

Sygn. akt: KIO 2987/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Katarzyna Odrzywolska

Członkowie:

Mateusz Paczkowski

Beata Pakulska-Banach

Protokolant:

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2987/24

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, (prowadząca postępowanie - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp”

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem z podziałem na 2 części: Część 1) „Projekt i budowa drogi S16 odc. Knyszyn Krynice”, Część 2) „Projekt i budowa obwodnicy Białobrzeg w ciągu drogi krajowej nr 8”; numer sprawy: O.BI-D-3.2410.1.2024 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 59/2024 z dnia 22 marca 2024 r. pod numerem 174810-2024.

Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2024 r. poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej dla Części 1 i Części 2 zamówienia, oferty złożonej przez MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (dalej „MGGP” lub „przystępujący”).

W dniu 19 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący” lub „Multiconsult”) na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności podjęte i zaniechane przez zamawiającego w postępowaniu, polegające na: niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty wykonawcy MGGP jako najkorzystniejszej w części 1) i w Części 2); zaniechaniu wykluczenia wykonawcy MGGP z postępowania pomimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd i/ lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd; zaniechaniu odrzucenia oferty MGGP, pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, zaniechaniu wystąpienia do wykonawcy MGGP o wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny wraz dowodami, pomimo iż zaoferowana cena i/ lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto w stanie faktycznym niniejszego postępowania powinny wzbudzić istotne

wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP w części 1) i części 2), pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd i/ lub przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd poprzez nie wskazanie w dokumencie JEDZ w Części C „PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKRÓCZENIAMI ZAWODOWYMI”, iż znajduje się w sytuacji, w której nałożono odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje, podczas gdy wykonawcy MGGP naliczone zostały kary umowne (Zarzut 1);
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp oraz w związku z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP w części 1) i części 2), pomimo iż wykonawca ten nie wykazał okoliczności wskazanych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp dla nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszych umów, w ramach realizacji których zostały naliczone kary umowne (Zarzut 2);
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp oraz w związku z art. 120 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP w części 1) i części 2), pomimo iż wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp (Zarzut 3);
4. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MGGP w części 1) i części 2), pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż MGGP zaoferował środek transportu niezgodny z wymaganiami SWZ (Zarzut 4);
5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP w części 1) i części 2), pomimo iż MGGP wprowadził zamawiającego w błąd i/ lub przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd w zakresie oferowanego środka transportu (Zarzut 5);
6. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wystąpienia w części 1) i części 2) do wykonawcy MGGP o wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny wraz dowodami, pomimo iż istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia a ponadto w stanie faktycznym niniejszego postępowania powinny wzbudzić istotne wątpliwości zamawiającego co do

możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (Zarzut 6).

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert w części 1) i części 2);
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1) i części 2);
3. wykluczenia wykonawcy MGGP w części 1) i części 2);
4. odrzucenia oferty wykonawcy MGGP w części 1) i części 2);
5. dokonania ponownej oceny ofert w części 1) i części 2).

Odwołujący, na potwierdzenie zarzutów opisanych wyżej przedstawił następującą argumentację.

Uzasadniając Zarzut 1 przypomniał, że w ramach niniejszego postępowania, wraz z ofertą, MGGP przedłożył dokument JEDZ podpisany przez Panią Sonię Roman w dniu 15 grudnia 2023 r., w którym w ramach Części C „**PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI**” przedstawiono następujące informacje: rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje. Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową? - MGGP udzieliło odpowiedzi „NIE”. W dniu 15 maja 2024 r. zamawiający wezwał MGGP do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia. MGGP dnia 28 maja 2024 r. złożył podmiotowe środki dowodowe oraz dołączył oświadczenie o aktualności informacji, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podpisane przez tę samą osobę.

Zdaniem odwołującego oba oświadczenia złożone przez MGGP w JEDZ w zakresie ww. Części C „**PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI**” są sprzeczne ze stanem faktycznym. MGGP nie poinformował zamawiającego, że w ramach uprzednio realizowanych umów został obciążany karami umownymi za nienależyte wykonywanie zobowiązania umownego w znaczącym stopniu - jak wskazano poniżej.

W projekcie realizowanym dla GDDKiA Oddział Olsztyn - S16 Olsztyn - Elk w dniu 2 lutego 2023 r. w toku realizacji usługi pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) – Elk (S61), odc. Borki Wielkie - Mrągowo Wykonawca MGGP został obciążony karą umowną w wysokości

96 875,24 zł. Podstawą faktyczną naliczenia kary umownej był brak zapewnienia wymaganego

w SWZ personelu kontraktowego, przy czym okres braku personelu trwał aż 44 dni (dowód: Nota księgowa z dnia 02 lutego 2023 r.). Zgodnie z treścią umowy w § 36 Kary umowne, ust. 1 wskazano: „Istotne uchybienia lub uchylenie się Konsultanta od obowiązków zawartych w Umowie będzie skutkowało zastosowaniem przez Zamawiającego sankcji przewidzianych

w Umowie i przepisach prawa (...).” Przedmiotowy zapis jednoznacznie potwierdza istotność uchybienia MGGP w ramach przedmiotowej usługi.

Z kolei w projekcie Starosta Wodzisławski - Modernizacja ewidencji gruntów i budynków umowa dotycząca zadania „Modernizacja ewidencji gruntów i budynków na obszarze obrębów ewidencyjnych: Gogołowa, Mszana i Połomia, położonych w jednostce ewidencyjnej Mszana Powiatu Wodzisławskiego” nie została należycie wykonana przez firmę MGGP, ze względu na nie dochowanie terminu realizacji prac. Z tego tytułu naliczona została kara umowna w wysokości 68.346,18 zł. z tytułu opóźnienia w zakończeniu prac I etapu zadania, co stanowi ponad 10 % całej wartości umowy (dowód: Pismo Starosty Wodzisławskiego z 27 maja 2024 r.).

W odniesieniu do Projektu GDDKiA Oddział Olsztyn - obwodnica Smolajń, w toku realizacji umowy na Usługę wsparcia oraz pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją Kontraktu: „Budowa obwodnicy Smolajń w ciągu drogi krajowej nr 51” wykonawcy MGGP naliczono karę umowną w wysokości 33 775,85 zł. (dowód: Pismo GDDKiA Oddział Olsztyn z 22 maja 2024 r.).

Zdaniem odwołującego powyższe elementy stanu faktycznego potwierdzają, że przedmiotowe oświadczenie zawarte w JEDZ jest niezgodne z rzeczywistością, zaś MGGP wprowadził zamawiającego w błąd lub co najmniej podał informacje wprowadzające w błąd. W pytaniu w JEDZ wyraźnie wskazano, że należy informować o odszkodowaniu lub innych porównywalnych sankcjach. W polskim systemie prawnym kara umowna z tytułu nienależytego wykonania umowy jest właśnie taką „inną porównywalną sankcją”. Zatem powstał po stronie MGGP bezwzględny obowiązek przekazania zamawiającemu informacji o wszystkich tego typu zdarzeniach - w przypadku MGGP aż o trzech zdarzeniach.

Wobec powyższego odwołujący wniósł w dniu 5 lipca 2024 r. odwołanie, wskazując na powyższy stan faktyczny, realizujący przesłanki odrzucenia oferty MGGP. Zamawiający

w dniu 8 lipca 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie w dniu 17 lipca 2024 r. wystąpił do MGGP o wyjaśnienia w zakresie ww. trzech kar umownych, o których MGGP nie poinformował zamawiającego. W odpowiedzi MGGP złożył obszerne wyjaśnienia, w których wywiódł, iż przedmiotowe kary są karami drobnymi, zatem nie istnieją obowiązki informowania zamawiającego o fakcie ich naliczenia. Dodatkowo przedstawił swoją wersję okoliczności uzasadniających naliczenie kar - i wywiódł, że nie są one naliczone z winy MGGP. Niezależnie od oceny

takiej argumentacji, odwołujący stwierdził, że jest to argumentacja spóźniona. MGGP miał obowiązek całą taką szczegółową argumentację, wykazującą, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przedstawić wraz z ofertą, jako wyjaśnienia do dokumentu JEDZ.

W dalszej części odwołujący przedstawił aspekty prawne, jak też, jak stwierdził z daleko posuniętej ostrożności, odniósł się do nowego, spóźnionego stanowiska MGGP, przedstawionego w wyjaśnieniach z 24 lipca 2024 r.

Ponownie zwrócił uwagę, że wykonawca MGGP został aż trzykrotnie obciążony istotną karą umowną. Wykonawca musiał sobie zdawać sprawę, że w dacie złożenia oferty w niniejszym postępowaniu istniały w obrocie prawnym czynności zamawiających publicznych, polegające na nałożeniu kary umownej z tytułu nienależytego wykonania umowy, tj. istotnych uchybień wskazanych w umowie. Wobec czego MGGP jako profesjonalista, stale aktywnie uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powinien wraz z ofertą złożyć w JEDZ stosowne oświadczenie o naliczeniu kary umownej, jak i - w celu uniknięcia sankcji wykluczenia - dołączyć dokumenty samooczystczenia wskazane w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślił, że dokument JEDZ ma charakter informacyjny - obowiązek informacyjny obciąża wykonawcę. Nie ma tutaj miejsca na przyzwolenie na dokonywanie przez danego wykonawcę subiektywnej oceny tego, czy w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia, czy jednak nie zachodzą. Ocena tych okoliczności należy bowiem wyłącznie do zamawiającego. Pytanie wskazane w JEDZ jest proste, a jego formuła dotyczy obiektywnych zdarzeń i daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia - czy dany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia czy też nie daje. Dokonanie takiej weryfikacji przez zamawiającego nie będzie możliwe, jeżeli wykonawca nie dokona odpowiednich notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ - czyli jeśli zatai przed zamawiającym istniejący stan faktyczny. A takie właśnie zatajenie miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Sama zatem okoliczność wskazania przez MGGP w JEDZ, że nie znajduje się w sytuacji, w której naliczono mu kary umowne jest już wprowadzeniem w błąd i/ lub przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd.

Podkreślił także, że samo udzielenie pozytywnej odpowiedzi na przedmiotowe pytanie JEDZ nie oznacza wcale automatycznego wyeliminowania wykonawcy z postępowania. Takie wykluczenie miałoby miejsce tylko wtedy, gdy dany wykonawca nie dokonałby skutecznego samooczystczenia. A zatem nawet w sytuacji, w której dany wykonawca nie uznaje się za podlegającego wykluczeniu, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o stanie faktycznym, który zaistniał. Przyjęcie argumentacji odmiennej stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców. Skutkowałoby to możliwością przyjęcia stanu niezgodnego z zasadami uczciwego obrotu i w istocie stanu niemoralnego -stanowiącego swoistą nagrodę dla wykonawców nieuczciwych, zyskujących przewagę na rynku dzięki temu, że ukrywaliby przed zamawiającymi stan rzeczywisty, nie pozwalając podjąć prawidłowej decyzji w oparciu o wszystkie istotne informacje dotyczące stanu zdolności podmiotowej wykonawcy. Co więcej nie ma znaczenia, czy dany wykonawca uznaje naliczenie kary umownej za zasadne czy też niezasadne. Przedmiotowy punkt JEDZ ma bowiem cel informacyjny dla zamawiającego. Przypomniał w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3383/23, w którym Izba zaprezentowała pogląd podobny.

Nie budzi w ocenie odwołującego wątpliwości w świetle powyższego, że nawet jeśli MGGP sam nie uznaje się za spełniającego przesłanki wykluczenia, to spoczywa na nim bezwzględny obowiązek powiadomienia zamawiającego w JEDZ, że w stosunku do tego wykonawcy wystąpiły okoliczności, o których mowa w treści pytania. Jest to obowiązek notyfikowania zamawiającemu obiektywnych faktów, które miały miejsce w toku realizacji innego zamówienia przez wykonawcę, czyli wystąpienia określonych obiektywnych zdarzeń, które następnie podlegają ocenie zamawiającego. Pytanie nie dotyczy bowiem oceny takich zdarzeń przez MGGP w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, ale dotyczy notyfikacji obiektywnych faktów. Potwierdzenie tego stanowiska zostało jednoznacznie wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19. Transparentne i rzetelne udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pytanie JEDZ, jeśli dane okoliczności miały miejsce, otwiera zamawiającemu drogę

do rzetelnego zbadania zdolności podmiotowych wykonawcy co do okoliczności, które mogą mieć znaczenie w kontekście podstawy wykluczenia, natomiast wykonawcy umożliwia uwiarygodnienie swojej postawy jako profesjonalnego wykonawcy, który pomimo zaistnienia pewnych trudności z realizacją zamówienia w przeszłości, działa w sposób odpowiedzialny i wiarygodny, aby tym samym przekonać zamawiającego, że gwarantuje pełne zdolności do prawidłowej realizacji zamówienia.

Dalej, odnosząc się do przywołanego przez MGGP w wyjaśnieniach wyroku o sygn. akt KIO 913/23, w którym wskazano, że nie istnieje obowiązek notyfikacji w przypadku „drobnych kar” zauważył, że wyrok ten - choć ze wszech miar słuszny - to jednak nie ma zastosowania do niniejszej sprawy. Wyrok dotyczył bowiem stanu faktycznego, w którym wykonawca miał naliczone dwie kary umowne: 794 000 zł. oraz 2.000 zł. Kara w wysokości 794 000 zł. została przedstawiona w wyjaśnieniach do JEDZ, szczegółowo przedstawiono zamawiającemu sytuację z tą karą związaną. Wykonawca nie poinformował jednocześnie o karze 2 000 zł., uznając ją za nieistotną w kontekście tego, że informuje o dużej karze 794 000 zł. oraz informuje o samym fakcie zaistnienia sytuacji spornej związanej z realizacją zamówienia publicznego. Żadna z trzech kar wskazywanych w stanie faktycznym przez MGGP nie mieści się w kategorii „drobnej kary”, na którą wskazywała Izba w wyroku KIO 913/23.

Na marginesie dodał, że MGGP był przystępującym w sprawie KIO 913/23 i kwestionował możliwość braku informowania nawet o drobnych kłarach umownych, domagając się wykluczenia wykonawcy właśnie wobec braku poinformowania o karze 2 000 zł. Na

zakończenie dodał, że stanowisko Izby w wyroku KIO 913/23 jest zgodne ze stanowiskiem odwołującego odnośnie obowiązku informacyjnego po stronie wykonawców - z podkreśleniem funkcji informacyjnej JEDZ. Kolejny wyrok, na który

powołuje się MGGP, tj. wyrok o sygn. akt KIO 287/23 to wyrok, który dotyczy wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tymczasem przedmiotowy zarzut dotyczy naruszenia obowiązku informacyjnego, jaki wynika z JEDZ.

W dalszej części odwołujący poddał analizie okoliczności trzech projektów, wskazane przez MGGP w wyjaśnieniach. W pierwszej kolejności podnosił, że MGGP analizuje wszystkie trzy projekty w kontekście przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co jest analizą zupełnie nieprzydatną. Zgodnie z prezentowaną linią orzecniczą JEDZ kształtuje obowiązek informacyjny w zakresie odpowiedzi na pytanie: czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której nałożono odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje. Tym samym cała argumentacja MGGP jest argumentacją niezwiązaną z treścią JEDZ i nieprawdziwą odpowiedzią na pytanie zawarte w JEDZ.

W przypadku Projektu GDDKiA Oddział Olsztyn - S16 Olsztyn - Elk MGGP potwierdziło, że kara umowna została naliczona za zwłokę we wskazaniu spośród Personelu Konsultanta osoby lub osób wykonujących tymczasowo obowiązki (okoliczność niesporna). W dalszej części wyjaśnień MGGP wskazuje, że nie zgadza się z naliczoną karą i że odesłała notę księgową bez księgowania. Jak wynika z przytoczonej powyżej linii orzecniczej Krajowej Izby Odwoławczej - okoliczność ta nie ma znaczenia. Wykonawca ma obowiązek informować

o wszystkich karach umownych, niezależnie od tego, czy się z nimi zgadza czy też nie. A to do zamawiającego należy ocena sytuacji czy dany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania umowy, czy też nie daje. Tymczasem MGGP to sobie przyznało status podmiotu, który będzie oceniał tę rękojmię, a tym samym MGGP stało się sędzią we własnej sprawie, pozbawiając zamawiającego w ogóle możliwości oceny. Nieprawdziwe są też twierdzenia MGGP, że „czas realizacji umowy (okres projektowania + szacunkowy okres robót) wynosi 28 548 dni” i że 44 dni zwłoki nie ma znaczenia. Gdyby czas realizacji umowy rzeczywiście wynosił 25 548, to oznaczałoby, że umowa została zawarta na ponad 78 lat. MGGP przypuszczalne chodziło o pracochłonność realizacji umowy, liczoną w dniówkach.

W Projekcie Starosta Wodzisławski - Modernizacja ewidencji gruntów i budynków MGGP wskazało w wyjaśnieniach: „Kara dotyczy nieterminowego wykonania etapu I Umowy. Zapłata kary umownej nastąpiła w drodze potrącenia z wierzytelnością Wykonawcy z tytułu wynagrodzenia tj. w oparciu o jednostronne oświadczenie Starosty Wodzisławskiego. Wykonawca uważa karę za niezasadną, jednakże ze względu na stosunkowo niewysoką wartość kary Wykonawca nie podjął w tym zakresie kroków prawnych”. Mamy zatem okoliczność niesporną naliczenia kary umownej a ponadto MGGP potwierdziło, że kara została zapłacona, zaś MGGP nie podjęło nawet żadnych kroków prawnych. Z kolei twierdzenie,

że kara ma wartość „stosunkowo niewysoką” jest twierdzeniem oderwanym od stanu faktycznego projektu, gdyż kara ta przekracza 10%, a zatem niewątpliwie jest karą wysoką. Dodatkowo MGGP powołuje się na fakt wystawienia referencji przez zamawiającego, co rzekomo ma uzasadniać brak obowiązku informacyjnego. Odwołujący wskazał, że kwestia wystawienia referencji w kontekście obowiązku informacyjnego była już badana przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku KIO 449/22.

W Projekcie GDDKiA Oddział Olsztyn – obwodnica Smolajń - łączne kary umowne naliczono w wysokości 33 775,85 zł. Tymczasem MGGP wskazuje, że jest to szereg kar od 359,31 zł. do maksymalnie 10 000,00 zł. Co prawda MGGP nie wskazało, ile tych kar naliczono, ale wynika z powyższego, że musiałyby ich być wiele, co najmniej pięć, a może nawet dziesięć różnych kar (lub więcej). Trudno zatem uznać, że jest to zdarzenie incydentalne, jak wskazuje MGGP. Wręcz przeciwnie, skoro wykonawcy MGGP naliczono co najmniej pięć różnych kar umownych w toku realizacji jednego projektu, to wynika z tego, że umowa nie była wykonywana należyście. A zatem z całą pewnością zaktualizował się obowiązek informacyjny. Zwłaszcza, że także w tym przypadku MGGP nie podjęło żadnych kroków prawnych, co samo w sobie wskazuje na uznanie naliczonych kar za zasadne.

Uzasadniając Zarzut 2 i 3 odwołujący dodatkowo wskazywał, że wobec MGGP zaktualizowała się przesłanka wyrażona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - co najmniej w przypadku Projektu „Starosta Wodzisławski - Modernizacja ewidencji gruntów i budynków”,

gdzie kara umowa wyniosła 10% wartości kontraktu. MGGP miało obowiązek zaznaczać to w JEDZ, wskazując na okoliczności naliczenia kar umownych. Zgodnie z regulacją ustawy Pzp wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nienależyście wykonywał istotne zobowiązanie umowne, wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, podlega wykluczeniu, chyba że - zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp - przedstawi tzw. samooczyszczenie i wykaże, że już po przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd podjął odpowiednie kroki, które będą zapobiegać nieprawidłowym zrachowaniom w przyszłości. W stanie faktycznym niniejszego postępowania MGGP nie wykazało zamawiającemu, że podjęło odpowiednie kroki. Tym samym, wobec zaniechania podjęcia czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, MGGP podlega wykluczeniu z postępowania.

Skoro zatem przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ziściła się wobec MGGP, to MGGP podlega bezwzględniemu wykluczeniu z postępowania chyba że wykaże, że ma do niego zastosowanie przepis wyłączający wykluczenie, tj. art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Aby to wykazać MGGP musi udowodnić zamawiającemu, że podjął odpowiednie środki dla zapobiegania swojemu dalszemu nieprawidłowym postępowaniu. Podchodząc całkowicie formalnie do przedmiotowej kwestii stwierdzić należy, że MGGP nie wykazał żadnych procedur ani środków. Odwołujący podkreślił, że nie jest możliwe samodzielne uzupełnienie samooczyszczenia przez MGGP na obecnym etapie postępowania, gdyż samooczyszczenie do swej skuteczności wymaga złożenia go przed powzięciem przez zamawiającego informacji o przyczynach składania samooczyszczenia (tak wskazano przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO 3376/23, KIO 3388/23, KIO 3390/23).

Uzasadniając Zarzut 4 odwołujący w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z punktem IDW 17. SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY ppkt. 17.3.: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ ilości rozliczenia w Formularzu cenowym”. Zamawiający w OPZ postawił bardzo szczegółowe wymagania co do środka transportu (dalej „samochód”), który ma być zapewniony na okres realizacji umowy: „Konsultant użyczy Zamawiającemu 1 sztukę środków transportu do wyłącznej całodobowej dyspozycji Zamawiającego tj. samochód typu SUV (średniej min. C według klasyfikacji SAMAR) - 14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności. Konsultant zapewni Zamawiającemu ciągłość w korzystaniu ze środka transportu. W przypadku ujawnienia wady lub awarii Konsultant zapewni pojazd zastępczy w ciągu 24 godzin od zgłoszenia. Samochód zastępczy ma spełniać wymagania techniczne jak samochód podstawowy. Parametry i wyposażenie środka transportu dla Zamawiającego nie będą gorsze niż określone w poniższej tabeli. (w tym miejscu odwołujący

przypomniał wymagania zamawiającego w tym zakresie) Wymaga się aby użyczony samochód posiadał ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, AC, NNW i Assistance. Wymagane jest aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyczonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, usług eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przechowywania opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy w miesiącu (dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności), sprzątania wnętrza samochodu raz w miesiącu, abonament na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Białymstoku. Wymaga się aby Konsultant zapewnił samochód zastępczy na czas naprawy i przeglądu o parametrach i wyposażeniu nie gorszym niż określone w powyższej tabeli. Zamawiający zwróci samochód Konsultantowi niezwłocznie po wystawieniu Ostatecznego Świadczenia Płatności. Konsultant może użyczyć samochód nowy bądź używany, jednak nie starszy niż czteroletni (4 lata liczone od pierwszej rejestracji) i z przebiegiem nie większym niż 80 tys. km. Wiek i przebieg samochodu będą liczone/ ustalane na dzień podpisania Umowy. Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.4 oraz 4.4 Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym Dla Zadania 1 - limit średnio 4000 kilometrów na miesiąc (średnio 4000 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności). Dla Zadania 2 - limit średnio 2000 kilometrów na miesiąc (średnio 2000 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności), a także koszty związane z naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych wskazanych powyżej”.

Odwołujący przypomniał, że powyższy wymóg jest taki sam w obu zadaniach - jedyna różnica dotyczy miesięcznego limitu kilometrów: Dla Zadania 1 - 4000 kilometrów zarówno w okresie realizacji robót jak i gwarancji (łącznie należało oszacować koszt przejechania 252 000 km przez 63 miesiące). Dla Zadania 2 - 2000 kilometrów zarówno w okresie realizacji robót jak i gwarancji (łącznie należało oszacować koszt przejechania 126 000 km przez 63 miesiące). Różnica to została przez odwołującego zaznaczona w powyższym cytacie. Minimalny koszt spełnienia tego wymogu wynosi miesięcznie: Dla zadania 1 - 3750 zł. w okresie projektowania i realizacji robót i 2 150 zł. w okresie po wystawieniu Świadczenia Przejęcia. Dla Zadania 2 - 3000 zł. w okresie projektowania i realizacji robót i 1 400 zł. w okresie po wystawieniu Świadczenia Przejęcia.

Następnie odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenia wskazując koszty, które jego zdaniem wykonawca będzie musiał ponieść: (1) nabycia pojazdu; (2) koszty paliwa; (3) ubezpieczenia; (4) przeglądów eksploatacyjnych; (5) opon; (6) związanych z myciem i sprzątaniem samochodu; (7) abonamentu na parkowanie w strefie płatnego parkowania w Białymstoku jak też (8) przedstawił dodatkowe koszty eksploatacyjne, które należy uwzględnić i dodatkowe założenia kalkulacji. Odwołujący zaznaczył, że powyższe koszty eksploatacyjne nie powinny być kwestionowane przez zamawiającego, gdyż są to kwoty mu znane z szeregu innych postępowań, ale z ostrożności odwołujący przedłożył następujące dowody: dwie polisy ubezpieczeniowe; cennik wraz z danymi technicznymi Dacia Duster; wykaz kosztów napraw (wymiana klocków tarcz) Dacia Duster; koszt abonamentu w płatnej strefie parkowania w Białymstoku. Dalej wyliczał, że najniższy miesięczny koszt dysponowania samochodem to kwota 1 562 zł., w przypadku zakupu samochodu używanego. Niższy koszt, jego zdaniem, nie jest możliwy do osiągnięcia.

Następnie odwołujący zaprezentował i zestawiał w tabeli szczegółowe koszty związane z wykorzystaniem samochodu na kontrakt, z podziałem na obie części zamówienia.

W podsumowaniu dla Części I wyliczył, że w okresie projektowania i realizacji robót (tj. przez okres 48 miesięcy) minimalny miesięczny koszt samochodu wynosi: (1) w przypadku samochodu nowego „zakup za gotówkę” - 4 172,14 zł.; (2) samochodu używanego „zakup za gotówkę” - 3 815,82 zł.; (3) samochodu nowego w leasingu - 4 735,31 zł. Z kolei w okresie po wystawieniu świadectwa przejęcia (15 miesięcy) - koszt ten kształtował się będzie na poziomie 2 143,52 zł. Analogiczne wyliczenia przedstawił dla Części II. Wywodził, że w okresie projektowania i realizacji robót (tj. przez okres 48 miesięcy) minimalny miesięczny koszt samochodu wynosi: (1) w przypadku samochodu nowego „zakup za gotówkę” - 3 445,13 zł.; (2) samochodu używanego „zakup za gotówkę” - 2 998,21 zł.; (3) samochodu nowego w leasingu - 3 917,70 zł. Z kolei w okresie po wystawieniu świadectwa przejęcia (15 miesięcy) - koszt ten kształtował się będzie na poziomie 1 394,11 zł.

Dalej przypomniał, że MGGP, jako koszty dla samochodu, wskazał w Formularzach cenowych (osobnych dla każdej z części) w pozycji „1.4 Środek transportu Zamawiającego” Część 1 - 2 700 zł. miesięcznie, Część 2 - 2 700 zł. miesięcznie, a w pozycji „4.4 Środek transportu Zamawiającego” w okresie po wystawieniu Świadczenia Przejęcia Część 1 - 1 350 zł. miesięcznie, Część 2 - 1 350 zł. miesięcznie. W konsekwencji, jego zdaniem, treść oferty MGGP jest sprzeczna z SWZ, gdyż za kwotę wskazaną w Formularzach cenowych nie można zapewnić spełnienia wymagania zamawiającego. Zamawiający, po zapoznaniu się z powyższą argumentacją, wystosował w dniu 17 lipca 2024 r. do

MGGP następujące wezwanie: „W związku z informacjami zawartymi w Odwołaniu złożonym 05.07.2024 r. przez

Wykonawcę: MULTICONCONSULT POLSKA Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, dot. Cen jednostkowych dla pozycji 1.4 oraz 4.4 Formularza Cenowego dla Części I oraz Części II Zamawiający prosi o wyjaśnienie wyceny pozycji Formularza Cenowego odpowiednio: - dla Części I - pozycja 1.4 - Środek transportu Zamawiającego - pozycja 4.4 - Środek transportu Zamawiającego - dla Części II - pozycja 1.4 - Środek transportu Zamawiającego - pozycja 4.4 - środek transportu Zamawiającego”. W odpowiedzi MGGP złożył wyjaśnienia, które oparł na dokumencie „Oferta najmu długoterminowego dla MGGP SA” wystawionej przez firmę „Firma Handlowo - Usługowa AUTO MIX U. K.” z siedzibą w Tarnowie.

Odwołujący w tym miejscu stanowczo stwierdził, że dokument ten zawiera nieprawdziwe dane - otóż producent nie produkuje samochodów Dacia z napędem 4 x 4, które mają silnik o pojemności 999 cm³: Samochody Dacia o napędzie 4x4 mają silnik o pojemności minimum 1 332 cm³. Samochody Dacia z silnikiem o pojemności 999 cm³ nie mają napędu 4x4. Są to informacje powszechnie dostępne

cenniki/new-duster-price-

2024.pdf.asset.pdf/aeada90de0.pdf (oficjalny cennik producenta

- str. 9). W ostatnich 4 latach (zgodnie z wymaganiami SWZ) z napędem na 4 koła były produkowane jedynie modele Dustera z silnikiem diesla (1,5 dCi) lub silnikiem benzynowym TCe 150 o pojemności 1 332 cm³. Dodał przy tym, że polskie świadectwo homologacji (wymóg SWZ) na zasilanie gazem LPG ma jedynie silnik o pojemności 999 cm³. Z powodów technicznych do silnika TCe150 praktycznie niemożliwe jest zainstalowanie instalacji LPG. Musiałaby to być kosztowna, dedykowana instalacja z dotryskiem benzyny. Zarówno koszt jej montażu, jak i późniejsze koszty eksploatacyjne sprawiają, że taka inwestycja byłaby nieopłacalna. Dodatkowo auto takie nie spełniałoby wymogów posiadania polskiego świadectwa homologacji. Mając na uwadze powyższe, wyjaśnienia złożone przez MGGP jedynie potwierdzają, że oferta MGGP jest niezgodna z treścią SWZ, gdyż opiera się o nieistniejący model samochodu Dacia. Podkreślił, że nie jest możliwe, aby obecnie dopuścić zmianę treści wyjaśnień złożonych przez MGGP i dopuścić „zamiannę” oferty dołączonej do wyjaśnień na jakąś inną ofertę, gdzie zmieniona zostanie pojemność silnika. Byłaby to bowiem niedopuszczalna zmiana.

Co więcej, tak niskie spalane, jakie przedstawiło w swoich wyliczeniach MGGP, a co za tym idzie tak niskie koszty paliwa jest możliwe do osiągnięcia właśnie wyłącznie przy silniku o pojemności 999 cm³, dlatego właśnie taki silnik został wskazany w ofercie.

Bardzo istotne jest też, że wyjaśnienia MGGP obejmują wyłącznie tankowanie gazu LPG, a na paliwo płynne przewidziano wyłącznie tylko drobną rezerwę. Jest to założenie zupełnie nierealne i wręcz sprzeczne z SWZ. Zgodnie z OPZ „Wymagane jest aby

Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyczonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe).” Z wymogu tego wynika, że wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zamawiającemu kartę paliwową, umożliwiającą tankowanie bezgotówkowe. Samochód wyposażony w instalację LPG można zasilать zarówno benzyną jak i gazem. Niczym nieuzasadnione jest twierdzenie, że zamawiający będzie tankował wyłącznie tańszy gaz, skoro nie ma takiego wymogu w SWZ. Wykonawca nie ma żadnych środków prawnych czy umownych, aby zmusić zamawiającego do tankowania gazu LPG. Dla Kierownika Projektu o wiele bardziej racjonalne będzie tankowanie benzyny, gdzie jedno tankowanie wystarczy na przejechanie ok. 700 km, niż gazu (jedno tankowanie wystarcza na przejechanie jedynie ok. 300 km, a do tego samo tankowanie trwa dłużej).

Wyjaśnienia MGGP nie powinny więc opierać się na bezpodstawnym założeniu, że zamawiający będzie korzystał wyłącznie z paliwa LPG. MGGP doskonale zdaje sobie sprawę, że zamawiający będzie tankował takie paliwo, jakie uzna za zasadne. A w tym przypadku będzie to benzyna. Żaden Kierownik Projektu po prostu nie będzie dokładał sobie pracy i nie będzie dwa razy częściej jeździł na stację benzynową. Ponadto MGGP nie wykazało, że w ogóle zbadało dostępność gazu LPG w pobliżu inwestycji a powszechnie jest wiadomo, że stacje paliw z gazem są rzadziej dostępne.

Odwołujący pozostawił ocenie Izby ocenę przedmiotowego dokumentu „Oferta najmu długoterminowego dla MGGP SA”. Zdaniem odwołującego jest to dokument stworzony na potrzeby postępowania. Już sama jego konstrukcja na to wskazuje. Z jednej strony ma to być rzekomo „oferta najmu długoterminowego” a z drugiej strony zawiera jedną cenę za cały okres 63 miesięcy, do tego płatną z góry.

Co więcej, jest to oferta najmu, zatem MGGP ma zapłacić 64 800 zł. za 63 miesiące najmu, czyli średnio 1 028 zł. miesięcznie. Mając na uwadze, że cena ta obejmuje nie tylko najem samochodu, ale także ubezpieczenie, naprawy, części eksploatacyjne - należy uznać, że jest to oferta nierynkowa, pozorna, stworzona wyłącznie na potrzeby postępowania. Podkreślił, że jest to oferta całkowicie niewiarygodna a „Firma Handlowo - Usługowa AUTO MIX U. K.” nie przedstawiła dowodów, że w ogóle może zrealizować złożoną ofertę tj. że jest właścicielem wskazanego samochodu lub też, że dysponuje nim na podstawie innego tytułu prawnego i jest uprawniona do wynajmu na 63 miesiące. Celem sprawdzenia rzetelności oferty zamawiający, na etapie oceny ofert, powinien co najmniej zażądać przedstawienia dowodu rejestracyjnego wraz ze świadectwem homologacji na instalację LPG. Zdaniem odwołującego wykonawca MGGP nie będzie mógł przedstawić takiego dowodu rejestracyjnego, gdyż samochód objęty ofertą po prostu nie istnieje.

Za bardzo istotną kwestię uznał także fakt, że w wyjaśnieniach ceny dla pkt 4.4 MGGP nie wskazało w ogóle kosztu najmu. MGGP wskazało, że kwota 64 800 zł. będzie

zapłacona z wynagrodzenia z pkt 1.4. 48 miesięcy - od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia; 15 miesięcy od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności. Umowa składa się z dwóch części. Tym samym MGGP wprost wskazało, że część kosztów realizacji umowy w okresie 15 miesięcy od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności została przerzucona do okresu wcześniejszego - tym samym zamawiający koszty te poniesie wcześniej, co jest niedopuszczalne. Mamy zatem do czynienia z inżynierią finansową.

Odwolujący stoi na stanowisku, że powyższa okoliczność to skutek „próby ratowania” zbyt niskiej wyceny kosztów samochodu - wskazuje na to: (a) Zaoferowanie nieistniejącego samochodu; (b) Przedstawienie zupełnie niespotykanej na rynku oferty najmu długoterminowego: płatnego z góry, bez limitu kilometrów, obejmującego w cenie wszystkie naprawy (podczas gdy kosztów napraw nie da się przewidzieć przy tak intensywnej eksploatacji), wymiany części eksploatacyjnych - i to wszystko za średnio 1 028 zł. miesięcznie; (c) Przerzucenie części kosztów do wcześniejszego etapu realizacji umowy. Dopiero zastosowanie wszystkich ww. czynników pozwoliło MGGP „zmieścić się” w nierynkowej stawce, jaką zaproponowało za samochód.

Podkreślał dalej, że oferta firmy Handlowo - Usługowej AUTO MIX U. K. obejmuje tylko 1 samochód, tymczasem wezwanie zamawiającego obejmowało 2 części, zatem MGGP powinno przedstawić wyjaśnienia kosztu dla 2 samochodów, a przedstawiło takie wyjaśnienia tylko dla 1 samochodu. Tym samym MGGP nie zrealizowało całego zakresu wezwania zamawiającego. Już samo to wskazuje, że oferta ta powinna zostać odrzucona. MGGP miało możliwość złożyć wyjaśnienia dla każdej z części - jednakże z przyczyn znanych tylko sobie - wyjaśnienia złożyło tylko dla 1 samochodu, czyli tylko dla 1 części. Wobec powyższego, odwołujący w całości podtrzymał zarzut sformułowany w pierwszym odwołaniu. Wyjaśnienia MGGP jedynie potwierdziły słuszność zarzutu. Nie są to bowiem rzeczywiste wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny w pkt 1.4. i 4.4. Formularza cenowego, ale próba dostosowania zaoferowanych cen do zarzutów odwołania.

Dalej odwołujący odnosząc się do Zarzutu 5 wskazał, że złożone przez MGGP wyjaśnienia z 24 lipca 2024 r. wraz z dokumentem „Oferta najmu długoterminowego dla MGGP S.A.” zawierają nieprawdziwe informacje - a zatem MGGP przedstawiło zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, celem próby wykazania zgodności oferty z wymaganiami SWZ. A takie informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, tj. na ponowny wybór oferty MGGP. Zamawiający mógł nie mieć świadomości, że nie istnieje samochód Dacia o napędzie 4x4, wyposażony w silnik o pojemności 999 cm³ i który może zużywać tak mało paliwa, aby koszty samochodu mogły

zostać pokryte przez cenę wskazaną przez MGGP w pkt 1.4 i 4.4 Formularza cenowego. Jednakże argumentacja w Zarzucie 4 już uświadomiła zamawiającemu tę okoliczność i obecnie zamawiający powinien ocenić ofertę MGGP zgodnie z posiadaną wiedzą.

Podnosząc Zarzut 6 odwołujący w pierwszej kolejności zestawiał w tabeli koszty samochodu, które zaoferowali poszczególni wykonawcy. Zamawiający nie wystąpił do MGGP o wyjaśnienie ww. istotnej części składowej ceny, co jest dla odwołującego okolicznością zupełnie niezrozumiałą. Podkreślił, że wezwanie o wyjaśnienia z dnia 17 lipca 2024 r. jest wezwaniem w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a nie w trybie art. 224 ustawy Pzp. Tym samym nadal mamy do czynienia z sytuacją, w której MGGP nie zostało wezwane o wyjaśnienia w zakresie ceny, a zatem nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Tymczasem samo prezentowane przez niego zestawienie wskazuje, że po stronie zamawiającego powinna powstać wątpliwość co do możliwości zapewnienia samochodu, zgodnie z wymaganiami SWZ. A tym samym zamawiający powinien wezwać MGGP do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Tak duża rozbieżność do kwot wskazanych przez innych wykonawców powinna bowiem wzbudzić istotne wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, prezentując swoją argumentację w złożonym do akt sprawy piśmie procesowym z 4 września 2024 r.

Do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia ww. odwołania, po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie. Przystępujący zaprezentował swoje stanowisko w sprawie w piśmie procesowym z 4 września 2024 r., wnosząc o oddalenie odwołania w całości, wskazując że pozbawione jest ono podstaw prawnych, jak i faktycznych i nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem pisemnym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o to zamówienie. Wykonawca może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, gdyż wskutek dokonanych przez zamawiającego czynności w postępowaniu, dokonanych z naruszeniem wskazywanych przez odwołującego

przepisów ustawy Pzp, stracił on szansę na uzyskanie zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu, w konsekwencji w przypadku odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez MGGP -miałby on szansę zamówienie to uzyskać.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika postępowania, załączone do pism procesowych oraz złożone na rozprawie na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w SWZ jest: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem z podziałem na 2 części: Część 1) „Projekt i budowa drogi S16 odc. Knyszyn Krynice”; Część 2) „Projekt i budowa obwodnicy Białobrzeg w ciągu drogi krajowej nr 8”. W ramach każdej z Części w dniu 25 czerwca 2024 r. oferta złożona przez MGGP została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Wybór ten został zaskarżony przez wykonawcę Multiconsult, który w dniu 5 lipca 2024 r. złożył odwołanie. W dniu 8 lipca 2024 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a 15 lipca 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze, wszczęte w wyniku przedmiotowego odwołania, wydając postanowienie o sygn. akt KIO 2361/24.

Zamawiający w dniu 17 lipca 2024 r. wezwał MGGP do złożenia wyjaśnień dotyczących treści JEDZ oraz treści Formularza cenowego dla Części 1 i Części 2. Wezwanie odnosiło się do zarzutów sformułowanych przez Multiconsult w odwołaniu. Zamawiający przywołał fakt zaznaczenia w JEDZ odpowiedzi „NIE” na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia

publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” i powołując się na informacje o karach umownych nałożonych na MGGP, wskazanych w odwołaniu Multiconsult, zwrócił się o wyjaśnienie tej kwestii. Dodatkowo, oczekiwał wyjaśnienia wyceny wskazanych w pozycji Formularza Cenowego dla każdej z Części (pozycja 1.4. i 4.4. - Środek transportu zamawiającego).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego MGGP złożyła wyjaśnienia w piśmie z dnia 23 lipca 2024 r. W szczególności MGGP odniósł się do kwestii kar umownych wyjaśniając,

iż ze względu na charakter i rodzaj tych kar nie była obowiązana do ich wykazywania w dokumencie JEDZ, a podejście takie wykonawca opierał na stanowisku Prezesa UZP, zawartym w opinii: „Kara umowna a sposób wypełniania JEDZ” oraz cytowanym przez niego w piśmie orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jednocześnie MGGP przedstawiła okoliczności związane z naliczonymi karami umownymi. Przystępując wskazał też skąd wynikały ceny pozycji 1.4 i 4.4 Formularza Cenowego dla każdej z Części, wyjaśniając, że wymagany środek transportu dla zamawiającego będzie posiadał w drodze najmu długoterminowego oraz wyliczając pozostałe składniki cenowe. Do wyjaśnień dołączona została odnośna oferta najmu samochodu.

Izba ustaliła ponadto, że w dniu 8 sierpnia 2024 r. zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty MGGP, jako najkorzystniejszej dla Części 1 i Części 2 zamówienia.

Z powyższą decyzją zamawiającego nie zgodził się wykonawca Multiconsult, wnosząc swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp, których naruszenie zarzucał odwołujący, a które były podstawą orzekania w niniejszej sprawie.

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi

z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W myśl art. 109 ust. 1 ustawy Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 8) 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; (...) 10) 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.

Mając na uwadze treść przywołanych wyżej przepisów, jak też argumentację i dowody przedłożone przez strony i uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutów opisanych jako Zarzut 1, Zarzut 2 i Zarzut 3, dla których jako podstawę prawną odwołujący przywołał przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 a ustawy Pzp wskazując, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty MGGP, w związku z nałożonymi na przystępującego karami umownymi oraz zarzucanego wprowadzenia w błąd zamawiającego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub ust. 10 ustawy Pzp - Izba uznała ten zarzut za nie wykazany.

Odwołujący formułując przedmiotowe zarzuty wskazuje, że MGGP składając dokument JEDZ w części C „PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI”, poprzez zaznaczenie odpowiedzi „NIE” na pytanie czy znajduje się w sytuacji, w której nałożono odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje, w sytuacji gdy na tego wykonawcę zostały nałożone kary umowne - wprowadził zamawiającego w błąd, a tym samym wobec niego winna została zastosowana sankcja w postaci wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła tej argumentacji z niżej wymienionych powodów.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że nie stanowi samoistnej przesłanki (podstawy) wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp sam tylko fakt naliczenia wykonawcy kary umownej oraz brak ujawnienia tego w dokumencie JEDZ. Izba podziela stanowisko, wynikające z licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym treści dokumentu JEDZ, a w szczególności poszczególnych zadawanych w nim pytań adresowanych do wykonawców, nie można odczytywać ani interpretować w sposób oderwany od całości tego formularza oraz jego funkcji, jako dokumentu służącego potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia danego wykonawcy z postępowania na podstawie przesłanek wykluczenia określonych w Pzp oraz przewidzianych w danym postępowaniu. Jak trafnie zauważono w wyroku KIO z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3293/23: „Dokument JEDZ nie służy przedstawianiu całej historii kontraktowej wykonawcy, w tym wszelkich zdarzeń, w których realizacja umowy napotykała jakiegokolwiek trudności. Wykonawca zobowiązany jest podać w tym dokumencie informacje na temat takich nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania. Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych okoliczności. W związku z tym, że pytanie w dokumencie JEDZ służy weryfikacji istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania niezasadne jest założenie, że w odpowiedzi na to pytanie należy przedstawiać wszelkie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji wszelkich umów, bez względu na to, czy wyczerpują one znamiona działań uzasadniających wykluczenie. Zatem w sytuacji, gdy zamawiający nie wykaże, że w przypadku realizacji danej umowy miały miejsce zdarzenia wypełniające przesłanki wykluczenia związane z nienależytą realizacją obowiązków przez wykonawcę, to nie może twierdzić, że oświadczenie wykonawcy w dokumencie JEDZ stanowiło informację wprowadzającą w błąd”.

Analogiczne stanowisko w tej kwestii zajął Urząd Zamówień Publicznych, który w piśmie z dnia 2 listopada 2022 r. (dowód złożony przez zamawiającego na rozprawie), wypowiadając się w kwestii kar umownych w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ stwierdził: „Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał

istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności”.

Należy zatem stwierdzić, że wykonawca MGGP w treści JEDZ miał obowiązek wskazać tylko te przypadki naliczenia mu kar umownych, które wiązały się z okolicznościami wymienionymi w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wszystkie inne przypadki naliczenia MGGP kar umownych, nie mieszczące się w dyspozycji tego przepisu nie musiały być przez niego podawane.

Odwołujący z kolei, w treści odwołania, wskazuje na fakt obciążenia MGGP karami umownymi w związku z realizacją trzech umów opisanych przez odwołującego jako: (1) projekt GDDKiA Oddział Olsztyn - S16 Olsztyn - Elk (dalej „projekt 1”); (2) projekt Starosta Wodzisławski - Modernizacja ewidencji gruntów i budynków (dalej projekt 2”); (3) projekt GDDKiA Oddział Olsztyn - obwodnica Smolajna (dalej „projekt 3”), przy czym ogranicza się w swojej argumentacji do samego faktu przywołania kar oraz dołączenia odpowiednio: noty księgowej (projekt 1) i informacji pochodzących od poszczególnych zamawiających (projekt 2 i 3). Dodatkowo wskazywał na treść umowy w zakresie dotyczącym kary umownej, opisał z jakiego tytułu kary te zostały naliczone i w jakiej wysokości (projekt 1), a także podstawę naliczenia kary i wysokość tej

kary (projekt 2), w ostatnim przypadku podał wysokość naliczonej MGGP kary (projekt 3). W dalszej części stwierdza, że już tylko wobec faktu nie wpisania powyższych informacji w treści JEDZ - wobec MGGP zaktualizowała się przesłanka wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co najmniej w przypadku projektu 2, gdzie jak wskazywał kara umowna wyniosła 10 % wartości kontraktu. Zarzuty obejmują także niewykazanie okoliczności wskazanych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, wobec zaistnienia nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy i nieudowodnieniu zamawiającemu łącznego spełnienia przesłanek wskazanych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie budzi w ocenie Izby wątpliwości, iż zarzuty odwołania odnoszą się przede wszystkim do art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp oraz art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, co też odwołujący przyznał na rozprawie. Z kolei ziszczenie się wobec MGGP przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wyłącznie wspomniane w uzasadnieniu niniejszego odwołania i to tylko w odniesieniu do projektu 2, ma być związane z okolicznościami, o których MGGP powinna poinformować zamawiającego w JEDZ czego, w ocenie odwołującego, nie uczyniła. Tymczasem, jak wyżej zaznaczono, dopiero w przypadku, gdy wobec wykonawcy zachodzi przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, aktualizuje się wobec niego obowiązek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na

odnośne pytanie w dokumencie JEDZ oraz przekazania informacji zamawiającemu o takich zdarzeniach, a w konsekwencji też możliwość dopełnienia procedury samooczczenia, wynikającej z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby MGGP, w sposób zgodny z wyżej opisanym sposobem wypełniania dokumentu JEDZ przyjął, że wobec niego nie zaktualizował się obowiązek informacyjny co do kar umownych z tej przyczyny, że w treści JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności.

Odwołanie mogło by zasługiwać na uwzględnienie jedynie wówczas, gdyby odwołujący wykazał spełnienie się wobec MGGP przesłanki wykluczenia z postępowania, określonej

w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, w związku z naliczeniem mu kar umownych, czemu nie sprostął. Multiconsult nie uzasadnił nawet w sposób dostateczny, nie mówiąc już o udowodnieniu, czy i dlaczego okoliczności leżące u podstaw naliczenia przedmiotowych kar umownych, na projektach opisanych w treści odwołania, miałyby spowodować ziszczenie się wobec przystępującego przesłanki wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ponownie należy bowiem podkreślić, że tylko w takim przypadku można byłoby rozważać ewentualny obowiązek leżący po stronie MGGP do udzielenia w dokumencie JEDZ odpowiedzi twierdzącej na pytanie czy wykonawca znajduje się w sytuacji, w której nałożono na niego odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje.

Przypomnieć należy w tym miejscu, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp określa fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy. Składa się przy tym na niego kilka elementów, które muszą być łącznie spełnione, aby dany wykonawca podlegał wykluczeniu na jego podstawie tj.: wystąpienie niewykonania, nienależytego wykonania lub długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, znaczącego co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych oraz dotyczącego istotnego zobowiązania, które wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, czego konsekwencją było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przy tym, z uwagi na sankcję, jaką przewidział ustawodawca w postaci wykluczenia danego oferenta z postępowania, aby zastosować powyższą regulację wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie i muszą być interpretowane ściśle.

Odwołujący, w odniesieniu do żadnego z wymienionych projektów, nie podjął nawet próby wykazania, że okoliczności związane z naliczonymi karami umownymi i charakter tych kar są tego rodzaju, że MGGP był obowiązany poinformować o nich zamawiającego. Nie sprostął także wykazaniu, że wobec przystępującego zaszyły przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp. Łącząc oba przepisy w jednym zarzucie, nie uzasadnił

nawet czy i w jaki sposób MGGP swoim działaniem wypełniło dyspozycję tych przepisów i którego

z nich właściwie.

Powyższe odnosi się także do projektu 2, w przypadku którego jak twierdzi odwołujący z pewnością mamy do czynienia z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 już tylko

z tego powodu, że kara umowna wyniosła 10% wartości kontraktu, a zatem sama wysokość kary umownej, czy jej procentowy stosunek w odniesieniu do wartości umowy - sam w sobie ma przesądzać o wypełnieniu w związku z jej naliczeniem przesłanek wskazanych w cytowanym wyżej przepisie. Stanowisko odwołującego i w tym przypadku nie zasługuje na aprobatę, bowiem nie sposób jest wykazać istotności naruszenia jedynie poprzez wysokość naliczonej wykonawcy kary umownej. Istotność kary, nawet jeśli uznać, że owe 10% wartości umowy jest wartością istotną - nie przesądza o wypełnieniu przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący nie wykazuje przy tym w żaden sposób, że naruszenie terminu realizacji etapu I umowy stanowi wobec MGGP przesłankę wykluczenia z postępowania wskazaną w tym przepisie. Sama tylko wysokość naliczonej wykonawcy kary nie jest wystarczająca do uznania, że doszło po stronie wykonawcy do zależnego od niego niewykonania, nienależytego wykonania lub długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań, wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego ani też, że naliczona kara miała charakter odszkodowawczy.

Nie można przy tym pomijać treści referencji z dnia 11 lipca 2024 r., wystawionej wykonawcy przez zamawiającego, jak twierdzi odwołujący. Z treści listu referencyjnego wynika bowiem, że pomimo wydłużenia okresu realizacji zamówienia, zamawiający pozytywnie ocenia prace/ produkt wykonany przez MGGP, jak też poleca wykonawcę innym podmiotom. Powyższe świadczy, że zaistniałe opóźnienie nie miało wpływu na prawidłowość i jakość wykonanych prac, nie doszło

także do wystąpienia po stronie zamawiającego szkody.

Złba pragnie ponadto zwrócić w tym miejscu uwagę na wadliwą konstrukcję postawionych przez odwołującego zarzutów. Te bowiem opierają się wyłącznie na fakcie naliczenia kar umownych MGGP na kontraktach, opisywanych przez odwołującego, przy czym odwołujący nie podejmuje nawet próby wykazania, że okoliczności związane z ich naliczeniem oraz charakter tych kar są tego rodzaju, że przystępujący powinien o tym poinformować zamawiającego w treści JEDZ. Ponadto, pomimo sformułowania zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp, odwołujący nie odnosi się w żaden sposób nawet która,

w jego ocenie, że wskazanych przesłanek wystąpiła, nie mówiąc już o omówieniu elementów, składających się na treść każdego z tych przepisów.

Łbza przypomina, że zgodnie z treścią art. 555 ustawy Pzp, Łbza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy Pzp - nie tworzy jeszcze zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, winny być opisane okoliczności faktyczne, które powodują ziszczenie się przesłanek wskazanym w danym przepisie, który to zdaniem wykonawcy wnoszącego odwołanie, miał zostać naruszony. Warunkiem rozpoznania zarzutów odwołania jest zatem to czy odwołujący w sposób dostateczny skonkretyzuje okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie określonych wniosków, co do stwierdzonych w postępowaniu naruszeń przepisów ustawy Pzp, czego odwołujący nie uczynił.

Z powyższych powodów nie może też być wzięta przez Izbę pod uwagę nowa argumentacja, podnoszona dopiero na rozprawie, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów, rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotyczyłoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego też Izba, mając na uwadze treść art. 555 ustawy Pzp, rozpoznając odwołanie, pominęła argumentację odwołującego w zakresie w jakim podnosił, że na MGGP zostały nałożone kary umowne w związku z realizacją projektu dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Także przedłożony na tą okoliczność dowód należało pominąć przy orzekaniu, jako że odnosi się on do zarzutu, który nie był zawarty w odwołaniu.

Mając zatem na uwadze, że w odniesieniu do żadnego z trzech wymienionych przez odwołującego projektów ten nie podjął nawet próby uzasadnienia i wywiedzenia istnienia przesłanek z opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, która to miała wystąpić wobec MGGP - zarzuty w tym zakresie należało oddalić.

Niezasadne, w ocenie Izby, są także Zarzuty nr 4 - 6 odwołania, polegające na naruszeniu przepisów art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 a ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a odnoszące się do kwestii środka transportu.

Podnosząc przedmiotowe zarzuty odwołujący w pierwszej kolejności cytuje zapisy SWZ w zakresie, w jakim zamawiający opisał wymagania w zakresie środka transportu, przedstawiając następnie swoje wyliczenia pokazujące minimalny, miesięczny koszt takiego samochodu. Następnie twierdzi, że oferta MGGP jest niezgodna z SWZ, opierając powyższe na tym, że jak twierdzi za kwotę wskazaną przez MGGP w Formularzach cenowych nie jest możliwe zapewnienie samochodu, spełniającego wymagania zamawiającego.

W tym miejscu Izba przypomina, na co wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie, że o tym czy oferta wykonawcy jest zgodna, czy też jest sprzeczna z treścią SWZ decyduje zgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w dokumentach zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Jak trafnie wskazała Izba w wyroku z dnia 13 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1087/22: „aby można było zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych stwierdzona niezgodność musi mieć charakter jednoznaczny. Innymi słowy chodzi o to, by można było bez wątpliwości wskazać, które elementy oferty wykonawcy niezgodne są z ustalonymi przez zamawiającego, niebudzącymi wątpliwości, określonymi

w sposób wyraźny i jasny warunkami zamówienia". Podobnie orzekła Izba w wyroku z dnia 21 marca 2022 r., sygn. akt KIO 543/22 stwierdzając między innymi: „Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty (której integralną częścią są udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania”.

Aby zatem zamawiający mógł podjąć decyzję o odrzuceniu oferty danego wykonawcy musiałby jednoznacznie stwierdzić z którymi to wymaganiami SWZ oferta ta jest niezgodna. Z kolei odwołujący, chcąc skutecznie zakwestionować złożoną przez innego wykonawcę ofertę musiałby dowieść, że dane zobowiązanie zaproponowane przez innego oferenta -takich określonych w SWZ wymagań nie spełnia. Tymczasem Multiconsult w tym zakresie ogranicza się do przywołania

określonych zapisów SWZ, odnoszących się do środka transportu,

a następnie prezentuje kalkulacje cenowe, które to mają wskazywać, że za określoną kwotę podaną przez MGGP nie jest możliwe zaoferowanie samochodu odpowiadającego wymaganiom. Taka konstrukcja zarzutu jest, w ocenie Izby, błędna z kilku powodów.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że przystępujący oparł się o własne wyliczenia kosztów zapewnienia środka transportu zamawiającego, a przedstawione w odwołaniu kalkulacje obrazują nie koszty MGGP a koszty odwołującego. Nie można zatem uznać, że mają charakter obiektywne. Odwołujący całkowicie bowiem pomija założenia i okoliczności, na które powoływał się przystępujący, składając swoją ofertę.

Dalej Multiconsult odwołuje się wprawdzie do złożonych przez MGGP wyjaśnień, w których ten oparł się na dokumencie „Oferta najmu długoterminowego dla MGGP S.A.”, wystawionym przez podmiot: Firma Handlowo - Usługowa Auto Mix U. K. z siedzibą w Tarnowie. Dokument ten podważa z tego powodu, że jak wskazuje zawiera on nieprawdziwe dane - producent bowiem nie produkuje samochodów Dacia z napędem 4 x 4, które mają silnik o pojemności 999 cm³. Izba w tym zakresie przyjęła wyjaśnienia przystępującego, złożone

w piśmie procesowym i na rozprawie, w których przyznaje, że w treści oferty otrzymanej od Firmy Handlowo - Usługowej Auto Mix U. K. pojawił się błąd co do pojemności silnika, ale błąd ten ma charakter jedynie omyłki pisarskiej. MGGP przedłożył w załączeniu korektę oferty w tym zakresie, wskazując prawidłową pojemność silnika - 1 332 cm³ (dowód załączony do pisma procesowego: Oferta najmu długoterminowego dla MGGP S.A. -korekta). Powyższe nie może mieć jednak, zdaniem Izby, wpływu na ocenę zgodności treści oferty przystępującego z treścią SWZ. Nie ma bowiem wątpliwości co do tego, że wskazany przez niego podmiot zaoferował najem samochodu odpowiadającego wymaganiom zamawiającego, co wynika z pierwszej części oferty. Z kolei cytowane przez samego odwołującego zapisy SWZ nie precyzowały w żadnym miejscu wymagania w zakresie pojemności silnika, a jedynie napędu pojazdu (tabela - wyposażenie i parametry, pkt 1 -Napęd 4x4 stały lub dołączony). Przedstawiona korekta usuwa więc jedynie niezgodność w treści złożonej oferty, wynikającą z omyłki, nie mającą jednak wpływu na deklarowane przez MGGP koszty w tym zakresie. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie może też być tu mowy o przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, a jedynie omyłce w treści złożonej oferty najmu, którą przystępujący sprostował.

Odwołujący kwestionuje prawdziwość czy rzetelność oferty najmu długoterminowego opierając się na własnych opiniach czy wyobrażeniach, nie wykazując w żaden sposób zasadności swoich twierdzeń. Również dowód złożony przez odwołującego na rozprawie w postaci wydruku ze strony internetowej, który ma być dowodem na to, że profil działalności AUTO MIX Tarnów nie obejmuje najmu samochodów - Izba uznała za nieprzydatny dla

rozstrzygnięcia sprawy. Nie sposób na tej tylko podstawie kwestionować treść oferty najmu, złożonej przystępującemu zwłaszcza, że jak MGGP argumentuje na rozprawie inna jest oferta AUTO MIX Tarnów kierowana do osób prywatnych (i do tego referuje wydruk ze strony internetowej) i kierowana do przedsiębiorców. Za wiarygodne Izba uznała wyjaśnienia MGGP, który twierdził, że ze względu na wieloletnią i szeroką współpracę z podmiotem wynajmującym mógł on uzyskać tak korzystną ofertę, którą zamawiającemu przedstawił. Jak wskazuje przy tym jednym z elementów mających wpływ na to, że zaoferowana mu cena była tak niska jest możliwość dokonania przez MGGP jednorazowej płatności za najem samochodu.

Dalsze wywody odwołującego w treści odwołania, odnoszące się do kwestii braku możliwości (świadectwo homologacji), a chociażby trudności i kosztowności zainstalowania instalacji LPG do silników samochodów tej marki, o pojemności większej niż 999 cm³, również należy uznać za niepotwierdzone. Odwołujący nie przedstawił na tą okoliczność żadnych dowodów, z kolei MGGP w piśmie procesowym oświadczyło, że taki samochód tj. marki Dacia Duster, o pojemności silnika 1598 cm³ posiada i ten wyposażony jest w instalację gazową. Samochód jest zarejestrowany w Polsce i posiada homologację na instalację gazową (dowód załączony do pisma procesowego: dowód rejestracyjny samochodu Dacia Duster, wyciąg ze świadectwa homologacji).

Również twierdzenia odwołującego dotyczące spalania benzyny przez samochody z zamontowaną instalacją gazową, czy też wywody dotyczące tego jakie paliwo będzie tankował zamawiający nie zostały poparte żadnymi dowodami czy wyliczeniami, w konsekwencji nie sposób z nimi polemizować i przyjąć ich za wiarygodne. Wskazać należy jedynie, że z treści SWZ nie wynika, aby zamawiający dopuścił wyłącznie pojazdy zasilane benzyną, stąd przystępujący w swoich założeniach miał prawo przyjąć koszty samochodu z uwzględnieniem gazu LPG.

Nie sposób także podzielić argumentacji odwołującego, odnoszącej się do tego, że zamawiający miał obowiązek wezwać MGGP do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie tego elementu ceny oferty, gdyż jak twierdzi odwołujący jest to istotna część składowa ceny.

Tak skonstruowany przez odwołującego zarzut należy uznać za wadliwy, a w konsekwencji bez dalszej analizy winien podlegać oddaleniu jako, że nie zawiera on podstawowego elementu warunkującego w ogóle możliwość wdrożenia dyspozycji wynikającej z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.. Odwołujący w żadnym miejscu wniesionego odwołania nie odniósł się bowiem do całkowitej ceny ofertowej przystępującego, nie wskazując na jej rzekomo nierealistyczny charakter, podczas gdy możliwość kwestionowania części składowych ceny jest ściśle skorelowana właśnie z wykazaniem nieprawidłowości

ceny całkowitej, co jest szczególnie istotne zwłaszcza w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego,

z którym mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. Powyższa zasada została wypracowana na gruncie konsekwentnych stanowisk orzeczniczych w tym zakresie, które jednoznacznie wskazują, że o rażąco niskiej cenie

danego elementu można mówić wówczas, jeśli ta wycena przekłada się na zaniżenie ceny całkowitej oferty czyniąc ją nierealistyczną (tak w wyroku KIO z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2516/18). Podobne stanowisko prezentowane jest przez Izbę oraz w orzecznictwie Sądu Okręgowego tj. w wyroku KIO z dnia 26 lutego 2021 r. (sygn. akt KIO 28/21, KIO 32/21) czy Sądu Okręgowego w Warszawie

w wyroku z dnia 31 sierpnia 2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 42/21).

W przedmiotowym przypadku, cena całkowita zaoferowana przez MGGP nie odbiega w znaczący sposób od średniej arytmetycznej złożonych ofert czy od wartości szacunkowej zamówienia, co wyklucza również obowiązek po stronie zamawiającego, wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Zarzuty opisane w pkt 4 - 6 odwołania należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:

Członkowie: