub ust. 2 Pzp skutkuje brakiem możliwości zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Izba za zasadne uznała zarzuty obu odwołań dotyczące zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie zadania numer 1 i 2 postępowania. Odnosząc się do wskazanego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, zauważyć należy, że jak wynika z akt sprawy cena ofertowa Przystępującego była niższa o 32 % szacunkowej wartości zamówienia zarówno w zakresie zadania nr 1 i nr 2. W

związku z powyższym stwierdzić należy, że spełniona została przesłanka do przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w przedmiocie prawidłowości zaoferowanej przez Przystępującego ceny oferty w zakresie obu zadań na podstawie w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, iż w prowadzonym postępowaniu zaszły przesłanki umożliwiające mu odstąpienie od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Za taką okoliczność nie może bowiem zostać uznane stanowisko Zamawiającego, iż przeszacował on wartość zamówienia. Podkreślić należy, że Zamawiający oprócz gólosłownego powoływania się na tę okoliczność nie przedłożył Izbie jakiegokolwiek dowodu wskazującego, że do takiego przeszacowania doszło, które pozycje kosztorysu inwestorskiego zostały przeszacowane oraz ewentualnie o ile. Podkreślić również należy, że pozostałe oferty złożone w postępowaniu były zbliżone do szacunkowej wartości zamówienia, co w ocenie Izby winno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do ceny ofert Przystępującego. Fakt natomiast, że Zamawiający szacował wartość zamówienia w oparciu o ceny ofert złożonych w poprzednio prowadzonych postępowaniach, w których oferty składał obaj Odwołujący nie może potwierdzać przeszacowania wartości zamówienia. Nie potwierdza też w żaden sposób, że to ceny ofert Odwołujących są zawyżone, a cena ofert Przystępującego jest prawidłowo wyceniona i realna, a tym samym nie jest zaniżona. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp różnice cenowe i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień, a w niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający nie wykazał, że takie okoliczności zaistniały. W konsekwencji, Izba stwierdziła, że w rozpoznawanych sprawach nie mamy do czynienia z „oczywistymi okolicznościami” umożliwiającymi odstąpienie od wezwania do udzielenia wyjaśnień. Takie stwierdzenie można odnosić bowiem jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (okoliczność oczywista). W sprawach rozpatrywanych przesłanka zwalniająca z obowiązku badania ceny jednak nie wystąpiła.

Tym samym Zamawiający winien był zastosować procedurę przewidzianą w art. 224 ust. 1 Pzp, celem wyjaśnienia, czy zaoferowana przez Przystępującego cena w zadaniach numer 1 i 2 nie jest ceną rażąco niską.

Izba oddaliła zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i 7 Pzp. Podkreślić należy, że Izba nie może - stosownie do treści art. 555 Pzp - orzekać co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej - i o ile podstawę prawną można często wywieść z prawidłowo opisanego uzasadnienia faktycznego, to braki w uzasadnieniu faktycznym są nienaprawialne - uzasadnienie faktyczne określa bowiem granice rozpoznania zarzutów odwołania. W przeciwnym razie strona przeciwna podczas sporu przed Izbą byłaby na rozprawie „zaskakiwana” kolejnymi zarzutami czy też okolicznościami, co do których nie miałyby możliwości się odpowiednio przygotować i odnieść.

Uwzględniając więc okoliczność, że w rozpoznawanych sprawach Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnili w czym upatrują naruszenia zarzucanych wyżej przepisów, nie zawarli w treści odwołań jakiegokolwiek stanowiska czy argumentacji, która pozwoliłaby Izbie ocenić zasadność postawionych, konieczne stało się oddalenie ww. zarzutów.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji wyroku.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku

oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W sprawach o sygn. akt KIO 983/22 oraz KIO 984/22 Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/6 do 5/6. Kosztami postępowania obciążano, zatem Zamawiającego w części 1/6 i Odwołującego w części 5/6.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołujących w wysokości po 10 000 zł, koszty poniesione przez Odwołujących z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie po 3 600 zł do każdej sprawy oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę i noclegu w łącznej kwocie 1 085,10 zł. Odwołujący ponieśli dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13 600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadali za nie do wysokości 11 785 zł (14 142 zł x 5/6) w każdej sprawie. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego\_1 oraz Odwołującego\_2 kwotę po 2357 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego\_1 oraz Odwołującego\_2, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadali w świetle jego wyniku.

Przewodniczący :.....