

Sygn. akt: KIO 1640/24

## WYROK

Warszawa, dnia 7 czerwca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2024 r. przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie

Uczestnik po stronie Zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ANTEX II sp. z o.o. z siedzibą Lubyczy Królewskiej, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "ERBEDIM" sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Wysowa Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz Zamawiającego: Województwa Podkarpackiego - Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego w związku z wynagrodzeniem 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:.....

Sygn. akt: KIO 1640/24

## UZASADNIENIE

Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, zwane dalej: „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „Przebudowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 878 na odcinku Tyczyn – Dylągówka” numer referencyjny: PZDW/WZP/3052/243/WI/31/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18.12.2023 r., numer: 00765927-2023 (numer wydania: S: 243/2023). Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 10 maja 2024 roku wykonawca: Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie na zaniechania i czynności Zamawiającego polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Antex II Sp. z o.o. (lider) (dalej jako: „Antex”), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów ERBEDIM Sp. z o.o. (partner) (dalej jako: „Erbedim”), Wysowa Mosty Sp. z o.o. (partner) (dalej jako: „Wysowa Mosty”) — dalej łącznie jako: „Konsorcjum” lub „Wykonawca”, pomimo, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo spełnienia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z Postępowania albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, firma Erbedim tworząca konsorcjum nie podała w odpowiedzi na pytanie formularza JEDZ informacji o naliczonych jej w przeszłości karach umownych co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu albowiem dotyczyły podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp co w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy;

2) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez (i) zaniechanie wykluczenia Konsorcjum pomimo, że zmaterializowały się w stosunku do niego przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp a w konsekwencji odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, oraz (ii) zaniechanie dokonania oceny w stosunku Konsorcjum przewidzianych w tym postępowaniu fakultatywnych przesłanek udziału w postępowaniu tj. przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp wobec nie podania przez Konsorcjum informacji o naliczonych karach umownych mogących stanowić podstawę dokonania takiej oceny, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy;

ewentualnie tj. na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum:

3) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych oferty Konsorcjum, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, co doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta powinna zostać przeanalizowana pod kątem poziomu cenowego i podlegać odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu;
- 3) odrzucenie oferty Konsorcjum jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu ewentualnie, zgodnie z zarzutem II.3 wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 4) dokonanie wyboru oferty Strabag Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

Ponadto, Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz przedstawionych na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z Rozdziałem VII SWZ – Podstawy wykluczenia o Których mowa w art. 108 i 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 w pkt 1 Zamawiający przewidział, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10. Jednocześnie w Rozdziale VII pkt 2) Zamawiający przewidział, że Zamawiający wskazuje, że: *w zakresie przesłanki wykluczenia, o której mowa w ppkt. 1) powyżej Wykonawca składa oświadczenie w Części III Sekcja D JEDZ „Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym”. Ponadto Zamawiający, w ramach weryfikacji przesłanek wykluczenia, o których mowa powyżej, zastrzega możliwość wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień.*

W pkt 3 Rozdziału VII SWZ Zamawiający zastrzegł, że: *Zamawiający będzie badał każdy taki przypadek indywidualnie.*

Dalej Odwołujący wskazywał, iż Partner Konsorcjum — ERBEDIM złożył w przedmiotowym postępowaniu dokument JEDZ podpisany 18 kwietnia 2024 r., który zawiera informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a jednocześnie mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. W dokumencie JEDZ, w części III sekcja C ERBEDIM w odpowiedzi na pytanie o *toCzy 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? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:*” udzieliło odpowiedzi przeczącej.

W ocenie Odwołującego, wbrew oświadczeniu ERBEDIM złożonemu w dokumencie JEDZ, wykonawca ten dopuścił się nienależytego wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do nałożenia kar umownych. Wobec zatajenia tego faktu w ofercie, w analizowanym stanie faktycznym wyczerpana jest dyspozycja art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, co w konsekwencji powinno powodować odrzucenie oferty tego wykonawcy. Zatajenie tej okoliczności

powoduje po stronie Zamawiającego brak możliwości dokonania oferty Konsorcjum przez przyzmat przewidzianych w postępowaniu przesłanek wykluczenia wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp wobec nie podania informacji o zdarzeniach stanowiących potencjalną podstawę ich zastosowania. Tym samym prowadzi to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji gdy wobec wykonawców podających rzetelne informacje w formularzu JEDZ Zamawiający jest w stanie dokonać oceny podstaw zastawiania art. 109 ust 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, a nie ma takiej możliwości wobec Konsorcjum które podało w JEDZ nieprawdziwe informacje.

Odwołujący podnosił, że postanowienia pkt VII SWZ oddają w istocie sens i cel zamieszczenia informacji w JEDZ m.in. c karach umownych, a jest nim umożliwienie Zamawiającemu dokonania indywidualnej oceny każdego takie przypadku opisanego w JEDZ w celu zweryfikowania, czy są to przypadki o których mowa we wprowadzonych do postępowaniach fakultatywnych przesłaniach wykluczenia. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok KIO z 5 września 2022 r. sygn. akt: KIO 2214/22, a także na wyrok KIO z 2 lutego 2023 r. sygn. akt: KIO 171/23, czy wyrok KIO z 14 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 449/22.

Odwołujący podkreślił przy tym, że udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pytanie odnośnie informacji o odszkodowaniach (w tym karach umownych) nie generuje automatycznego skutku w postaci wykluczenia, nie pozbawia również wykonawcy możliwości przedstawienia w formularzu szczegółowych informacji dotyczących zdarzenia z przeszłości związanego z nałożeniem odszkodowania. Dalsza część pytania formularza brzmi bowiem „Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat”.

Dla porównania Odwołujący przywołał również treść pytania skorelowanego z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego” i wskazał, że w tym przypadku pytanie to zawiera element oceny skierowany do adresata pytania w sytuacji, gdy treść pytania dotyczącego art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp to pytanie o zdarzenie a nie o jego ocenę. Zdaniem Odwołującego, takim zdarzeniem jest m.in. naliczenie kary umownej w związku z wcześniejszym nienależytym wykonaniem umowy. Jego zdaniem, zasadne jest przyjęcie, że to nie Wykonawca, ale Zamawiający ma dokonać oceny czy określone zdarzenia związane z nienależytym wykonaniem umowy czy jej niewykonaniem wyczerpują dyspozycję fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Podstawą dokonania takiej oceny mogą być jedynie informacje przedstawione przez wykonawcę w odpowiedzi na pytanie formularza JEDZ.

Następnie Odwołujący odniósł się do kwestii kary umownej związanej z realizacją umowy nr ZZP.272.23.2020 z 18.11.2020 r. zawartej pomiędzy ERBEDIM a Gminą Wolbórz (Urzędem Miejskim w Wolborzu) na wykonanie zadania pn. „Modernizacja i rozbudowa drogi powiatowej nr 1522E Piotrków Golecze-Godaszewice na odcinku Studzianki — Golecze Duże”. Odwołujący wskazywał, że według informacji udostępnionych przez Urząd Miejski w Wolborzu notą obciążeniową z 17 stycznia 2022 r. firmie Erbedim naliczona została kara umowa za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy (etapu) nr ZZP.272.23.2020 z 18.11.2020 tj. umowy na wykonanie zadania pn. „Modernizacja i rozbudowa drogi powiatowej nr 1522E Piotrków-Golecze-Godaszewice na odcinku Studzianki — Golecze Duże”. Zwłoka w wykonaniu zastrzeżonego w harmonogramie etapu wyniosła 40 dni w stosunku do terminu umownego, a wysokość naliczonej kary umownej — zastrzeżonej jako 0,05% wartości etapu - 8 9890,40 zł .

Odwołujący podkreślił, że sytuacja, w której Wykonawca zostaje obciążony karą umowną na zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy nie może budzić wątpliwości co do konieczności sklasyfikowania takiej postaci nienależytego wykonania umowy — którego konsekwencją jest naliczona kara umowna, jako nienależyte wykonanie umowy w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W tym zakresie powołał się na wyrok KIO z 2 marca 2022 r. o sygn. akt: KIO 427/23. Ponadto, zdaniem Odwołującego, przypadek nienależytego wykonania przez ERBEDIM umowy, o której mowa powyżej, powinien zostać poddany ocenie jako opisany w art. 109 ust. 1 pkt 7, jak również w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako przypadek nienależytego wykonania umowy. Natomiast zatajenie tej informacji w formularzu JEDZ uniemożliwiło Zamawiającemu dokonanie takiej oceny.

W dalszej kolejności Odwołujący przedstawił argumentację dotyczącą uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp wskazując, że nie ma wątpliwości, iż wobec Wykonawcy wystąpiły podstawy wykluczenia opisane w powołanych przepisach prawa. Konsorcjum, którego członkiem jest ERBEDIM, wprowadziło bowiem Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu (zataiło te informacje), w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa. Odwołujący zauważył, że Spółki wchodzące w skład Konsorcjum z pewnością zdają sobie bowiem sprawę z czynów, jakich się dopuściły oraz skutków tego (nałożonych kar), a mimo to Konsorcjum nie podało (zataiło) informacje o nałożonych na wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum karach. Odwołujący wyjaśnił też, że rażące niedbalstwo to kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z

celowym działaniem. Z kolei przejawem staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Według Odwołującego, bezsporne jest, że Konsorcjum nie sprostало obowiązkowi spoczywającemu na Wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne, zatajając informację o naliczonych karach umownych. Podanie tych informacji ma na celu wyposażyć Zamawiającego w komplet informacji, które z jednej strony dałyby Zamawiającemu pełen obraz sytuacji i mogłyby przekonać go co do istnienia lub braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z Postępowania, z drugiej natomiast w pełni chroniłyby interes Konsorcjum. Odwołujący stwierdził, że zatajenie tych informacji nastąpiło w warunkach zamierzonego działania, albowiem trudno przyjąć, że profesjonalni Wykonawcy, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie mieli wiedzy o konsekwencjach wynikających z nie podania tego typu informacji. W ocenie Odwołującego, zatajając te informacje, Konsorcjum liczyło na to, że Zamawiający nie wejdzie w ich posiadanie, co z kolei skutkować będzie przyznaniem zamówienia bez możliwości dokonania oceny oferty w oparciu o fakultatywne przesłanki udziału w postępowaniu.

Następnie Odwołujący wywodził, iż nawet, gdyby przyjąć, że nie mamy do czynienia z zamierzonym działaniem, to Konsorcjum należy bezsprzecznie przypisać działanie w warunkach rażącego niedbalstwa, a więc drugiej z alternatywnych przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wniosek taki – zdaniem Odwołującego - jest zasadny, biorąc pod uwagę zarówno dysponowanie kompletem informacji o zatajonej karze umownej, jak i wzorzec profesjonalnego wykonawcy.

Odwołujący wskazał ponadto, że w analizowanym stanie faktycznym zaistniał również skutek w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku podania nieprawdziwych informacji. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wprost wskazuje na nieprawidłowość polegającą na zatajeniu informacji. Tym bardziej – w jego ocenie - zaistniał również skutek, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, bowiem ten przepis nie wymaga wprowadzenia w błąd/ zatajenia, a jedynie przedstawienia informacji „wprowadzających w błąd”, mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego (stan hipotetyczny). Po stronie Zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości Zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 2.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17.

Odwołujący podkreślił przy tym, iż oświadczenie złożone przez ERBEDIM w JEDZ jest obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością, a więc wyczerpuje znamiona błędu. Nie budzi bowiem wątpliwości, że na tego wykonawcę została nałożona kara umowna podczas, gdy w formularzu JEDZ oświadczył, że sytuacja taka nie miała miejsca. Odwołujący zauważył ponadto, że spełnione są również przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w zakresie tego jakich informacji dotyczyć ma zakres podanych nieprawdziwych informacji. Zatajona informacja o naliczonej karze umownej dotyczy braku podstaw wykluczenia i jest informacją mogącą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. Odwołujący na potwierdzenie swoich tez powołał wyrok KIO z 6.11.2023 r., sygn. akt: KIO 3086/23 oraz wyrok KIO z 4.04.2023 r., sygn. akt: 732/23.

Reasumując odwołujący stwierdził, że ocena, a następnie wybór oferty wykonawcy determinowane były przedstawionymi przez niego informacjami, które nie zostały rzetelnie przedstawione, a tym samym uniemożliwiły Zamawiającemu dokonanie oceny oferty Konsorcjum w zakresie przewidzianych podstaw wykluczenia. Wyboru oferty Konsorcjum nie można uznać jako przeprowadzonego z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący podnosił, że Konsorcjum w złożonej ofercie w sposób istotny, tj. przekraczający 30% średnią arytmetyczną cen danych pozycji wszystkich złożonych ofert, zaniżyło wycenę w zakresie istotnych części zamówienia, tj.:

- a) Robót ziemnych w branży drogowej — zaoferowana cena stanowi 50% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji
- b) Odwodnienie korpusu drogowego w branży drogowej - zaoferowana cena stanowi różnicę 99% do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji.

- w konsekwencji wartość robót branży drogowej została zaniżona o 20% w stosunku do średniej arytmetycznej cen

wszystkich złożonych ofert w tej pozycji.

c) Robót branży geotechnicznej na które składają się:

- wymiana gruntów organicznych i słabonośnych - zaferowana cena stanowi różnicę 63% do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji;
- stabilizacja podłoża - zaferowana cena stanowi różnicę 62% do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji;
- palisada - zaferowana cena stanowi różnicę 51% do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji
- palisada kotwiona - zaferowana cena stanowi różnicę 55% do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji

- w konsekwencji wartość robót branży geotechnicznej stanowi w ofercie Konsorcjum zaledwie 47% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji.

d) Nadzór przyrodniczy — zaferowana cena stanowi różnicę 56% do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji

e) Nadzór i wykonanie badań archeologicznych - zaferowana cena stanowi różnicę 67% do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji

f) Nadzór geologiczny - zaferowana cena stanowi różnicę 67% do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji

- w konsekwencji wartość usług nadzoru stanowi w ofercie Konsorcjum zaledwie 46% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji.

g) Przebudowa sieci telekomunikacyjnej OPL — zaferowana cena stanowi 60% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej pozycji

- co zaniża wartość robót branży telekomunikacyjnej o 13% w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych oferty w tym asortymencie.

Na potwierdzenie swoich wniosków Odwołujący złożył tabelaryczne zestawienie składanej wraz z ofertą Tabeli Elementów Rozliczeniowych zawierające porównanie cen z Tabeli Elementów Rozliczeniowych Konsorcjum oraz średniej arytmetycznej cen złożonych ofert (porównanie TER).

Odwołujący przywołał treść przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał, że w każdym przypadku, gdy zachodzi podejrzenie, że cena oferty lub proponowany koszt są rażąco niskie, po stronie Zamawiającego aktualizuje się obowiązek żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących okoliczności i czynników, które mają wpływ na kalkulację oferty wykonawcy. Podkreślił też, że rażąco niska cena to nie wyłącznie cena odbiegająca o 30 % od szacunkowej wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej ofert. Rażąco niska cena może dotyczyć także istotnych części zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wprawdzie w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, jednakże poprzez udostępniony formularz cenowy Tabele Elementów Rozliczeniowych, jaki miał złożyć wraz z ofertą każdy Wykonawca, Zamawiający ustalił co rozumie przez elementy istotne zamówienia. Zdaniem Odwołującego, należy przyjąć, że formularz cenowy dzielący zamówienia na zadania, branże i etapy, a następnie na pozycje, dokonuje podziału zamówienia na najistotniejsze elementy i zastępuje w tym miejscu kosztorys ofertowy. Zamawiający wydzielając zbiorcze pozycje składające się na dany element miał na celu pozyskanie wiedzy, ile kosztuje i jakie są koszty jego wykonania zakładając prawidłową i zgodną z ustawą wycenę (a więc wycenę elementu nie tylko pod względem kosztów materiału i robocizny, ale także pokrycia kosztów pośrednich, jak i założenia chociaż minimalnego zysku). Odwołujący podał, że zgodnie z pkt XVII SWZ sposób obliczenia ceny TER stanowił dla Zamawiającego źródło informacji sposobie jej ustalenia. Według Odwołującego, racjonalny Zamawiający stawiając wymóg złożenia formularza cenowego w postaci Tabeli Elementów Rozliczeniowych oczekiwał rozbicia cenowego przygotowanego w sposób umożliwiający poznanie i weryfikację kosztów wykonania każdego z wydzielonych istotnych elementów. To rozbicie pozwoli mu ustalić czy cena nie jest rażąco niska w ujęciu całościowym oferty, ale też w ujęciu poszczególnych wycen części zamówienia. Ewidentne i rażące zaniżenie wyceny niektórych wydzielonych istotnych elementów, a także jakiegokolwiek próby przerzucania kosztów pomiędzy innymi pozycjami jawi się jako sprzeczne z celem tak prowadzonego postępowania, jak i celowym pozbawieniem możliwości jakiegokolwiek weryfikacji zaferowanej ceny. Odwołujący powołał się również na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE wyrażone w wyroku C-559/19, iż: „*zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne*”. Odwołujący dodał również, że o istotności części składowych ceny mówi się nie tylko w kontekście wartości danej pozycji, ale również zakresu przedmiotowego istotnego dla wykonania

zamówienia, czy specyfikacji danych robót jak w przypadku robót branży drogowej dla przedmiotowego zadania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił jak na wstępie.

W dniu 4 czerwca 2024 roku Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Także w dniu 4 czerwca 2024 roku Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ANTEX II sp. z o.o. z siedzibą Lubyczy Królewskiej, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "ERBEDIM" sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Wysowa Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym (zwani dalej łącznie: „konsorcjum ANTEX”) – przedstawili pisemne stanowisko w sprawie.

Ponadto, w dniu 5 czerwca 2024 roku Odwołujący złożył dodatkowe pismo, zawierające jego stanowisko w sprawie.

#### **Izba ustaliła co następuje:**

Przedmiot zamówienia obejmuje rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 878 Stobierna-Rzeszów- Dylągówka na odcinku od miejscowości Kielnarowa od km ok. 7+426,57 do miejscowości Dylągówka do km ok. 21+213,94.

Zamawiający w rozdziale VII Instrukcji dla Wykonawców (IDW) przewidział, że: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust 1 pkt 4,5,7,8,10.”.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "ERBEDIM" sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (dalej jako: „ERBEDIM”) – członek konsorcjum ANTEX, złożył dokument JEDZ, w którym w części III, sekcja C w odpowiedzi 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? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat.”, udzielił odpowiedzi: „NIE”.

Jednocześnie Izba ustaliła, że nie było sporne, że w przeszłości na wykonawcę ERBEDIM została nałożona kara umowna z tytułu zwłoki w wykonaniu części etapu w związku z realizacją kontraktu: „Modernizacja i rozbudowa drogi powiatowej nr 1522E Piotrków Goleśze-Godaszewice na odcinku Studzianki — Goleśze Duże” realizowanego na rzecz Gminy Wolbórz.

Ponadto, Izba ustaliła, że Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 245.927.821,31 zł, w tym wartości przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp została ustalona na kwotę: 56.752.574,15 zł. Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości: 190.200.956,00 zł brutto.

Wykonawcy złożyli w tym postępowaniu oferty z następującymi cenami:

- konsorcjum ANTEX złożyło ofertę z ceną: 175.933.578,79 zł brutto;
- odwołujący - wykonawca Strabag sp. z o.o. złożył ofertę z ceną: 198.431.196,15 zł brutto;
- wykonawca Eurovia Polska S.A. złożył ofertę z ceną: 207.857.416,02 zł brutto;
- wykonawca Mota-Engil Central Europe S.A. złożył ofertę z ceną: 216.173.969,60 zł brutto;
- wykonawca Budimex S.A. złożył ofertę z ceną 223.520.393,04 zł brutto,
- wykonawca – konsorcjum Firm: PBI Infrastruktura S.A. i PBI WMB sp. z o.o. złożył ofertę z ceną: 238.720.885,78 z brutto;
- wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. złożył ofertę z ceną: 224.938.876,98 zł brutto;
- wykonawca Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. złożył ofertę z ceną: 202.326.390,00 zł brutto.

Zamawiający 30 kwietnia 2024 roku poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez konsorcjum ANTEX. Od tej czynności odwołujący wniósł odwołanie w dniu 10 maja 2024 roku.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając dowody złożone przez Strony i Uczestnika postępowania odwoławczego, a także stanowiska złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

Zamawiający przekazał informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią i wezwaniem Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego Wykonawcom ubiegającym się o zamówienie w dniu 10 maja 2024 roku za pomocą poczty elektronicznej oraz platformy e-Zamówienia.

Pismem z dnia 13 maja 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ANTEX II sp. z o.o. z siedzibą Lubyczy Królewskiej, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "ERBEDIM" sp. z o.o. z siedzibą w

Piotrkowie Trybunalskim, Wysowa Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym (zwani dalej łącznie: „Uczestnikami postępowania odwoławczego” lub „konsorcjum ANTEX”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawców jest skuteczne, zgodne z dyspozycją art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie należało oddalić.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo spełnienia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z Postępowania - Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

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

Natomiast stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 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.

Z kolei przepis art. 109 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie zaś z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Podnosząc przedmiotowy zarzut, Odwołujący wskazywał, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "ERBEDIM" sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (dalej jako: „ERBEDIM”), wchodzący w skład konsorcjum ANTEX w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, nie podał w odpowiedzi na pytanie formularza JEDZ informacji o naliczonych mu w przeszłości karach umownych, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, albowiem dotyczyły one podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy. Innymi słowy, zdaniem Odwołującego, brak notyfikacji Zamawiającemu w dokumencie JEDZ informacji o nałożeniu na danego wykonawcę w przeszłości kar umownych w związku z realizacją określonego kontraktu, niejako automatycznie, powoduje ziszczenie się przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący zaznaczał, że ocena co do tego czy faktycznie zachodziły podstawy wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp powinna bezwzględnie należeć do Zamawiającego, który powinien przeprowadzić stosowne badanie w sytuacji powzięcia informacji o nałożeniu na wykonawcę kar umownych w przeszłości. W tej sprawie zaś wykonawca informacje te bezpodstawnie utajnił.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego.

Izba podziela opinię wyrażoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pn.: *Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, a sposób wypełnienia JEDZ* (<https://www.gov.pl/web/uzp/kara-umowna-a-sposob-wypelniania-jedz>), z której to wynika, że: „Narzędziem służącym do oceny zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego, w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne składane na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zwanym dalej „JEDZ” (art. 125 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). W przypadku przewidzienia przez zamawiającego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w prowadzonym postępowaniu, w części III sekcja C („Podstawy wykluczenia. Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”) formularza JEDZ wykonawca winien

odpowiedzieć na pytanie, czy 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. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od wykonawcy podania szczegółowych informacji na ten temat. 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.”

Jak z powyższego wynika, wykonawca w formularzu JEDZ w części III sekcja C składa oświadczenie skorelowane z przesłanką wykluczenia, a zatem nie jest zobowiązany do przedstawienia informacji o wszystkich nieprawidłowościach w realizacji umów, a tylko takich które mogłyby skutkować wykluczeniem w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 listopada 2023 roku, sygn. akt: KIO 3293/23 stwierdzając, iż: „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.”

W niniejszym postępowaniu to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodowy – zgodnie z dyspozycją art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Tymczasem, Odwołujący nawet nie próbował wykazać, że nałożenie kar umownych na wykonawcę ERBEDIM w związku z realizacją Umowy nr ZP.272.23.2020 z 18.11.2020 r. zawartej pomiędzy ERBEDIM a Gminą Wolbórz (Urzędem Miejskim w Wolborzu) na wykonanie zadania pn.: „Modernizacja i rozbudowa drogi powiatowej nr 1522E Piotrków Golecze-Godaszewice na odcinku Studzianki — Golecze Dużę nastąpiło w związku z takimi okolicznościami, które stanowiłyby podstawę wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp. Co więcej, Odwołujący w toku rozprawy przyznał nawet, że nie ma takiej wiedzy na temat przedmiotowego Kontraktu, która pozwoliłaby mu na dokonanie takiej oceny, dlatego też nie postawił zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji należy zatem wnioskować, że Odwołujący nie ma podstaw, aby twierdzić, że wykonawca ERBEDIM nie informując w dokumencie JEDZ o nałożeniu na niego kary umownej w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd, przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czy też, że 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. Innymi słowy, Odwołujący nie wykazał tym samym ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Odwołujący nie podjął nawet próby w tym zakresie, przywołując jedynie okoliczność, że na wykonawcę ERBEDIM została nałożona kara umowna za zwłokę 40 dni w wykonaniu zastrzeżonego w harmonogramie etapu w stosunku do terminu umownego, a wysokość naliczonej kary – zastrzeżonej jako 0,05% wartości etapu wyniosła 8 9890,40 zł.

Natomiast dowody złożone przez Zamawiającego, jak i Uczestnika postępowania odwoławczego wskazują na to, że Zamawiający, który nałożył kary umowne potwierdził należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę ERBEDIM. Uczestnik postępowania odwoławczego – konsorcjum ANTEX, złożył dowód – poświadczenie wystawione przez Zastępcę Burmistrza Gminy Wolbórz dla ERBEDIM z dnia 11.10.2023 roku o należyтым wykonaniu przedmiotu zamówienia. Z treści tego dokumentu wynikało, że ERBEDIM w latach 2020-2023 realizował dla Gminy Wolbórz zadanie pn.: „Modernizacja i rozbudowa drogi powiatowej nr 1522E Piotrków- Golecze-Godaszewice na odcinku Studzianki —

Golesze Duże”, wartość robót wyniosła 10 304 366,60 zł brutto, przy czym: „roboty zostały wykonane należyście i zgodnie ze sztuką budowlaną”, zaś Wykonawca ERBEDIM *jest godnym polecenia partnerem w realizacji zadań z zakresu modernizacji dróg*”.

Z kolei Zamawiający przedłożył dowód w postaci pisma Urzędu Miejskiego Wolborza z dnia 24.05.2024 roku, w którym w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej złożony przez Zamawiającego, poinformowano, że: „*Ad. 1. Umowa nie została rozwiązana przed czasem. Na wykonawcę nie zostało nałożone odszkodowanie. Ad. 2. Zamówienie zostało wykonane należyście i odebrane przez Zamawiającego bez zastrzeżeń. Ad. 3. Zwłoka nie wpłynęła na rzetelność wykonania zamówienia. Ad. 4. Kara umowna została przez Wykonawcę uiszczona*”.

Powyższe dowody potwierdzają zatem, że okoliczności nałożenia kary umownej na wykonawcę ERBEDIM w związku z realizacją przedmiotowego Kontraktu nie stanowią przesłanek wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 czy pkt 7 ustawy Pzp.

Podnieść przy tym należy, że w oparciu o podstawy wykluczenia, bada się wiarygodność wykonawcy, by sprawdzić, czy wykona on zamówienie prawidłowo, a ich celem jest wykluczenie wykonawcy, który z określonych względów nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. W tym kontekście należy także wskazać, że klauzule dotyczące kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zawiera większość umów o zamówienie publiczne, przy czym często są to kary umowne z tytułu opóźnienia czy zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Z drugiej zaś strony wiadomo, że dość powszechnym zjawiskiem w praktyce rynkowej jest to, iż wykonawcy robót budowlanych, w tym także robót drogowych, niejednokrotnie – z różnych przyczyn - wykonują swoje zobowiązania z przekroczeniem ustalonego terminu.

W niniejszym przypadku, na wykonawcę ERBEDIM została nałożona kara umowna za zwłokę 40 dni w wykonaniu zastrzeżonego w harmonogramie etapu. Uczestnik postępowania odwoławczego wskazywał na znikomą wartość nałożonej kary umownej (8.980,40 zł – 0,087% wartości umowy) w stosunku do wartości całego Kontraktu (10.304.366,60 zł), jak i na to, że zwłoka dotyczyła tylko jednego z etapów zamówienia (związanych z wykonaniem i uzyskaniem administracyjnej decyzji ZRiD), a ponadto, iż nastąpiła z przyczyn zależnych od podmiotu trzeciego (w związku z działaniami projektanta (podwykonawcy) oraz Starostwa Powiatowego w Piotrkowie).

Z drugiej zaś strony Zamawiający, który nałożył kary umowne jasno określił, że zamówienie zostało wykonane należyście, a zwłoka nie wpłynęła na rzetelność wykonania zamówienia. W tych okolicznościach członek konsorcjum ANTEX – wykonawca ERBEDIM - miał wiarygodne podstawy, aby stwierdzić, że nie jest on zobowiązany do informowania Zamawiającego w dokumencie JEDZ o nałożonej na niego karze umownej, gdyż nie zachodzą jakiegokolwiek przesłanki do uznania, że w sposób zawiniony naruszył on poważnie obowiązki zawodowe, czy też, że z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyście wykonał albo długotrwale nienależyście wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z przedmiotowej umowy.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, jak i przedłożone dowody, należało uznać, że wykonawca ERBEDIM miał prawo do w pełni uzasadnionego przekonania, iż nie podlega wykluczeniu z podanych powodów, a tym samym, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd udzielając negatywnej odpowiedzi na pytanie zawarte w dokumencie JEDZ odnośnie nałożenia na niego odszkodowania w związku z realizacją wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez (i) zaniechanie wykluczenia Konsorcjum pomimo, że zmaterializowały się w stosunku do niego przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp oraz (ii) zaniechanie dokonania oceny w stosunku Konsorcjum przewidzianych w tym postępowaniu fakultatywnych przesłanek udziału w postępowaniu tj. przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp

Zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości został postawiony w związku z okolicznościami przywoływanymi w ramach zarzutu, o którym była mowa powyżej (zarzut nr 1 odwołania) i ma ścisły związek z tym zarzutem. Skoro zaś nie potwierdził się zarzut pierwszy odwołania, to nie mógł się również potwierdzić zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe także ww. zarzut podlega oddaleniu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia

procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych oferty Konsorcjum, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, co doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta powinna zostać przeanalizowana pod kątem poziomu cenowego i podlegać odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę – Izba oddaliła zarzut.

Zdaniem Izby także ten zarzut należało oddalić.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaofferowana 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.

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

Należy zauważyć, że w przypadku, gdy Odwołujący stawia zarzut zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej czy to w zakresie ceny oferty, czy też jej istotnych części składowych, to wówczas na Odwołującym spoczywa obowiązek wykazania, że Zamawiający zobowiązany był do wszczęcia takiej procedury. Abstrahując już od kwestii czy elementy wskazywane przez Odwołującego w odwołaniu w istocie stanowią istotne części składowe ceny – co też było sporne między Stronami - należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał, że ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – obligujące Zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnień istotnych części składowych ceny oferty. To Odwołujący powinien wykazać, że po stronie Zamawiającego powinny zrodzić się tego rodzaju wątpliwości, które zobowiązywałyby go do uruchomienia procedury określonej w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem – Odwołujący oprócz wskazania na znaczące różnice cenowe w stosunku do średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu, nie podaje żadnych innych okoliczności. W ocenie Izby to za mało, aby stwierdzić, że po stronie Zamawiającego zaistniał obowiązek wezwania wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Dopiero na etapie rozprawy Odwołujący próbował wykazywać, że ceny za poszczególne elementy robót są znacząco zaniżone w stosunku do cen rynkowych i nie pozwolą na pokrycie podstawowych kosztów związanych z materiałami i robocizną, nie mówiąc już o narzutach i kosztach pośrednich. Niemniej jednak argumentacja w tym zakresie wykracza poza zarzuty odwołania. Te okoliczności nie były powoływane przez Odwołującego w odwołaniu, a zatem twierdzenia w tym zakresie stanowią niedopuszczalne rozszerzenie podstaw przedmiotowego zarzutu. Z tych też względów Izba uznała przedłożone w toku rozprawy dowody w postaci kalkulacji cenowych branży drogowej – roboty ziemne, branży geotechnicznej, jak i w postaci rysunków technicznych oraz ofert handlowych za nieprzydatne do rozstrzygnięcia.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe Izba postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
- b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....