Sygn. akt: KIO 732/23

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Członkowie: Anna Chudzik

Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2023 r. przez wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa -Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach,

przy udziale wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

przy udziale wykonawcy ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej określonej w pkt 8.2.4. ust. 1 lit. c) SWZ, tj. usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m i nakazuje Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) wezwanie wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4. ust. 1 lit. c) SWZ w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,

c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3 i:

3.1. 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.

3.2. Zasądza od wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę 2 600 zł 00 gr (słownie: dwa tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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: ……..……..

Członkowie: ……..

Sygn. akt: KIO 732/23

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

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów – Kielce, odc. Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód) – Kielce (DK nr 73), znak postępowania: O.Ki.D-3.2410.4.2022.jr. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 23.06.2022 r. pod pozycją 2022/S 117330757.

W dniu 16 marca 2023 r. wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania czynności Zamawiającego polegających na:

1. przyjęciu, że wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Multiconsult z postępowania,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Multiconsult,

4. wyborze oferty złożonej przez Multiconsult jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez [1]nieprawidłową ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny polegającą na przyjęciu że wykonawca Multiconsult wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu pomimo, że ocena taka nie znajduje poparcia w wyjaśnieniach tego Wykonawcy, które są niewyczerpujące, niekonkretne i nierzetelne [2] wielokrotne (trzykrotne) wzywanie wykonawcy Multiconsult do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pomimo że wyjaśnienia tego Wykonawcy złożone na pierwsze, szczegółowe wezwanie Zamawiającego nie zawierały odpowiedzi na pytania Zamawiającego oraz innych rzetelnych i wyczerpujących informacji w tym przedmiocie,[3] zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Multiconsult pomimo, że Wykonawca ten nie sprostał obowiązkowi wykazania, że jego

oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, co jednocześnie stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Multiconsult z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, 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 poprzez podanie informacji, że most główny obiektu MA-91 stanowi 2 niezależne obiekty mostowe w sytuacji, gdy konstrukcja tego mostu jednoznacznie wskazuje, że jest to jeden obiekt mostowy,

3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Multiconsult, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, że posiada doświadczenie w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

4. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Multiconsult pomimo, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania, a decyzja Zamawiającego wyborze oferty Multiconsult została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

5. naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez podjęcie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

ewentualnie, w przypadku uznania, że powyższy zarzut nr 2 jest niezasadny:

6. naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Multiconsult do wyjaśnień i/lub uzupełnienia oferty w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, że posiada

doświadczenie w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m, w sytuacji gdy doświadczenie przedstawione przez tego Wykonawcę na potwierdzenie spełniania tego warunku dotyczyło jednego a nie dwóch obiektów mostowych.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 6 marca 2023 r. polegającej na wyborze oferty Multiconsult jako oferty najkorzystniejszej,

2. dokonania ponownej oceny i badania ofert,

3. dokonanie wykluczenia Multiconsult z Postępowania,

4. odrzucenia oferty tego Wykonawcy,

ewentualnie w przypadku nieuznania zarzutu nr 1 - 4:

5. dokonania ponownej oceny i badania ofert i wezwanie wykonawcy Multiconsult do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnienia oferty w zakresie przedmiotowych środków dowodowych: warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, że posiada doświadczenie w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający w dniu 6 marca 2023 r. roku poinformował Odwołującego o wyborze oferty Multiconsult Polska Sp. z o.o. (dalej Multiconsult) jako najkorzystniejszej. Odwołujący, po zapoznaniu się z udostępnionymi dokumentami stwierdził, iż Zamawiający naruszył przepisy Ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, w związku z czym wniesienie odwołania stało się konieczne. Poniżej przedstawiamy okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające poszczególne zarzuty.

I. Naruszenie art. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Multiconsult

1. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Multiconsult złożył ofertę, której cena (10 229 910,00 PLN brutto) jest niższa od określonej przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT (18 498 818,70 PLN) o 44,70 %. Zamawiający był więc zobowiązany do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

2. Zamawiający trzykrotnie wzywał Wykonawcę Multiconsult do złożenia przedmiotowych wyjaśnień Multiconsult pismami z dnia 19.08.2022 r. (pierwsze wezwanie), 07.10.2022 r. (drugie wezwanie) oraz 25.10.2022 r. (trzecie wezwanie).

3. Multiconsult pismami z dnia 07.09.2022 r. (pierwsza odpowiedź), 17.10.2022 r. (druga odpowiedź) oraz 08.11.2022 r. (trzecia odpowiedź) przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia, których treść nie wykazała, że cena oferty Multiconsult nie posiada znamion ceny rażąco niskiej.

Wezwanie 1 z dnia 19.08.2022 r. – odpowiedź Multiconsult z dnia 7.09.2022 r.

4. W pierwszym piśmie, Zamawiający oprócz ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, poruszył cztery konkretne elementy, które wzbudziły jego wątpliwość i co do których zadał Wykonawcy szczegółowe pytania:

1) Zamawiający poprosił o wskazanie ekspertów, dla których cena dniówki, oprócz kosztu wynagrodzenia zawiera również koszt samochodu, telefonu oraz innych składników pozapłacowych,

2) Zamawiający poprosił o przedstawienie ofert/umów przedwstępnych/oświadczeń potwierdzających, że koszt dniówki ekspertów wskazanych w odpowiedzi na pytanie pierwsze zawiera pełne wynagrodzenie wraz z dodatkowymi elementami,

3) Zamawiający poprosił o rozbicie na poszczególne składniki cenowe kosztu dniówek z działu 2 Formularza cenowego, których wartość jest niższa niż 250,00 PLN w odniesieniu do 20 osób wchodzących w skład personelu Konsultanta (Ekspertów),

4) Zamawiający poprosił o wskazanie ilości samochodów, jakie wykonawca przewidział do realizacji przedmiotowego zadania.

5. W dniu 07.09.2022 r. Multiconsult złożył wyjaśnienia:

1) odpowiadając na pytanie pierwsze Multiconsult wskazał, że w wycenie „dniówek" 21 Ekspertów (Inżynier Kontraktu, Wszyscy Inspektorzy Nadzoru, Geodeci, Specjalista ds. ochrony środowiska, Technolog) oprócz kosztu wynagrodzenia uwzględniono również koszt samochodu oraz telefonu,

2) odpowiadając na pytanie drugie Multiconsult przedstawiła jedynie 8 oświadczeń ekspertów wskazanych w odpowiedzi na pytanie pierwsze. Wykonawca nie dołączył 13 oświadczeń, o które wprost poprosił Zamawiający. Multiconsult wskazał jedynie, że część osób złożyła deklaracje ustne wykazując jednocześnie gotowość uzupełnienia brakujących oświadczeń: jeśli załączone dowody byłyby niewystarczające jesteśmy gotowi uzyskać stosowne oświadczenia pozostałych osób deklarujących na etapie składania ofert chęć świadczenia usług na tym kontrakcie. Z kolei w odniesieniu do Głównego Inżyniera Robót Drogowych Multiconsult oświadczył, że opierał swój szacunek na podstawie umowy o pracę. Jednak na poparcie powyższego twierdzenia, żadnego dowodu nie dołączył.

3) w przypadku odpowiedzi na pytanie trzecie Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do pytania

Zamawiającego. Oświadczył jedynie, że wszystkie stawki są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, oraz że nawet stawka 200 PLN w Formularzu Cenowym zawiera wszystkie koszty oraz zysk Wykonawcy. Na potwierdzenie powyższego Multiconsult załączył 5 umów z weryfikatorami oraz 1 z archeologiem z innego kontraktu mające potwierdzać prawidłowość kalkulacji ceny oferty. Dodatkowo Multiconsult oświadczył, że zamierza zatrudnić studentów zaocznych II stopnia Politechniki Świętokrzyskiej. Powyższe oświadczenie nie stanowi odpowiedzi na pytanie Zamawiającego.

6. Odwołujący wskazuje, że pierwsze wyjaśnienia złożone przez Multiconsult nie zawierały odpowiedzi na 3 z 4 pytań zadanych przez Zamawiającego. Wykonawca nie dołączył aż 13 oświadczeń ekspertów, nie dołączył żadnych dowodów potwierdzających, że pozostali eksperci zaoferowali świadczenie usługi za wynagrodzenie znajdujące pokrycie w cenach wskazanych w Formularzu Cenowym, ani też umowy o pracę, mającą być szacunkiem w odniesieniu do kosztu zatrudnienia Głównego Inżyniera Robót Drogowych. Niektóre dokumenty są starsze i powstaje dodatkowo pytanie, czy stawki, które były realne np. w 2021 r. mają szansę utrzymania się obecnie, choćby ze względu na panującą inflację. Ponadto z

doświadczenia rynkowego Odwołującego wynika jednoznacznie, że odwołanie do minimalnego wynagrodzenia w odniesieniu do wysoko wykwalifikowanego personelu (Ekspertów) jest zupełnie nieadekwatne, gdyż koszt zaangażowania takich osób jest dużo wyższy.

7. Co istotne, pomimo wezwania Zamawiającego Multiconsult nie przedstawił rozbicia na poszczególne składniki cenowe kosztu dniówek z pkt. 2 Formularza Cenowego, których wartość jest niższa od kwoty 250,00 PLN. Nie można więc tu mieć wątpliwości, że Wykonawca nie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego co do tych składników ceny ofertowej, a więc nie sprostał obowiązkowi wykazania, że w tym zakresie oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

8. Ponadto, w odniesieniu od możliwości obniżenia kosztów poprzez potencjalne zatrudnienie studentów, wyjaśnienie Multiconsult jest bardzo lakoniczne i ogólnikowe – bez wskazania na jakie konkretnie stanowiska Multiconsult zamierza zatrudnić studentów oraz z jakim wynagrodzeniem, a przede wszystkim nie zawiera rozbicia stawki na poszczególne składniki cenowe. Wykonawca nie wykazał też w jakim stopniu zatrudnienie takich osób wpływa na możliwości zaoferowania ceny niższej. Tu warto wskazać, że ewentualne zatrudnienie studentów może dotyczyć tylko stanowisk niższych i automatycznie niżej płatnych. Nie będzie możliwe takie działanie w odniesieniu do funkcji, do których sprawowania konieczne jest posiadanie przez Ekspertów odpowiednich uprawnień i/lub doświadczenia (a więc też ukończonych studiów).

9. Pierwsze wyjaśnienia Wykonawcy zawierają bardzo niewiele danych liczbowych czy rozbić cenowych (tu pomimo wyraźnego wezwania Zamawiającego) a te przedstawione nie wyjaśniają ceny ofertowej jako niebędącej rażąco niską. Wykonawca opiera się na ogólnych opisach, których nie da się przełożyć na poszczególne stawki czy elementy cenowe.

Wezwanie 2 z dnia 07.10.2022 r. – odpowiedź Multiconsult z dnia 17.10.2022 r.

10. Pierwsze wyjaśnienia Wykonawcy Multiconsult z dnia 07.09.2022 r. nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego, który w dniu 07.10.2022 r. wystosował kolejne wezwanie. Wezwanie to w swojej treści nie zawierało żadnych nowych zagadnień, niż te podniesienie w pierwszym wezwaniu z dnia 19.08.2022 r. Kolejne pytania Zamawiającego odnosiły się bowiem do pytań 1-3 z pierwszego wezwania:

1) Zamawiający poprosił o uzupełnienie 13 brakujących oświadczeń - niezłożonych przez Multiconsult wraz z odpowiedzią na pierwsze wezwanie,

2) Zamawiający wskazując wprost, że Wykonawca nie przedstawił odpowiedzi na pytanie Zamawiającego (pytanie nr 3) ponownie poprosił o przedstawienie informacji o poszczególnych składnikach cenowych wchodzących w skład ceny 1 dniówki oraz wezwał Wykonawcę do uzupełnienia odpowiedzi na pytania nr 2 i 3 przekazane wraz z pierwszym wezwaniem.

11. Drugie wezwanie nie miało więc na celu wyjaśnienia czy uszczegółowienia kwestii przedstawionych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie pierwsze, a de facto zobowiązanie Wykonawcy do udzielenia odpowiedzi na pytania zadane w wezwaniu pierwszym.

12. W dniu 17.10.2022 r. Multiconsult złożył drugie wyjaśnienia, które nie dosyć, że nie odpowiadały w wyczerpujący sposób na pytania Zamawiającego, to dodatkowo okazały się być sprzeczne z wyjaśnieniami złożonymi na pierwsze wezwanie Zamawiającego:

1) W odpowiedzi na wezwanie o przedstawienie brakujących oświadczeń Multiconsult przedstawił Zamawiającemu 4 kolejne oświadczenia oraz wyjaśnił, że część ekspertów nie chce podpisywać oświadczeń ze względu na ryzyko „ujawnienia się", ponieważ pracują w konkurencyjnych firmach. Odwołujący wskazuje, że 1 z 4 złożonych oświadczeń (oświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Głównego Inspektora Nadzoru Robót Mostowych) zostało „zdublowane", to znaczy zostało złożone przez Multiconsult zarówno wraz z odpowiedzią na pierwsze wezwanie Zamawiającego, jak i na drugie wezwanie (na marginesie warto wspomnieć, że oświadczenia te są niespójne w zakresie stawki wynagrodzenia eksperta), co oznacza, że Multiconsult przedstawiło Zamawiającemu zaledwie 3 z brakujących 13 oświadczeń. Co ważne, wraz z odpowiedzią na pierwsze wezwanie Zamawiającego Multiconsult deklarował gotowość uzupełnienia brakujących oświadczeń, jednak w momencie, kiedy Zamawiający o nie się zwrócił (ponownie!), Wykonawca wycofał się z wcześniejszych deklaracji. Multiconsult

wyjaśnił, że część uzgodnień z personelem dokonywano ustnie lub za pomocą maili, jednak na poparcie powyższej tezy nie załączył żadnego dowodu (np. wydruku korespondencji mailowej). Na koniec Multiconsult wyjaśnił, że w zapisach umów z personelem każdorazowo stosuje zapisy o korzystaniu z własnych środków komunikacji (telefon) oraz z własnych środków transportu. Odwołujący jednak w żadnej z umów przekazanych Zamawiającemu wraz z odpowiedzią na pierwsze wezwanie nie znalazł zapisu o korzystaniu przez personel Wykonawcy z własnych środków transportu.

2) W zakresie odpowiedzi na pytanie o rozbicie stawek wynagrodzenia 20 osób wchodzących w skład zespołu Personelu Konsultanta (stawki na poziomie 200 i 220 zł/dzień) Multiconsult ponownie odwołał się do ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień:

w wypadku członków personelu, których „dniówki" wyceniono w przedziale 200-210 PLN:

1) Bezpośrednie koszty wynagrodzenia wyniosą maksymalnie 190 PLN/dniówkę (przewidywania na dzień składania ofert – bez uwzględnienia ogłoszonej 13.09.2022 r. podwyżki płacy minimalnej i stawki godzinowej).

2) Ok. 5 PLN – dodatkowe koszty zatrudnienia.

3) Minimum 5 PLN zysk i koszty zarządu.

Po raz kolejny Multiconsult nie odpowiedział więc na pytanie Zamawiającego, lecz ograniczył się do ogólnikowych twierdzeń, pomimo, że pytanie to wyartykułowane zostało przez Zamawiającego zarówno w pierwszym, jak i w drugim wezwaniu w sposób konkretny i szczegółowy.

Wezwanie 3 z dnia 25.10.2022 r. – odpowiedź Multiconsult z dnia 8 listopada 2022 r.

13. Pomimo dwukrotnych - i wciąż niekompletnych – wyjaśnień Multiconsult, Zamawiający w dniu 25.10.2022 r. skierował do Wykonawcy trzecie wezwanie:

1) Zamawiający kolejny raz wezwał Wykonawcę Multiconsult do złożenia wyjaśnień wraz z przedstawieniem dowodów w zakresie kalkulacji cenowej stawek wynagrodzenia poniżej 250 zł/dzień

2) Zamawiający poprosił o wyjaśnienie kosztów związanych uwzględnieniem pozacenowych kryteriów oceny ofert.

14. W dniu 08.11.2022 r. Multiconsult złożył odpowiedź na trzecie wezwanie Zamawiającego, choć nie dołączając żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

15. Abstrahując od faktu, iż dopiero w odpowiedzi na trzecie wezwanie Zamawiającego Wykonawca Multiconsult udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na pytanie 3 z pierwszego wezwania oraz na pytanie 2 z drugiego wezwania - rozbicie na poszczególne składniki cenowe kosztu dniówek wycenionych na 200 zł, to Odwołującemu nadal trudno znaleźć w

przedłożonych wyjaśnieniach rozbicie na poszczególne składniki cenowe kosztu dniówek chociażby następujących ekspertów:

1) Specjalisty ds. nadzoru geotechnicznego

2) Specjalisty ds. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych

3) Specjalisty ds. inżynierii ruchu (w tym SZR oraz organizacji ruchu)

4) czy Specjalisty ds. umów z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami oraz umów z gestorami sieci, o które Zamawiający prosił wprost już w pierwszym wezwaniu z dnia 19.08.2022 r. Wykonawca ani nie dokonał rozbicia kosztu dniówek ww. ekspertów, ani nie wyjaśnił na jakiej podstawie zamierza zatrudnić ww. specjalistów, ani w żaden sposób nie udowodnił, że zatrudnienie tych specjalistów za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe i realne.

16. Odpowiadając na pytanie 2 trzeciego wezwania Wykonawca wskazał jedynie wysokość kosztów przewidzianych na pokrycie pozacenowych kryteriów oceny ofert bez załączenia żadnych dowodów na potwierdzenie złożonych wyjaśnień.

17. Opisany powyżej proces wyjaśniania ceny lub jej istotnej części składowej pod kątem rażąco niskiej ceny bez wątpienia wskazują, że Multiconsult nie sprostał obowiązkowi wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

18. Multiconsult trzykrotnie odpowiadał na wezwania Zamawiającego przekazywane w trybie art. 224 ust. 1, ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, jednak w żadnych ze złożonych wyjaśnień Multiconsult nie udzielił odpowiedzi na zadane wprost pytania Zamawiającego.

19. Wszystkie złożone wyjaśnienia były bardzo ogólnikowe i lakoniczne, wzajemnie się wykluczające oraz nie obalające wątpliwości Zamawiającego.

20. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do ponownego kierowania wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy, który nie udzielił odpowiedzi na zadane już we wcześniejszych wezwaniach pytanie. Obowiązkiem wykonawcy jest rozwianie wątpliwości zamawiającego co do występowania rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Już na pierwsze wezwanie wykonawca powinien udzielić wyczerpujących, konkretnych, rzeczowych wyjaśnień. Co więcej – do wyjaśnień powinny zostać dołączone dowody w zakresie okoliczności na które ten wykonawca się powołuje.

21. W przypadku oferty Wykonawcy Multiconsult, w drugim wezwaniu Zamawiający wprost stwierdził, że wykonawca nie udzielił odpowiedzi na pytanie 3, a mimo to po raz kolejny wystosował wezwanie parafrazując zadane już wcześniej pytanie i dając tym samym Wykonawcy kolejną szansę na udzielenie odpowiedzi.

22. Powyższe działanie podważa zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i jako takie jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Co prawda na gruncie ustawy Pzp Zamawiający ma możliwość do ponownego czy kolejnego wezwania danego wykonawcy w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny ale tylko przy zachowaniu pewnych warunków tj. kiedy pierwsze wyjaśnienia są kompletne i wyczerpujące ale ich treść rodzi dodatkowe wątpliwości Zamawiającego, które muszą zostać wytłumaczone, bądź też jeżeli pierwsze wyjaśnienia są niewystarczające ze względu na zbyt ogólny sposób sformułowania wezwania przez Zamawiającego.

23. W odniesieniu do sytuacji Multiconsult w Postępowaniu żadna z powyższych okoliczności nie zachodzi. Zamawiający – oprócz ogólnego wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny – zadał Wykonawcy cztery konkretne pytania. Natomiast Wykonawca nie udzielił nawet odpowiedzi na te pytania.

24. Ponieważ zaś pierwsze wyjaśnienia wykonawcy Multiconsult nie tylko nie wykazywały, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ale nawet nie zawierały odpowiedzi na szczegółowe pytania Zamawiającego, Zamawiający zamiast nieuprawnionego ponawiania wezwań i ostatecznie uznania, że łącznie wyjaśnienia są wystarczające do wykazania, że cena oferty Multiconsult nie jest rażąco niska, powinien zastosować się do normy zawartej w art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) i odrzucić ofertę Wykonawcy Multiconsult. Trzeba też mieć na względzie, że złożenie wyjaśnień nierzetelnych, niewystarczająco konkretnych czy niekompletnych także zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy.

25. Przedstawione powyżej stanowisko Odwołującego znajduje poparcie w spójnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów. Na potwierdzenie Odwołujący przywołuje przykładowo poniższe orzeczenia.

26. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła między innymi:

1) Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w

której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczające konkretne, kompletne czy rzetelne.

2) Zamawiający ma prawo skierować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale jedynie w sytuacji, gdy lektura pierwszych złożonych wyjaśnień wymaga doszczegółowienia. Za niedopuszczalne należy uznać kolejne wezwanie polegające de facto na konieczności poproszenia wykonawcy po raz kolejny o to samo, to jest o przedstawienie brakujących elementów kalkulacji, które mogły i powinny być złożone już w pierwszych wyjaśnieniach.

3) Zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p., ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 p.z.p., który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, w tym zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych, popartych dowodami wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprawdzie w terminie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty.

4) Tylko pierwotne złożenie wyjaśnień konkretnych, rzetelnych, odpowiadających na treść wezwania zamawiającego, a nadto popartych dowodami, umożliwia Zamawiającemu zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie uzupełniających wyjaśnień. Jeśli rzetelne pierwotne wyjaśnienia ceny w jakimś aspekcie wymagają przedstawienia przez wykonawcę dodatkowych informacji, wówczas Zamawiający może zwrócić się o doprecyzowanie poprzednio złożonych wyjaśnień. Wykonawca składając wyjaśnienia zaoferowanej ceny nie może zakładać, iż Zamawiający wystosuje wobec niego kolejne wezwanie, lecz winien dążyć do złożenia wyjaśnień pełnych i popartych dowodami.

5) Celem udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wobec tego, aby wyjaśnienia spełniły swoją rolę, powinny być wyczerpujące, konkretne, rzeczowe i zawierać stosowne dowody, w zakresie okoliczności, na które wykonawca się powołuje. Mając na uwadze, że co do zasady takie wezwanie kierowane jest do wykonawcy jednokrotnie, wyjaśnienia powinny być udzielone w taki sposób, aby przekonać zamawiającego co do prawidłowości zaoferowanej ceny.

Ponowne skierowanie wezwania jest możliwe tylko w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości co do pierwotnie

udzielonych wyjaśnień, są one dla niego w jakimś zakresie niejasne, niejednoznaczne albo wzbudzają wątpliwości, których zamawiający nie miał na wcześniejszym etapie postępowania. Niemniej jednak, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiający musi otrzymać materiał, z którego uzyska konkretną wiedzę na temat ceny oferty i jej elementów wkładowych. Nie wystarczy przy tym wskazać lakonicznie, że wykonawca posiada duże upusty.

27. W wyroku z dnia 22.04.2022 r., Sygn. akt XXIII Zs 49/22 Sąd Okręgowy stwierdził:

Oczywiście, jak to wskazała Krajowa Izba Odwoławcza możliwe jest wystąpienie do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień uzupełniających. Wbrew bowiem stanowisku zaprezentowanemu przez zamawiającego w skardze, zasada jednokrotnych wyjaśnień nie jest zasadą bezwzględnie obowiązującą i w postepowaniach często praktykowane jest ponowne, wzywanie wykonawców do złożenia kolejnych wyjaśnień, w sytuacji kiedy pierwsze są niewystarczające lub pierwsze wezwanie było nie dość jasne lub precyzyjne. Możliwość ponownego wezwania traktować należy jednak jako wyjątek, a nie regułę, można sobie bowiem wyobrazić sytuację, że wykonawca mimo kolejnych wezwań, lekceważąc ich treść i tak nie udzieli zamawiającemu informacji pozwalających na weryfikację czy wskazana przez niego cena nie jest rażąco niska. Zdaniem Sądu Okręgowego należy jednak wykluczyć możliwość kolejnego wezwania, w sytuacji (jak miało to miejsce w niniejszej sprawie) kiedy wykonawca w odpowiedzi na pierwsze nie przedstawi w istocie żadnych informacji pozwalających zamawiającemu na ocenę czy cena z oferty jest rażąco niska. (…) Już po raz kolejny Sąd Okręgowy podkreśla, że w tym zakresie wykonawca nie przedstawił żadnych wyjaśnień. Całkowicie pomijając ten element ceny w swoich pierwszych wyjaśnieniach wykonawca nie dał sobie szansy, a zamawiającemu pretekstu by zostać ponownie wezwanym w celu doprecyzowania pierwszych wyjaśnień, ewentualnie wyjaśnienia powstałych w związku z ich złożeniem wątpliwości.

28. Warto również podkreślić, że w tym samym postępowaniu, ten sam Zamawiający w odniesieniu do oferty Wykonawcy SAFEGE nie miał żadnych wątpliwości co do sposobu oceny wyjaśnień, które były zbyt ogólne i lakoniczne. Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy SAFEGE na postawie art. 226 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp argumentując swoją decyzję m.in. tym: w przekazanych przez Wykonawcę w dniu 07.09.2022r. wyjaśnieniach brak jednoznacznych odpowiedzi na pytania 1 i 2, a także szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych dniówek wycenionych poniżej kwoty 250,00 zł netto, o które pytał Zamawiający w pytaniu nr 3. Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku oferty Wykonawcy Multiconsult, stąd

niezrozumiałym dla Odwołującego jest działanie Zamawiającego, który w odmienny sposób traktuje poszczególnych wykonawców.

II. Naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Multiconsult z postępowania pomimo przedstawienia nieprawdziwych informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego oraz 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp

29. Zgodnie z punktem 8.2.4. 1.c) SWZ w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymagał aby Wykonawca wykazał, że posiada doświadczenie w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

30. W dniu 10.02.2023 r. w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 01.02.2023 r. wzywające do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawca Multiconsult złożył Wykaz usług w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wskazując w pozycji 2 Wykazu zadanie:

Niezależny Inżynier na zadaniu pn.: „Budowa autostrady płatnej autostrady A1 Etap II Nowe Marzy – Czerniewice" o długości 62,4 km stanowiącej fragment autostrady A-1 Gdańsk (Rusocin) – Toruń – Łódź – Katowice – Cieszyn (granica państwa), które obejmowało swoim zakresem m.in.: most drogowy (MA-91) przez rzekę Wisłę w ciągu autostrady A1, w Rozgartach koło Grudziądza. Multiconsult wskazał, że most ten składał się z 4 niezależnych obiektów mostowych:

- Most główny nitka lewa (jeden niezależny obiekt mostowy) Rozpiętość przęseł: 110.0m+180.0m+110.0m
- Most główny nitka prawa (drugi niezależny obiekt mostowy) Rozpiętość przęseł: 110.0m+180.0m+110.0m
- Estakada północna
- Estakada południowa

31. Tymczasem, pod względem konstrukcyjnym most ten składa się z 3, a nie z 4 niezależnych obiektów mostowych. Podpory nurtowe są wspólne dla dwóch nitek mostu i składają się z dwóch filarów. Filary oparte są na palach (40 pali pod każdą podporą), które są

zwieńczone ławą fundamentową. Ustroje mostu są co prawda osobne, ale posadowienie podpór jest wspólne, co oznacza że most główny obiektu MA-91 stanowi jeden obiekt mostowy zarówno dla nitki prawej, jak i lewej. Zgodnie z par. 6 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 16 lutego 2005 r. w sprawie sposobu numeracji i ewidencji dróg publicznych, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz rejestru numerów nadanych drogom, obiektom mostowym i tunelom (Dz.U. 2005.67/582)

6. Obiekty mostowe przedzielone podłużną szczeliną zarówno w przęsłach, jak i na podporach, stanowią w ewidencji oddzielne obiekty mostowe, o ile każdy z wydzielonych obiektów będzie budowlą stanowiącą całość

techniczno- użytkową.

32. W przypadku obiektu wskazanego przez Multiconsult w Wykazie usług, most główny stanowi jeden obiekt. Powyższe oznacza, że Multiconsult wprowadził Zamawiającego w błąd twierdząc, że most główny obiektu MA-91 stanowi 2 niezależne obiekty mostowe, a w oparciu o takie oświadczenie Wykonawcy Zamawiający uznał, że Multiconsult wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie legitymowania się doświadczeniem w nadzorowaniu 2 obiektów mostowych o rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m. i wybrała jej ofertę jako najkorzystniejszą.

33. Wskazujemy, że art. 109 ust. 1 pkt. 10) Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy gdy wprowadził on w błąd zamawiającego nawet w wyniku zachowania nieumyślnego (lekkomyślność, niedbalstwo) w przeciwieństwie do dyspozycji pkt 8) wskazującego na konieczność zajścia celowego działania wykonawcy zmierzającego do wprowadzenie w błąd lub rażącego niedbalstwa wywołującego ten sam skutek. Przepis art. 109 ust. 1 pkt. 10) ma zastosowanie nawet gdy wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd nie mając takiego zamiaru a poprzez niedochowanie należytej staranności (niedbalstwa) czy lekkomyślności. Trzeba też pamiętać, że ocena czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje się z zastosowaniem przepisów Kodeksu cywilnego, co wynika z art. 14 Pzp. Zgodnie zaś z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), przez którą rozumie się określony sposób postępowania, mający doprowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec postępowania. Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, co skutkuje uzasadnionym zwiększeniem oczekiwania co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność. Takim profesjonalistą jest także wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Wzorzec należytej staranności nakłada na takiego wykonawcę

miedzy innymi obowiązek upewnienia się (sprawdzenia) czy deklarowany w składanych w ramach postępowania przetargowego oświadczeniach/dokumentach stan faktyczny jest prawdziwy (odpowiada rzeczywistości). Na ich podstawie bowiem Zamawiający dokonuje oceny wykonawcy, w tym oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu i maja one wpływ na decyzje Zamawiającego (tak KIO w wyroku z dnia 7 marca 2019 r. sygn. akt KIO 271/19).

34. Dodatkowo, ze względu na niezgodne z prawdą informacje dotyczące przedmiotowego warunku, Multiconsult niewątpliwie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, i jako taki powinien zostać wykluczony z Postępowania. W ocenie Odwołującego brak taki nie podlega uzupełnieniu.

35. Zgodnie z linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej złożenie przez Wykonawcę dokumentu lub oświadczenia o nieprawdziwej treści ma charakter ostateczny i taki dokument nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 128 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko znalazło swoje potwierdzenie m. in. w wyroku z dnia 08.08.2017 r. Sygn. akt KIO 1509/17:

Odnośnie art. 26 ust. 3 pzp w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp skład orzekający Izby podziela stanowisko, wyrażone uprzednio wielokrotnie w orzecznictwie Izby w kontekście uprzednio obowiązującego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować inną informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawierają błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się zawsze wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji normy art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca (winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego), który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją

potwierdzającą spełnianie tego warunku. Interpretacja taka jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

36. Z ostrożności wskazuję, że w przypadku nieuwzględnienia zarzutów poprzedzających, Zamawiający powinien przynajmniej wezwać Multiconsult do uzupełnienia i/lub wyjaśnień w zakresie przedstawionego powyżej warunku udziału w Postępowaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 marca 2023 r. uwzględnił odwołanie w całości.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 23.06.2022 r. pod pozycją 2022/S 117-330757.

W dniu 16 marca 2023 r. wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania czynności Zamawiającego polegających na:

1. przyjęciu, że wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Multiconsult z postępowania,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Multiconsult,

4. wyborze oferty złożonej przez Multiconsult jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez [1]nieprawidłową ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny polegającą na przyjęciu że wykonawca Multiconsult wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu pomimo, że ocena taka nie znajduje poparcia w wyjaśnieniach tego Wykonawcy, które są niewyczerpujące, niekonkretne i nierzetelne [2] wielokrotne (trzykrotne) wzywanie wykonawcy Multiconsult do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pomimo że wyjaśnienia tego Wykonawcy złożone na pierwsze, szczegółowe wezwanie Zamawiającego nie zawierały odpowiedzi na pytania Zamawiającego oraz innych rzetelnych i

wyczerpujących informacji w tym przedmiocie,[3] zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Multiconsult pomimo, że Wykonawca ten nie sprostał obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, co jednocześnie stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Multiconsult z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, 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 poprzez podanie informacji, że most główny obiektu MA-91 stanowi 2 niezależne obiekty mostowe w sytuacji, gdy konstrukcja tego mostu jednoznacznie wskazuje, że jest to jeden obiekt mostowy,

3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Multiconsult, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, że posiada doświadczenie w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

4. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Multiconsult pomimo, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania, a decyzja Zamawiającego wyborze oferty Multiconsult została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

5. naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez podjęcie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

ewentualnie, w przypadku uznania, że powyższy zarzut nr 2 jest niezasadny:

6. naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Multiconsult do wyjaśnień i/lub uzupełnienia oferty w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, że posiada doświadczenie w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m, w sytuacji gdy doświadczenie przedstawione przez tego Wykonawcę na potwierdzenie spełniania tego warunku dotyczyło jednego a nie dwóch obiektów mostowych.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, Zamawiający pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2023 r. uwzględnił odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, ul. Jana Kiepury 6, 22 – 400 Zamość.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego.

Przystępujący Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2023 r. (pismo z dnia 24 marca 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. (pismo z dnia 27 marca 2023 r.) wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zgodnie z 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.

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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

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.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w 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.

Zgodnie z art. 16 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 17 ust 2 ustawy PZP, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności

podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut dotyczący niewykazania przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej określonej w pkt 8.2.4. ust. 1 lit. c) SWZ, tj. usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m, znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do zarzutu Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy PZP poprzez:

- nieprawidłową ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny polegającą na przyjęciu że wykonawca Multiconsult wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu pomimo, że ocena taka nie znajduje poparcia w wyjaśnieniach tego Wykonawcy, które są niewyczerpujące, niekonkretne i nierzetelne;

- wielokrotne (trzykrotne) wzywanie wykonawcy Multiconsult do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pomimo że wyjaśnienia tego Wykonawcy złożone na pierwsze, szczegółowe wezwanie Zamawiającego nie zawierały odpowiedzi na pytania Zamawiającego oraz innych rzetelnych i wyczerpujących informacji w tym przedmiocie;

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Multiconsult pomimo, że Wykonawca ten nie sprostał obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, co jednocześnie stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego (wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) wykazywała cechy ceny rażąco niskiej.

Izba zważa, że Zamawiający trzykrotnie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny (wezwanie z dnia 19.08.2022 r., wezwanie z dnia 07.10.2022 r., wezwanie z dnia 25.10.2022 r.) na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, 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.

Biorąc pod uwagę powyższy przepis ustawy, Izba zważa, że w przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 15 ofert, gdzie ceny 11 z 14 ofert (jedna oferta wykonawcy BBC BEST BUILDING CONSULTANTS nie zawierała ceny) mieściły się w granicach 49-62% wartości budżetu Zamawiającego (w przedziale 9 225 000,00 zł - 11 587 499,38 zł), co oznacza, że tylko 3 oferty były zbliżone do wartości budżetu Zamawiającego (16 489 195,50 zł; 17 466 000,00 zł; 18 450 399,75 zł). Tym samym średnia wartości złożonych ofert wynosiła około 64% wartości budżetu Zamawiającego, który przewidział na sfinansowanie zamówienia kwotę 18 498 818,70 zł brutto. Z powyższego wynika po pierwsze, iż żadna ze złożonych ofert nie była wyższa od kwoty, którą Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia i większość wykonawców oszacowała koszt prac będących przedmiotem zamówienia na podobnym poziomie, a po drugie w ocenie Izby skutkuje to tym, że wartość szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT przyjętą przez Zamawiającego uznać należy za zawyżoną w stosunku do warunków (cen) przedstawionych przez wykonawców. W związku z tym, w ocenie Izby ceny zaoferowane przez wykonawców (w zdecydowanej większości, w tym cena wskazana w ofercie przez Przystępującego) należy uznać za ceny rynkowe.

Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2018 r., sygn. akt. KIO 895/18: „Na wstępie zauważyć należy, że samo porównanie cen ofert złożonych w tym zadaniu z wartością szacunkową ustaloną przez Zamawiającego, prowadzi do wniosku, że wartość szacunkowa zamówienia odbiega od cen rynkowych i jest wartością zawyżoną. Oznacza to, że wartość szacunkowa zamówienia nie może być adekwatnym i jedynym wyznacznikiem dla uznania zaniżenia ceny oferty wykonawców, w tym wykonawcy Przystępującego".

W ocenie Izby podkreślenia wymaga również fakt, że oferta złożona przez Przystępującego jest piątą ofertą pod względem zaoferowanej ceny przez wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, ale także to, iż cena oferty Odwołującego różni się od ceny zaoferowanej przez Przystępującego zaledwie o 317 340 zł (cena oferty Odwołującego wynosiła 10 547 250,00 zł, zaś cena oferty Przystępującego wynosiła 10 229 910,00 zł). Oznacza to, że oferta Odwołującego jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT o 43%, zaś oferta Przystępującego o 44,70%.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający w realiach niniejszej sprawy powinien był odstąpić od badania realności ceny, ze względu na to, iż rozbieżności pomiędzy wartością budżetu Zamawiającego, a cenami ofert złożonych przez wykonawców, wynikają z „okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia". Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 czerwca 2021 r., sygn. akt. KIO 1333/21: „ Co również istotne, wezwanie zamawiającego było wywołane treścią przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w zakresie odwołującym się do wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, tzn. wysokość szacowanej wartości zamówienia ustalona przez zamawiającego było na tyle wysoka, że oferty złożone w postępowaniu były o więcej niż 30% niższe od ustalenia zamawiającego. W ocenie Izby, w omawianym przypadku zamawiający mógł skorzystać z wyłączenia obowiązku wezwania wykonawcy, gdyż daje się zauważyć okoliczność, iż rozbieżność pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a cenami ofert, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Okoliczność ta dotyczy cen ofertowych wszystkich trzech wykonawców, gdyż ceny ofert tych wykonawców różnią się pomiędzy sobą nieznacznie, np. cena oferty odwołującego jest wyższa od ceny ofertowej przystępującego o ok. 22 tys. zł, co stanowi ok. 8% różnicy, a cena oferty odwołującego jest niższa od ceny oferty trzeciego wykonawcy o ok. 15 tys. zł, co stanowi ok. 5% różnicy. W kontekście wartości szacunkowej zamawiającego ustalonej na poziomie prawie 600 tys. zł, okoliczność ta może dawać podstawę do przyjęcia założenia, że to wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na zbyt wysokim poziomie, a nie że ceny ofert są cenami rażąco niskimi. Izba stoi na stanowisku, że konkretny kontekst sytuacyjny sprawy, jego charakterystyczne cechy indywidualizujące dane postępowanie, muszą być brane pod uwagę za każdym razem, kiedy zachodzi podstawa do badania ceny oferty pod kątem rnc. W przedmiotowym postępowaniu sytuacja zdaje się być wyjątkowo prosta i jasna. Zamawiający ustalił wartość zamówienia na bardzo wysokim poziomie, który wywołał skutek w postaci wezwania zamawiającego (choć w ocenie Izby, zamawiający nie miał obowiązku wzywać wykonawców, o czym powyżej). Zamawiający wykonał obowiązek w sposób blankietowy i w równie blankietowy sposób przystępujący złożył wyjaśnienia, które w ocenie Izby mimo

wszystko dawały obraz kalkulacji ceny ofertowej. Zdaniem Izby, niezasadne jest stawianie zarzutów zamawiającemu w sytuacji, w której zamawiający bardzo ogólnie, wypełniając minimalne wymagania ustawy Pzp, kreuje wezwanie, a wykonawca nie mając żadnych szczegółowych wytycznych od zamawiającego, równie ogólnie odpowiada, składając wyjaśnienia. Wskazać również należy, iż zgodnie z 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. Oceny prawidłowości złożonych wyjaśnień dokonuje zamawiający. Skoro zatem odwołujący kwestionuje prawidłowość dokonanej oceny to winien wykazać i udowodnić, że ocena zamawiającego była wadliwa. Zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący poza wywodami i rzekomymi wątpliwościami, żadnych dowodów nie powołał", a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Reasumując, w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z analogiczną sytuacją taką jak opisaną ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, co powoduje, że oferta Przystępującego nie może być uznana za ofertę z rażąco niską ceną. W ocenie Izby stwierdzenia Odwołującego na rozprawie, że „ Porównanie orzeczenia o sygn. akt: KIO 1333/21 w stosunku do obecnego jest zdaniem odwołującego nieprawidłowe ze względu na skomplikowany przedmiot zamówienia", jak również „Przystępujący na wezwanie Zamawiającego nie zakwestionował tegoż wezwania i nie skorzystał ze środków ochrony prawnej" oraz dowody w postaci wezwania przez innego Zamawiającego w innym postępowaniu z dnia 18 marca 2021 r. i udzielonej odpowiedzi przez Przystępującego z dnia 31 marca 2021 r. nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego.

W związku powyższym, zarzut Odwołującego dotyczący wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jest zdaniem Izby niezasadny.

W następnej kolejności, Izba odniesie się do zarzutu Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Multiconsult z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, 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 poprzez podanie informacji, że most główny obiektu MA-91 stanowi 2 niezależne obiekty mostowe w sytuacji, gdy konstrukcja tego mostu jednoznacznie wskazuje, że jest to jeden obiekt mostowy.

Izba zważa, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, natomiast w świetle 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.

W związku z powyższym, istotą obydwu przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego) w sposób istotny wpływają na podejmowane przez niego decyzje.

Należy przy tym zauważyć, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP dotyczy celowego wprowadzenia w błąd (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd) następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji bądź zatajeniem informacji, bądź niemożnością przedstawienia wymaganych środków dowodowych, zaś przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Co istotne, w ocenie Izby, nie każda podana przez wykonawcę informacja świadcząca o niespełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu (jak w niniejszym postępowaniu) skutkuje od razu jego wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP.

Zgodnie z komentarzem Prawo Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 410: „ Wykonawca nie jest

winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe”.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Odwołujący zarzucił Przystępującemu, że wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając w wykazie usług, że most drogowy MA-91 składa się z 4 niezależnych obiektów mostowych (most główny nitka lewa, most główny nitka prawa, estakada północna, estakada południowa), podczas gdy pod względem konstrukcyjnym składa się z 3, a nie z 4 niezależnych obiektów mostowych. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że „podpory nurtowe są wspólne dla dwóch nitek mostu i składają się z dwóch filarów. Filary oparte są na palach (40 pali pod każdą podporą), które są zwieńczone ławą fundamentową. Ustroje mostu są co prawda osobne, ale posadowienie podpór jest wspólne, co oznacza że most główny obiektu MA-91 stanowi jeden obiekt mostowy zarówno dla nitki prawej, jak i lewej”.

Izba zważa, że zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy PZP, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uznania, że Przystępujący przedstawiając ww. informacje wprowadził w błąd Zamawiającego, czy to z winy umyślnej, czy też z winy nieumyślnej. Po pierwsze dlatego, iż sam Zamawiający stwierdził na rozprawie: „Odnośnie mostu Zamawiający miał ogólną wiedzę o tym moście wynikających z dokumentów rejestrowych i stąd nie wzywał do dodatkowych wyjaśnień na tym etapie, nie budziły jego wątpliwości. Dopiero po wniesieniu odwołania dokonał analizy samej konstrukcji mostu”, a po drugie również Przystępujący na rozprawie tłumaczył różnicę kilometrów wynikającą z pierwszych stron książek obiektu mostowego, a nadaniem obiektowi numerów inwentarzowych przez GDDKiA: „Różnica w kilometrach 94 wynika z tego, że w książce obiektu jest kilometr ze środka obiektu wskazany w dokumentacji powykonawczej. Natomiast w decyzji GDDKiA jest kilometraż z początku obiektu, stąd wynika różnica km”, co jednoznacznie świadczy o tym, że Przystępujący przedstawiając informacje, nie dokonywał ich z zamiarem wprowadzenia w błąd Zamawiającego ani też w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa. Nawet gdyby uznać, że Przystępujący przedstawiając informacje wprowadził w błąd Zamawiającego, to w ocenie Izby, złożył je w dobrej wierze.

Izba wzięła również pod uwagę w kontekście powyższego zarzutu, że Przystępujący nadzorował budowę jeszcze jednego mostu, który zdaniem Przystępującego spełniał wymogi niniejszego postępowania, tj. MA 145 w km 150 498,13 Autostrady A1 (długość przęseł 44.7+3x55.0+73.0+3x130.0+73.0+3x55.0+44.7m, całkowita długość obiektu 955,4), na co wskazywał w piśmie procesowym z dnia 24 marca 2023 r. oraz na rozprawie.

W związku powyższym, zarzut Odwołującego dotyczący wprowadzenia w błąd

Zamawiającego, jest zdaniem Izby niezasadny.

Odnośnie zarzutu Odwołującego dotyczącego niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, że posiada doświadczenie w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m, jest zdaniem Izby zasadny.

Izba zważa, że zgodnie z pkt 8.2.4.ust. 1 lit. c) SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymagał, aby: „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów

mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m".

Jednocześnie w uwagach Zamawiający wskazał, że: „Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty

inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 nr 63 poz. 735 ze zm.)".

W wyniku wezwania Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Przystępujący złożył wykaz usług (formularz 3.5.), w którym w pkt 2 wskazał zadanie:

„Niezależny Inżynier na zadaniu pn.: „Budowa autostrady płatnej autostrady A1 Etap II Nowe Marzy – Czerniewice" o długości 62,4 km stanowiącej fragment autostrady A-1 Gdańsk (Rusocin) – Toruń – Łódź – Katowice – Cieszyn (granica państwa)", które obejmowało swoim zakresem m.in.: „Most drogowy (MA-91) przez rzekę Wisłę w ciągu autostrady A1, w Rozgartach koło Grudziądza. Most główny (dwa niezależne obiekty mostowe) o obciążeniu klasy A:

- nitka lewa (jeden niezależny obiekt mostowy) Rozpiętość przęseł: 110.0m+180.0m+110.0m
- nitka prawa (drugi niezależny obiekt mostowy). Rozpiętość przęseł: 110.0m+180.0m+110.0m
- Estakada północna –38.4m+19x48.0m+38.4m
- Estakada południowa –38.4m+10x48.0m+38.4m

Długość całkowita obiektów mostowych mierzona pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu 1953.6m".

Odwołujący jednocześnie wskazał, na co wcześniej Izba zwróciła uwagę, że „podpory nurtowe są wspólne dla dwóch nitek mostu i składają się z dwóch filarów. Filary oparte są na palach (40 pali pod każdą podporą), które są zwieńczone ławą fundamentową. Ustroje mostu są co prawda osobne, ale posadowienie podpór jest wspólne, co oznacza że most główny obiektu MA-91 stanowi jeden obiekt mostowy zarówno dla nitki prawej, jak i lewej".

W związku z powyższym istota sporu dotyczyła tego, czy most MA-91 wskazany przez Przystępującego w wykazie usług na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowi jeden czy dwa obiekty mostowe. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku, tj. że most MA-91 stanowi dwa obiekty mostowe, Przystępujący do pisma procesowego z dnia 24 marca 2023 r. dołączył pierwsze strony książek obiektu mostowego z nazwą własną obiektu: MA-91 prawy most i MA-91 lewy most, a także nadany przez GDDKiA jednolity numer inwentarzowy JNI 31000713 i JNI 31000714 dla ww. mostu.

Izba nie podziela argumentacji Przystępującego, że „skoro zatem Most MA-91 posiada 2 odrębne numery JNI, to znaczy, iż składa się z dwóch obiektów", ponieważ w ocenie Izby nadanie numerów inwentarzowych JNI przez GDDKiA nie jest decyzją administracyjną, a jedynie ma charakter zgłoszenia (mowa jest wyłącznie o rozpatrzeniu wniosku i nadaniu numeru inwentarzowego bez wydawania decyzji administracyjnej), na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie.

Nadto Izba zważa, że zgodnie z § 90 ust. 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie, dopuszcza się, aby podpory lub podpory i przęsła obiektów mostowych łukowych, podwieszonych i wiszących, o rozpiętości przęseł większej niż 50 m, były projektowane i wykonywane jako nierozdzielone pod każdą jezdnię, jednakże sporny most MA-91 nie jest ani mostem łukowym, podwieszanym czy wiszącym.

Izba uznała również za wiarygodne stwierdzenie Zamawiającego, że „most składa się z 2 belek ciągłych o konstrukcji skrzynkowej, sprężonej i żelbetowej opartej na odrębnych filarach

dla każdej belki (jezdni) i oparte są na wspólnej ławie fundamentowej, która jest posadowiona na fundamentach pośrednich na palach. Ława nie ma dylatacji (przerwy, szczeliny), która by oddzielała je na dwie konstrukcje", a powyższe nie było kwestionowane przez Przystępującego.

Tym samym rację ma Odwołujący, że „nie ma możliwości rozdzielenia, tak jakby chciał tego przystępujący jednej nitki od drugiej. Nie będzie to most na autostradzie i nie będzie spełniał definicji mostu autostradowego".

Nadto Izba zważa, że zgodnie z art. 535 ustawy PZP, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

W ocenie Izby, dowodem przesądzającym o tym, że most MA-91 jest jednym obiektem mostowym, a nie dwoma obiektami mostowymi, był dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie w postaci oświadczenia p. P. W. z dnia 24 marca 2023 r., który po pierwsze był autorem projektu mostu autostradowego MA-91 przez Wisłę w miejscowości Rozgarty w km 95+475.00 autostrady A1, a po drugie jednoznacznie oświadczył, iż ww. obiekt został zaprojektowany jako jedna konstrukcja. Izba dodatkowo zważa, że Przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego.

Pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego w postaci zdjęć nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego, zwłaszcza biorąc pod uwagę to, że nie było sporu co do tego, iż most MA-91 ma wspólną ławę fundamentową dla nitki lewej, jak i prawej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jednakże przed odrzuceniem oferty Przystępującego, Zamawiający jest zobowiązany do wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonej w pkt 8.2.4.ust. 1 lit. c) SWZ, tj. usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

Izba zważa, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w 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.

Izba wskazuje, że obowiązek wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych dotyczy wyłącznie podmiotowych środków dowodowych wymaganych przez Zamawiającego, do których złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wykonawca był wezwany na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP (jak w niniejszej sprawie) albo art. 274 ust. 1 ustawy PZP.

Wezwanie wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych jest obowiązkiem Zamawiającego, o czym świadczy słowo „wzywa", przy czym wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu. Wezwanie powinno przy tym precyzyjnie wskazywać powód wezwania, tj. konkretne braki lub uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, zakres koniecznych do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin, w jakim powinny być one uzupełnione.

Nadto Izba zważa, że przepisy ustawy PZP nie wyjaśniają, w jakich przypadkach należy uznać, że podmiotowe środki dowodowe nie zostały złożone, poprawione lub uzupełnione.

Zgodnie z Komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, str. 468: „Dokument (oświadczenie) należy zakwalifikować jako niezłożony, jeżeli nie został fizycznie dostarczony. Natomiast dokument (oświadczenie) jest niekompletny, jeżeli wprawdzie został fizycznie przedłożony, ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych (np. nie został podpisany, jest nieczytelny lub jego kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem). Od tych dwóch przypadków należy odróżnić dokumenty (oświadczenia) zawierające błędy. Są to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań".

Tym samym w przedmiotowej sprawie aktywuje się obowiązek Zamawiającego do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy PZP w stosunku do Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3, biorąc pod uwagę liczbę zarzutów uznanych za zasadne i niezasadne. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł, koszty poniesione przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z tytułu udzielonego pełnomocnictwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 18.600,00 zł). Odwołujący poniósł zatem koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000,00 zł, natomiast odpowiada za nie do wysokości 12.400,00 zł (18.600 x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę 2.600,00 zł (15.000 – 12.400), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….

Członkowie: …….