Sygn. akt: KIO 3760/23

WYROK

Warszawa, dnia 8 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2023 r. przez wykonawcę KOMA Białystok spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie, przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy M.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.M. z siedzibą w Olsztynie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej z 4 grudnia 2023 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy M.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.M. z siedzibą w Olsztynie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca ten nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego w wysokości 5/7 i Przystępującego w wysokości 2/7:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KOMA Białystok spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania i kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę KOMA Białystok spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz przez uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy M.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.M. z siedzibą w Olsztynie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
   2.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 4286 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące złotych dwieście osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą 2/7 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.
   2.3. Znosi wzajemnie koszty z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika poniesione przez Odwołującego i Przystępującego.

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 3760/23

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie, (dalej:*„Zamawiający”*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: *„Zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie 2023/2024”*, znak sprawy: NZ.2510.24.2023.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 8 sierpnia 2023 r., nr 2023/S 151-481710.

W postępowaniu tym wykonawca KOMA Białystok spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (dalej: *„Odwołujący”*) 14 grudnia 2023 r., złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru w ramach części II zamówienia oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, w tym:

1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.M. (zwanego dalej *„PUC”*) w części II Zamówienia (Rejon 2),
2) wezwania wykonawcy PUC pismem z dnia 21.11.2023 r. po raz trzeci do złożenia wyjaśnień ceny złożonej oferty,

3)zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PUC jako zawierającej rażąco niską cenę,

4)zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PUC mimo podlegania wykluczeniu z tytułu wypełnienia czynów nierzetelnego wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp,

5)zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PUC, mimo że podlegał on wykluczenia gdyż wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (w zakresie pojazdów wymaganych w Rozdział VIII pkt 1 ppkt 2) lit a) SWZ), co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

względnie:

6)zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PUC, z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie pojazdów wymaganych w Rozdział VIII pkt 1 ppkt 2) lit a) SWZ,

względnie:

7)zaniechanie wezwania wykonawcy PUC, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, w zakresie podmiotowych środków dowodowych - pojazdu wymienionego w wykazie usług (załącznik nr 11 do SWZ) w zakresie czy wykonawca dysponował pojazdem ciągnik Farmtrac o nr rejestracyjnym: NO 125AV na dzień składania ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PUC, mimo że wykonawca nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi udowodnienia, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w szczególności złożył wyjaśnienia nieprzekonujące, nieuwzględniające wszystkich istotnych wymaganych do poniesienia kosztów związanych z realizacją zamówienia;

2)art. 224 ust. 1 i ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez kolejne (trzecie) wezwanie wykonawcy PUC do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy niekompletne i nie w pełni potwierdzone dowodami wyjaśnienia wykonawcy PUC z dnia 13.11.2023 r. powinny skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy PUC bez wzywania do dalszych wyjaśnień;

3)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUC podlegającego wykluczeniu z tego powodu, że:

a)składając wykaz sprzętu, przy piśmie Wykonawcy PUC, stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 09.09.2023 r. i wskazując w wykazie sprzętu 3 pojazdy Volkswagen, jako pojazdy do których da się podłączyć sprzęt taki jak pług, szczotka obrotowa lub posypywarka, wykonawca dopuścił się zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa czym wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (za co podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP w związku z Rozdział VII pkt 4 SWZ,

b)składając wykaz sprzętu, przy piśmie z dnia 1 grudnia 2023 r. wprowadził w błąd zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit a SWZ przez wskazanie w tym wykazie pojazdu, którym wykonawca nie dysponował na dzień składania ofert,

4)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) ustawy Pzp w związku z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUC podlegającego wykluczeniu jako *„nierzetelnemu wykonawcy”* z tego powodu, że Zamawiający ZDZiT w licznych umowach zawieranych z Wykonawcą PUC w latach 2018 do chwili obecnej (o których szczegółowo mowa w dalszej części odwołania) nakładał kary umowy w stosunku do tego wykonawcy, zlecał wykonanie zastępcze i odstępował od umowy z tym wykonawcą, czym wypełnił znamiona przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp,

5)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, wykonawcy PUC do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych w zakresie dysponowania sprzętem – ciągnik Farmtrac nr NO 125AV w dniu składania ofert.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy P.M.,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert i:

- odrzucenia oferty Wykonawcy P.M. z powodu rażąco niskiej ceny oraz

- odrzucenia oferty Wykonawcy P.M. z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, przy potwierdzaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ Rozdział VIII pkt 1 ppkt 2) lit a)

- odrzucenie oferty Wykonawcy P.M. z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ Rozdział VIII pkt 1 ppkt 2) lit a) - odrzucenie oferty Wykonawcy P.M. z powodu podlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP

Ponadto Odwołujący wniósł o dołączenie do akt postępowania wywołanego niniejszym odwołaniem akt postępowania KIO 3027/23 i przeprowadzenie w niniejszej sprawie dowodu z dokumentów dopuszczonych przez Izbę jako dowody w sprawie KIO 3027/23.
Odwołujący wniósł też o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

Następnie Odwołujący opisał stan faktyczny sprawy po dniu wydania wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3027/23. Odwołujący wskazał, że w zakresie części drugiej postępowania, oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący i wykonawca PUC. Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował, że przeznaczył na realizację zamówienia 935 000,00 zł brutto. Ponadto, Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający pismem z dnia 09.09.2023 r. wezwał wykonawcę PUC do złożenia m.in. JEDZ-a oraz podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca PUC, w odpowiedzi na wezwanie złożył wymagane dokumenty. Z JEDZ z części C wynikało, że wykonawca PUC 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. Jednocześnie wykonawca poinformował, że przedsięwziął środki mające na celu samooczyszczenie i poinformował, że szczegóły opisane są w załączniku do JEDZ – w piśmie z dnia 19.09.2023 r. objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto Odwołujący wskazał, że cena oferty PUC jest o więcej niż 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia, Zamawiający wezwaniem z dnia 18 września 2023 r. wezwał wykonawcę PUC na podstawie art. 224 ust. 1 PZP w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty. W wezwaniu zamawiający poinformował wykonawcę o treści art. 224 ust. 6 PZP i uprzedził o tym, że odrzuci ofertę wykonawcy który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca PUC pismem datowanym na dzień 21 września 2023 r. przedstawił argumentację, z którego jego zdaniem wynikało, że ma on bardziej sprzyjające warunki realizacji zamówienia pozwalające obniżyć koszty w porównaniu z konkurencja. Odwoływał się także w istotnej części swojego pisma do poprzednio realizowanego na rzecz zamawiającego kontraktu w zbliżonym zakresie. Jako dowody załączył fakturę i ofertę na piasek, referencje od Zamawiającego za poprzednie zrealizowane umowy oraz ewidencję sprzętu. Zawiadomieniem z dnia 2 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty PUC do realizacji II Części (Rejon 2) zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył od czynności Zamawiającego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, która wyrokiem z dnia 30 października 2023 r. w sprawie KIO 3027/23 uwzględniając odwołanie w części nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne wezwanie wykonawcy PUC do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, ujawnienie (odtajnienie) pisma wykonawcy PUC z dnia 19 września 2023 r. i dokonanie ponownej oceny ofert. Z uzasadnienia wyroku KIO wynika, iż zdaniem Izby*„Złożone przez przystępującego wyjaśnienia pozwalają na stwierdzenie, że podmiot ten nie sprostał obowiązkowi wykazania, że cena została wyszacowana prawidłowo”* jednakże jednocześnie Izba uznała za przedwczesne nakazanie odrzucenia oferty PUC, argumentując, że*„co do zasady wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinno mieć miejsce jeden raz wobec danego wykonawcy, niemniej jednak (…)wystosowanie ponownego wezwania do tego samego wykonawcy jest możliwe w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu zamawiający nie doprecyzował, jakie informacje i dotyczące jakich kosztów wykonawca powinien w szczególności przedstawić”* a Izba uznała, że taka sytuacji miała miejsce w sprawie.

Odwołujący wskazał, że wykonując wyrok KIO Zamawiający wezwał wykonawcę PUC pismem z dnia 8.11.2023 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny ofert, wykonawca złożył odpowiedź pismem z dnia 13.11.2023 r. (dalej „Wyjaśnienia z 13.11.2023 r.”). Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający pismem z dnia 21.11.2023 r. uznając wyjaśnienia za niewystarczające zapytał o koszty miesięcznego utrzymania zaplecza, przedstawienie dowodów odnośnie kosztów eksploatacji pojazdów, doprecyzowanie wyliczenia kosztów kontrolera, wyjaśnienie kwestii wynagrodzenia pracowników, bowiem dotychczasowe wyjaśnienia nie potwierdzają, że wszyscy pracownicy otrzymują minimalne wynagrodzenie, wyjaśnienie rzekomych oszczędności wynikających z realizacji kilku kontraktów jednocześnie, wyjaśnienia średniego spalania na poziomie „0,1”. Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca odpowiedział na wezwanie pismem z dnia 24.11.2023 r. uzupełniając przesłane informacje i składając nowe dowody.
Odwołujący podał, że następnie pismem z dnia 28.11.2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu sprzętu gdyż część wykazanych pojazdów nie ma możliwości podłączenia pługa, zamiatarki mechanicznej i posypywarki a zatem nie spełniają one warunku udziału

w postępowaniu.
Odwołujący wskazał, że wykonawca PUC pismem z dnia 1 grudnia 2023 r. złożył nowy wykaz, w którym zastąpił dotychczas wykazywane pojazdy Volkswagen (pozycje 4-6 w wierszu nr 1 dotychczasowego wykazu) na dodatkowe urządzenie Stiga Park oraz Ciągnik Farmtrac 1800 kg nr rej NO125AV (poz. 6 w wierszu 1 nowego wykazu).
Odwołujący podał, że Zamawiający pismem z dnia 4.12.2023 r. zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy PUC do realizacji II części zamówienia.
Odwołujący argumentował następnie, że wobec własnej wiedzy, pojazdy o końcowej części nr rej AV rejestrowane były w Wydziale Komunikacji w Olsztynie najpewniej dopiero w grudniu 2023 r., co wobec obowiązku zarejestrowania pojazdu w ciągu 1 miesiąca od zakupu wskazywałoby na jego nabycie przez wykonawcę PUC najpewniej na przełomie października i listopada 2023 r. a za zatem ponad miesiąc po terminie składania ofert (4 września 2023 r.) wskazał te wątpliwości zamawiającemu.
Zamawiający uzyskał potwierdzenie w Urzędzie Miasta Olsztyna, że pojazd NO125AV został zarejestrowany na Panią M.J., a „do procesu rejestracji przedstawiono fakturę zakupu pojazdu z dnia 9.11.2023 r."

Zamawiający pismem z dnia 12.12.2023 r. wezwał wykonawcę PUC do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 PZP w kwestii dysponowania Ciągnikiem Farmtrac 1800 kg nr rej NO125AV w dniu składania ofert.
W dniu 14.12.2023 r. Wykonawca PUC wyjaśnił, że zakupił w/w pojazd 1 września 2023 r. co potwierdza dołączone oświadczenie sprzedawcy, a zatem dysponował nim w dniu składania ofert (4 września 2023 r.).
Ad zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.
Odwołujący wskazał, że jedynie wyjaśnień wykonawcy PUC złożone przy piśmie z 13.11.2023 r. powinny być oceniane w tym zakresie czy wypełniają obowiązek dowodowy wykonawcy wezwanego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP. Na pominięcie, zdaniem Odwołującego, zasługują te wyjaśnienia wykonawcy (z dnia 24.11.2023 r.) złożone na wezwanie zamawiającego z dnia 21.11.2023 r. gdyż było ono bezpodstawnym wezwaniem (trzecim) tego wykonawcy w trybie art. 224 ust. 1 PZP i w związku z tym wadliwym. Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku z 18.11.2021 r., KIO 3216/21, LEX nr 3353731, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że;*Odwołujący, jako profesjonalista, zobowiązany był udzielić wyczerpujących wyjaśnień na pierwsze wezwanie Zamawiającego, które jasno określało zakres wymaganych wyjaśnień. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny oferty nie może uzasadniać ponownego wzywania do wyjaśnień, gdyż stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślenia wymaga, że czynność ponownego wezwania jest uzasadniona tylko wtedy, gdy złożone pierwotne wyjaśnienia są rzetelne i wiarygodne."*

Zdaniem Odwołującego, analiza wyjaśnień wykonawcy PUC, znajdujących się przy piśmie z dnia 13.11.2023 r., wskazuje że nie są one wystarczająco szczegółowe i kompletne i tym samym nie potwierdzają, że cena tego wykonawcy nie jest rażąco niska. Odnosząc się do poszczególnych części pisma wykonawcy PUC 13.11.2023 r. Odwołujący wskazał, że:

1)Wykonawca PUC nie wykazał, że zatrudnia pracowników do realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę z zachowaniem prawa do co najmniej minimalnego wynagrodzenia. Złożył on co prawda kopie 3 umów o pracę oraz 3 dokumentów potwierdzających zmianę warunków umowy o pracę, jednakże z zamazanym wynagrodzeniem, a dodatkowo dotyczą one jedynie 6 osób, pomimo deklarowanych w wyjaśnieniach 18 osób dedykowanych do realizacji umowy. Wykonawca nie zrealizował obowiązku wskazanego, w wezwaniu z dnia 8.11.2023 r. gdzie w pkt 5 został zobowiązany precyzyjnie do wykazania (w tym złożenia dowodów) *„ponoszonych kosztów osobowych, w tym ilości pracowników na czas realizacji umowy wraz z dowodami wskazującymi wynagrodzenie oraz łączne koszty ponoszone przez wykonawcę w tym także koszty np. kontrolera jakości"*. Zdaniem Odwołującego także Izba w wyroku KIO 3027/23, wskazała na ułomność poprzednich wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie podając (strona 24 uzasadnienia) *„Przystępujący w żaden sposób nie wykazał jednak wysokości zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, jak również nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty płacowe (…) Nie wiadomo zatem czy przystępujący gwarantuje pracownikom wynagrodzenie nie niższe niż obowiązujące najniższe wynagrodzenie".* Negatywnie należy ocenić, zdaniem Odwołującego, postepowanie Wykonawcy PUC w tym zakresie, gdyż mimo wytknięcia przez Izbę w uzasadnieniu wyroku tych nieprawidłowości występujących w pierwszych wyjaśnieniach i skierowania przez zamawiającego skonkretyzowanego wezwania w tym zakresie wykonawca PUC ponownie nienależycie składa wyjaśnienia dotyczące zatrudnianych osób.
2)Wykonawca zasadniczo przedstawione w wyjaśnieniach koszty rozkłada na 3 zamówienia świadczone na rzecz Zamawiającego, przywołując w pkt 1 ppkt 4 wyjaśnień z dnia 13.11.2023 r., że są to umowa na zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi, umowa na oczyszczanie pasa drogowego i umowa na utrzymanie przystanków. Jednakże Odwołujący podniósł, że umowa na oczyszczanie

pasa drogowego kończy się z końcem 2023 co przyznaje sam wykonawca PUC, a przywoływane przez niego negocjacje w celu pozyskania zamówień uzupełniających nie mogą stanowić wiarygodnych prognoz w uzyskaniu tegoż zamówienia. Dodatkowo Odwołujący zauważył, że wykonawca nie będzie mógł rotacyjnie wykorzystywać pracowników zajmujących się odśnieżaniem do prac związanych z oczyszczaniem pasa drogowego, gdyż co do zasady Zamawiający nie zleca tych prac w okresie zimowym, oznacza to zatem, zdaniem Odwołującego, dla wykonawcy konieczność ponoszenia tych kosztów pracowniczych przez cały 6 miesięczny okres trwania umowy,

3)Odwołujący podniósł, że zasadnicza wadliwość przyjętego przez wykonawcę schematu wyliczeń w zakresie ponoszonych kosztów polega na wyliczaniu kosztów osobowych z rozbiciem na 1 zlecenie realizowane na rzecz zamawiającego, ponieważ koszty pracownicze wykonawca będzie musiał ponosić niezależnie od tego czy będzie miał zlecenia od zamawiającego czy też nie, dlatego koszty te powinny zostać w kalkulowane w koszty stałe (ponoszone bez względu na ilość zleceń) – tabela do wyjaśnień wykonawcy PUC z 13.11.2023 r. Zdaniem Odwołującego, gdyby właściwie policzyć wynagrodzenia pracowników skierowanych do realizacji umowy w ilości 10 pracowników (pkt 10 wyjaśnień z dnia 13.11.2023 r.) + 1 kontroler to, w ocenie Odwołującego, koszty przerosłyby cenę oferty wg. poniższy wyliczeń:

I - V 2024 r.			
10	5 110,00	51 100,00 zł	(całkowity koszt pracodawcy)
1/3	5 110,00	1 686,30 zł	(całkowity koszt pracodawcy)
miesięcznie	52 786,30 zł	(całkowity koszt pracodawcy)	
razem I-V 2024		**263 931,50 zł**	
XI - XII 2023 r.			
11 pracowników:			
1 osoba - kontroler 1/3 etatu			
6 osób operator/ kierowca			
4 osoby odśnieżające			
10	4 337,00	43 370,00 zł	(całkowity koszt pracodawcy)
1/3	4 337,00	1 431,21 zł	(całkowity koszt pracodawcy)
miesięcznie	44 801,21 zł	(całkowity koszt pracodawcy)	
XI - XII 2023		**89 602,42 zł**	
łącznie XI.2023 - V.2024		353 533,92 zł	
Oferta wykonawcy		**643 565,00 zł**	
54,93%		Koszty pracownicze w stosunku do oferty	
Koszty pracownicze	353 533,92 zł	zgodnie z powyższą kalkulacją	
Koszty eksploatacji pojazdu	214 200,00 zł	zgodnie z kalkulacją Wykonawcy	
Koszty eksploatacji maszyn	144 720,00 zł	zgodnie z kalkulacją Wykonawcy	
Koszty paliwowe	15 112,50 zł	zgodnie z kalkulacją Wykonawcy	
Koszty Wykonawcy razem:		727 566,42 zł	
Oferta		**643 565,00 zł**	
Różnica:		**-84 001,42 zł**	

Dodatkowo z ostrożności Odwołujący wskazał, że zasadniczo uzupełniające wyjaśnienia wykonawcy (z dnia 24.11.2023 r.), których dopuszczalność Odwołujący kwestionuje, nadal nie potwierdzają prawidłowości skalkulowania oferty wykonawcy PUC, z przyczyn wskazanych w pkt 21 uzasadnienia odwołania.

Ad zarzutu zaniechania zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił w Rozdziale VIII SWZ warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W tym zakresie zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że:

(…)

2) dysponuje następującym sprzętem:

a) Pojazdy o masie całkowitej nie przekraczającej 3,3 Mg (nośnik mechaniczny, do którego umieszczany będzie sprzęt, o którym mowa w pkt b, c ,d) – 6 szt;

b) Pługi lemieszowe – przeznaczone do odśnieżania chodników, ciągów pieszych, pieszo-rowerowych oraz ścieżek

rowerowych umieszczonych na nośnikach mechanicznych – 6 szt;
c) Szczotki przednia obrotowa mechaniczna – do zamiatania świeżego śniegu z chodników, ciągów pieszych, pieszo-rowerowych oraz ścieżek rowerowych umieszczona na nośniku mechanicznym – 6 szt;
d) Posypywarki mechaniczna – zespolone lub doczepne do nośnika mechanicznego – 6 szt. (nośnik musi spełniać warunek nie przekraczania masy całkowitej wraz z materiałem uszorstniającym 3,3 Mg).”

Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca PUC na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postepowaniu, na wezwanie Zamawiającego, złożył wykaz sprzętu (załącznik nr 11 do SWZ), z którego wynika, że na potwierdzenie spełniania warunku posiadania pojazdów o masie całkowitej nie przekraczającej 3,3 Mg (nośników mechanicznych, do których umieszczany będzie sprzęt, o którym mowa powyżej od b-d) wykazał, że dysponuje:
1)Ciągnik Solis 1420 kg x 1 szt
2)Ciągnik ISEKI TXG 237 1120 kg x 1 szt
3)Stiga Park 285 x 2 szt
4)Volkswagen 3000 kg x 1 szt
5)Volkswagen 2350 kg x 1 szt
6)Volkswagen 2205 kg x 1 szt

Odwołujący wyjaśnił, że uważa, iż pojazdy wymienione od pkt 4-6 tj. Volkswageny nie są nośnikami mechanicznymi, do których można podłączyć sprzęt taki jak pług, szczotkę obrotową mechaniczną lub posypywarkę. W ocenie Odwołującego, wskazane Volkswageny to busy/vany, które nie służą do odśnieżania.

Odwołujący wskazał, że złożył Zamawiającemu przy piśmie z dnia 24.11.2023 r. opinię prywatną, z której jednoznacznie wynika, że co najmniej dwa pojazdy Volkswagen nie są przystosowane aby podłączyć do nich w/w sprzęt. Zamawiający wydaje się potwierdził zasadność konkluzji zawartej w tej opinii jednakże uznał, że wykonawca zasługuje na poprawienie wykazu sprzętu na podstawie art. 128 ust. 1 PZP i wystosował do niego stosowne wezwanie pismem z dnia 28.11.2023 r., zamiast uznać, że wykonawca PUC celowo lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postepowaniu, czym wypełnił znamiona przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący zaznaczył, że w/w fakultatywna przesłanka wykluczenia została także wskazana w SWZ w Rozdziale VII pkt 4. Zamawiający dopuścił się naruszenia w/w przepisów w skutek zaniechania wykluczenia wykonawcy z w/w przyczyn. Podobnie jak powyżej zdaniem Odwołującego, wypełnia znamiona w/w przesłanki wykluczenia, wskazanie przez wykonawcę PUC w nowym wykazie sprzętu z dnia 1 grudnia 2023 r. pojazdu kupionego zaledwie tydzień przed złożeniem wykazu, a jednocześnie ponad 2 miesiące po terminie składania ofert, o czym bardziej szczegółowo Odwołujący wskazał w dalszej części uzasadnienia odwołania. W ocenie Odwołującego, każda z w/w czynności z osobna (złożenie pierwszego wykazu z pojazdami, do których nie można podłączyć sprzętów wymaganych przez zamawiającego oraz złożenie drugiego wykazu z pojazdem zakupiony 2 miesiące po terminie składania ofert) ale także obie łącznie wskazują na celowy zamiar odwołującego wprowadzenia w błąd zamawiającego co do posiadania niezbędnego zaplecza technicznego wymaganego w SWZ.
Ad zarzutu zaniechania odrzucenia oferty PUC z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu
Odwołujący wskazał, że zamawiający pismem z dnia 28.11.2023 r. wezwał wykonawcę PUC do złożenia wykazu sprzętu spełniającego warunki udziału w postępowaniu, ze względu na potwierdzony w/w opinią prywatną brak możliwości technicznej podłączenia pługa lemieszowego, zamiatarki mechanicznej i posypywarki mechanicznej do co najmniej dwóch pojazdów Volkswagen wskazanych w pierwszym wykazie sprzętu.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca PUC pismem z dnia 1 grudnia 2023 r. złożył nowy wykaz i zastąpił część wskazywanego wcześniej sprzętu m.in. Ciągnikiem Farmtrac 1800 kg nr rej NO125AV. Jednak, jak wskazał Odwołujący, z informacji uzyskanych przez zamawiającego z Urzędu Miasta Olsztyna (pismo z dnia 12.12.2023 r.) wynika, że został on zakupiony przez tegoż wykonawcę 9.11.2023 r., a zatem ponad 2 miesiące po terminie składania ofert. Nie zasługują, zdaniem Odwołującego, na uwzględnienie wyjaśnienia wykonawcy jakoby pojazd został zakupiony 1 września 2023 r. co potwierdzać miałoby oświadczenie sprzedawcy i faktura tzw. „proforma”, ponieważ zdaniem Odwołującego, doświadczenie życiowe podpowiada, że jest to fikcyjna argumentacja jedynie przygotowana na obronę przez odrzuceniem oferty wykonawcy.
Ad zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy PUC na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp.
Odwołujący wskazał, że analiza JEDZ wykonawcy PUC wskazuje, że na stronie 9 w Części III lit. C wykonawca PUC n 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:
Zaznaczył odpowiedź:
[X] Tak [] Nie
oraz dodał, że:
szczegółowe informacje w załączonym piśmie wykonawcy z 19.09.2023 r. objęte tajemnicą przedsiębiorstwa
zaś na pytanie:
Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?
Odpowiedział:
[X] Tak [] Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:
oraz, że:
szczegółowe informacje w załączonym piśmie wykonawcy z 19.09.2023 r. objęte tajemnicą przedsiębiorstwa".
Odwołujący zaznaczył, że w wyniku odtajnienia przez Zamawiającego, w wykonaniu wyroku KIO, wyżej przywołanych dokumentów wykonawcy PUC Odwołujący mógł się z nimi zapoznać i sprecyzować zarzuty, których konkretyzacji nie mógł dokonać przy odwołaniu rozpoznanym przez Izbę w sprawie KIO 3027/23, na co zwróciła uwagę Izba*„Izba uwzględniła zarzut (…) i nakazała zamawiającemu (…) ujawnienie przedmiotowego pisma, odwołujący będzie uprawniony do ewentualnego podniesienia zarzutów w tym zakresie po otrzymaniu pisma z dnia 19 września 2023 r.".*
Odwołujący podniósł, że z pisma 19 września 2023 r. przedstawionego przez wykonawcę PUC wynika, że w okresie od 2018 do chwili obecnej w kilkunastu kontraktach z ZDZiT, tam szczegółowo wymienionych (odwołujący zastrzegł, że uznaje za wystarczające odwołanie się do treści tego dokumentu bez potrzeby przytaczania w odwołaniu obszernych jego fragmenty traktujących o uchybieniach wykonawcy PUC), Zamawiający stosował wobec wykonawcy liczne kary umowne, odstąpił od jednej z umów a także zlecał wykonanie zastępcze. Szczegółowy opis poszczególnych uchybień wykonawcy wskazuje, zdaniem Odwołującego, że podlega on wykluczeniu jako nierzetelny wykonawca w rozumieniu, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP.
Ponadto, Odwołujący wskazał, że stanowisko prezentowane przez PUC w piśmie z dnia 19.11.2023 r. jest wewnętrznie sprzeczne, co należy odczytywać na niekorzyść wykonawcy. Odwołujący zwrócił uwagę, że z jednej strony w JEDZ zaznacza on odpowiedzi potwierdzające, że rozwiązano z nim umowę o zamówienie publiczne i naliczono odszkodowanie oraz zaznacza odpowiedź, że zastosował on samooczyszczenie. Z drugiej strony w piśmie z dnia 19.11.2023 r. wskazuje w zasadniej jej części, że niesłusznie zamawiający naliczał kary, odstąpił od umowy i zlecał wykonanie zastępcze w w/w umowach. W końcowej zaś części zdawkowo wyjaśnia, nie przedstawiając żadnych dowodów, o rzekomych rozwiązania organizacyjnych w przedsiębiorstwie, które miałby zapobiec podobnych naruszeniom w przyszłości. Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 19.11.2023 r. wykonawca nie wykazał niezasadności zastosowanych wobec środków w postaci kar umownych, odstąpienia od umowy oraz wykonania zastępczego, a jednocześnie gdyby traktować pismo z dnia 19.11.2023 r. jako samooczyszczenie (o którym wspomina wykonawca PUC w JEDZ) to odwołujący podnosi, że nie spełnia on wymagań określonych w art. 110 ust. 2 PZP, gdyż wykonawca nie przyznaje się do zarzucanych mu „nierzetelności" w wykonywaniu kontraktów na rzecz ZDZiT, nie naprawił szkody bowiem jak wynika z treści pisma pozostaje z Zamawiającym w sporze. Dodatkowo zaś wspomniane w ostatniej części pisma rzekome środki zaradcze są opisane zbyt ogólnikowo, nie są poparte żadnymi dowodami (choćby dokumenty o wewnętrzne o których w nich mowa nie zostały złożone). Negatywnie, zdaniem Odwołującego, ocenić należy także postępowanie wykonawcy PUC, który powołuje się na pisma procesowe, wyroki sądów i inne dokumenty będące podobno w posiadaniu zamawiającego, nie składając ich przy wyjaśnieniach z dnia 19.11.2023 r. uniemożliwiając tym samym kontrolę prawidłowości działań zamawiającego nie tylko przez innych wykonawców ale też Krajową Izbę Odwoławczą rozpatrującą zarzut w stosunku do zamawiającego, że takie wyjaśnienia uznał za wystarczające.

W złożonej pismem z 22 grudnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, skutecznie zgłosił wykonawca M.J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.M. z siedzibą w Olsztynie (dalej: *„Przystępujący"*).
Przedmiotowa sprawa odwoławcza została rozpoznana na skutek złożenia przez Przystępującego sprzeciwu od

czynności uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: *„SWZ"*), Izba ustaliła, że Zamawiający wskazał:

- zgodnie z art. 139 ustawy najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu (rozdział III, pkt 2 SWZ),
- wykonawca lub podwykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia: czynności, o których mowa w formularzu cenowym, w tym operatorów sprzętu (*vide* rozdział IV, pkt 3 SWZ),
- w rozdziale VI SWZ, Zamawiający wskazał obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp,
- w rozdziale VII SWZ, Zamawiający podał, że w postępowaniu mają zastosowanie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1, tj. :

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

1)w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;

2)który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

3)który, z przyczyn leżących po jego stronie, 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, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

4)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.

- warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej były następujące:

1)W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał/wykonuje usługę/usługi (umowy) polegające na odśnieżaniu chodników lub/i przejść dla pieszych lub/i terenów poza pasami drogowymi, których łączna wartość wynosi min. 200 000,00 zł (brutto).

W przypadku składania oferty na dwie części (dwa rejony) minimalna wartość usług wynosi 400 000,00 zł brutto.

W przypadku usług (umów) niezakończonych wartość zrealizowanej części umowy/umów musi odpowiadać ww. kwotom.

2)dysponuje następującym sprzętem:

a)Pojazdy o masie całkowitej nie przekraczającej 3,3 Mg (nośnik mechaniczny, do którego umieszczany będzie sprzęt, o którym mowa w pkt b, c ,d) – 6 szt;

b)Pługi lemieszowe – przeznaczone do odśnieżania chodników, ciągów pieszych, pieszo-rowerowych oraz ścieżek rowerowych umieszczonych na nośnikach mechanicznych – 6 szt;

c)Szczotki przednia obrotowa mechaniczna – do zamiatania świeżego śniegu z chodników, ciągów pieszych, pieszo-rowerowych oraz ścieżek rowerowych umieszczona na nośniku mechanicznym – 6 szt;

d)Posypywarki mechaniczna – zespolone lub doczepne do nośnika mechanicznego – 6 szt. (nośnik musi spełniać warunek nie przekraczania masy całkowitej wraz z materiałem uszorstniającym 3,3 Mg).

W przypadku składania oferty na dwie części (dwa rejony) minimalna wymagana ilość sprzętu liczona jest dla każdej części oddzielnie, tj.: 12 pojazdów, 12 pługów, 12 szczotek, 12 posypywarek.

- w rozdziale IX SWZ, Zamawiający wskazał informacje na temat JEDZ i wymaganych podmiotowych środków dowodowych:

1.Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, z zastrzeżeniem art. 127 ustawy, do złożenia
w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni:
1)Oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy, na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, zwanego dalej „JEDZ" (Załącznik nr 2 do SWZ), sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego
w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, na poniższych zasadach:
a)w zakresie III części JEDZ wykonawca składa oświadczenie dotyczące podstaw wykluczenia w zakresie wskazanym przez zamawiającego w SWZ, w tym
w zakresie podstaw wykluczenia określonych w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r. poz. 835),
b)w zakresie IV części JEDZ wykonawca może złożyć ogólne oświadczenie potwierdzające spełnianie kryteriów kwalifikacji (warunków udziału
w postępowaniu),
c)w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, JEDZ składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia z postępowania (pkt „a" stosuje się) oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu (kryteria kwalifikacji) w zakresie, w jakim każdy
z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu (pkt „b" stosuje się"),
d)w przypadku polegania na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, wykonawca przedstawi JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzający brak podstaw wykluczenia tego podmiotu (pkt „a" stosuje się) oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu (kryteria kwalifikacji), w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na zasoby tego podmiotu (pkt „b" stosuje się"),
2)Oświadczenia (Załącznik nr 3 do SWZ), że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1), dalej: rozporządzenie 833/2014, w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.4.2022, str. 1), dalej: rozporządzenie 2022/576. (dotyczy również podmiotów udostępniających zasoby oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia – Załącznik nr 9 do SWZ)
3)aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:
3.1)potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

- wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (Załącznik nr 10 do SWZ);
- wykaz sprzętu, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (Załącznik nr 11 do SWZ).

3.2)potwierdzających braku podstaw wykluczenia:
1)informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:
a)art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą",
b)art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,
2)oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy,
o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę

częściową, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej;
3)odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;
4)oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych
w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego,
o których mowa w:
a)art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy,
b)art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,
c)art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,
d)art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy,
e)art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-8 ustawy,
f)art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego
2.W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, brak podstaw wykluczenia ma potwierdzić każdy z nich.
3.W przypadku polegania za zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, brak podstaw wykluczenia ma potwierdzić każdy podmiot udostępniający zasoby.

W tym miejscu odnotowania wymaga, że w odpowiedzi na pytanie drugie do SWZ z dnia 29 sierpnia 2023 roku Zamawiający wskazał w odpowiedzi na pytanie nr 2, że dopuszcza użycie samochodów dostawczych jako nośnika np. pługów odśnieżnych przy zachowaniu warunków opisanych w załączniku minimalne wymagania sprzętowe.

Następnie w odpowiedzi na pytanie nr 5, Zamawiający wyjaśnił, że koszty związane z utrzymaniem bazy sprzętowej oraz magazynem należy uwzględnić w cenach jednostkowych zawartych w formularzu ofertowym. Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 6 wskazał, że koszty związane z utrzymaniem gotowości do świadczenia usługi (dyżury) należy uwzględnić w cenach jednostkowych zawartych w formularzu ofertowym.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 4 września 2023 r., w postępowaniu w ramach części 2 złożono dwie oferty, tj. przez:

a)Odwołującego – cena: 795 482,21 zł brutto,

b)Przystępującego – cena: 643 565,00 zł brutto.

Zamawiający poinformował, że na realizację części 2 zamówienia przeznaczył kwotę: 935 000,00 zł brutto.

Następnie na podstawie akt postępowania Izba ustaliła, że pismem z 18 września 2023 r., Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia ceny. Przystępujący udzielił wyjaśnień pismem z 21 września 2023 r.

Wyrokiem z dnia 30 października 2023 r., sygn. akt KIO 3027/23, Izba uwzględniła odwołanie częściowo w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że wykonawca ten nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi udowodnienia, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska,
- zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1233) przez uznanie za wykazane przez Przystępującego, że informacje zawarte w piśmie z dnia 19 września 2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

- zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wszystkich załączników do protokołu z postępowania, tj. pisma Przystępującego z dnia 19 września 2023 r.

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu, w zakresie części 2 zamówienia (Rejon 2) – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, ujawnienie pisma wykonawcy Przystępującego z dnia 19 września 2023 roku i jego udostępnienie Odwołującemu i dokonanie ponownej oceny ofert.

W wyniku powyższego orzeczenia, Zamawiający pismem z 8 listopada 2023 r., poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o unieważnieniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Następnie pismem z 8 listopada 2023 r., Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnienia ceny oferty. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że: *„W związku z częściowym uwzględnieniem odwołania wniesionego w dniu*

12.10.2023 r. przez wykonawcę KOMA Białystok Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znak NZ.2510.24.2023 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o nadanej nazwie „Zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie 2023/2024" — Część II oraz sentencją Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 31.10.2023 r. (KIO 3027/23), Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie ponownie wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów. dotyczących wyliczenia ceny oferty w szczególności w zakresie:

1)ponoszonych kosztów (np. podatków, opłat lokalowych) wynikających z posiadania własnego zaplecza techniczno-organizacyjnego tj. własnej bazy logistycznej, warsztatu serwisowego, magazynu);
2)oszczędności uzyskanych z posiadania sprzętu już wyposażonego w GPS;
3)ponoszonych kosztów materiałowych;
4)dowodów na potwierdzenie własności pojazdów wskazanych w wykazanie sprzętu;
5)ponoszonych kosztów osobowych, w tym ilość pracowników na czas realizacji umowy wraz z dowodami wskazującymi wynagrodzenie oraz łączne koszty ponoszone przez wykonawcę, w tym także koszty np. kontrolera jakości;
6)ponoszonych kosztów dodatkowych np. rezerwy finansowej na nieprzewidziane wydatki;
7)wysokości oszczędności związanych z wykonywaniem kilku kontraktów jednocześnie wraz ze wskazaniem, sprzętów i materiałów wykorzystywanych w równorzędnej realizacji;
8)poniesionych kosztów w przypadku realizacji 1 zlecenia z uwzględnieniem prac zlecanych łącznie ze wskazaniem składników cenotwórczych;
9)ponoszonych kosztów eksploatacyjnych tj. koszty paliwa, , koszty naprawy i serwisu sprzętu itd., koszty ubezpieczenia sprzętu;
10)wykazania szacowanego zysku Wykonawcy;
11)szacowanych kosztów realizacji zamówienia (koszty ilości wyjazdów/zleceń w ramach realizacji umowy)."

Pismem z 13 listopada 2023 r., Przystępujący złożył wyjaśnienia, a także dowody.

Zamawiający pismem z 21 listopada 2023 r. skierował do Przystępującego kolejne wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w poniższym zakresie:

1)„Wykonawca wskazuje, że „łączny koszt miesięczny utrzymania zaplecza na które składają się podatki i opłaty lokalne, energia oraz ubezpieczenie wkalkulowany w cenę oferty wynosi 1.230 zł". Brak jest jednak informacji z czego faktycznie wyliczona została ww. kwota. Prosimy o uszczegółowienie oraz przedstawienie dowodów.
2)Przedstawienie dowodów na wyliczenia wskazane przez Wykonawcę odnośnie kosztów eksploatacji pojazdów, kosztów eksploatacji maszyn.
3)Doprecyzowanie kwestii wyliczenia wynagrodzenia kontrolera.
4)W załączonych wyjaśnieniach i dowodach, brak informacji o faktycznej wysokości wynagrodzenia pracowników, tym samym nie potwierdzają one, że wszyscy pracownicy otrzymują minimalne wynagrodzenie. Prosimy o wskazanie jednoznacznych dowodów potwierdzających powyższą kwestię.
5)Jako wysokość oszczędności związanych z wykonywaniem kilku kontraktów jednocześnie (koszt transportu i wykorzystaniem tych samych pojazdów do transportu pracowników) Wykonawca wskazał 25 %. Prosimy o wskazanie wyliczeń dotyczących powyższej oszczędności.
6)Wykonawca wskazuje średnie spalanie 0,1. Prosimy o sprecyzowanie czego dotyczy wskazana wartość i odniesienie do faktycznego spalania pojazdów."

Przystępujący pismem z 24 listopada 2023 r. odpowiedział na powyższe wezwanie i przedstawił dodatkowe dowody.

Pismem z 8 września 2023 r., Zamawiający zwrócił się w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do Przystępującego o podmiotowe środki dowodowe, w tym o wykaz sprzętu stanowiący załącznik nr 11 do SWZ.

Przystępujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postepowaniu, na wezwanie zamawiającego, złożył wykaz sprzętu (załącznik nr 11 do SWZ), z którego wynika, że na potwierdzenie spełniania warunku posiadania pojazdów o masie całkowitej nie przekraczającej 3,3 Mg (nośników mechanicznych, do których umieszczany będzie sprzęt, o którym mowa powyżej od b-d) wykazał, że dysponuje:

1) Ciągnik Solis 1420 kg x 1 szt

2) Ciągnik ISEKI TXG 237 1120 kg x 1 szt

3) Stiga Park 285 x 2 szt

4) Volkswagen 3000 kg x 1 szt

5) Volkswagen 2350 kg x 1 szt

6) Volkswagen 2205 kg x 1 szt

Następnie Izba ustaliła, że ww. wykaz sprzętu był przedmiotem zarzutu sformułowanego przez Odwołującego w tej sprawie, we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym, rozstrzygniętym wyrokiem Izby z 30 października 2023 r., sygn. akt KIO 3027/23.

Treść zarzutu sformułowanego w odwołaniu z 11 października 2023 r. była następująca: *„art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5), 7), 8) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUC podlegającego wykluczeniu z tego powodu, że wprowadził od w błąd zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit a SWZ, a z ostrożności także - pomimo wypełnienia czynów nierzetelnego wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP,”*, ponadto został też sformułowany zarzut naruszenia: *„art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PUC do złożenia wykazu sprzętu spełniającego warunek określony w Rozdział VIII pkt 1 ppkt 2) lit a) SWZ, gdyż pojazdy Volkswagen, przedstawione w wykazie usług (pkt 4-6 wykazu w wierszu pierwszym) składanym na wezwanie zamawiającego z art. 126 ust. 1 PZP nie spełniają warunku udziału w postępowaniu”.*

Odwołujący przedstawił w odwołaniu z 11 października, w zakresie ww zarzutów następującego uzasadnienie faktyczne: *„Odwołujący uważa, że pojazdy wymienione od pkt 4-6 tj. Volkswageny nie są nośnikami mechanicznymi, do których można podłączyć sprzęt taki jak pług, szczotkę obrotową mechaniczną lub posypywarkę. Wskazane Volkswageny to busy/vany, które nie służą do odśnieżania. Wobec powyższych okoliczności Odwołujący w pierwszej kolejności uważa, że wskazując w wykazie sprzętu 3 pojazdy Volkswagen, jako pojazdy do których da się podłączyć sprzęt taki jak pług, szczotka obrotowa lub posypywarka, wykonawca dopuścił się zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa czym wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (za co podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP w związku z Rozdział VII pkt 4 SWZ, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia).*

Ostrożności Odwołujący wskazuje zarzut ewentualny w postaci niespełniania przez Wykonawcę PUC warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego sprzętu, o którym mowa w Rozdziale VIII SWZ, a zaniechaniem zamawiającego było zaniechanie wezwania wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do złożenia wykazu sprzętu spełniającego warunki udziału w postępowaniu bądź przynajmniej wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia wątpliwości (na podstawie art. 128 ust. 4 PZP) czy pojazdy Volkswagen wymienione w wykazie sprzętu maja możliwość umieszczenia pługu lemieszowego, szczotki obrotowej oraz posypywarki mechanicznej.”

W związku z powyższą okolicznością, skład orzekający w przedmiotowej sprawie miał na uwadze, że Izba w sprawie o sygn. akt KIO 3027/23 uznała powyższe zarzuty za niezasadne. Izba wskazała:*„Okoliczność, że zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania samochodów dostawczych jako nośników mechanicznych wynikała z treści odpowiedzi na pytanie 2 z dnia 29 sierpnia 2023 roku. Odwołujący nie wykazał, że pojazdy należące do przystępującego nie mogą być doposażone w elementy, dzięki którym będą stanowić nośniki dla urządzeń niezbędnych do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia. Podkreślić należy, że to na odwołującym, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p., ciążył obowiązek wskazania dowodu dla faktu, z którego wywodził on skutki prawne. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że pojazdy wykazane przez przystępującego w wykazie sprzętu nie mogą w okresie zimowym być dostosowane do wymogów wskazanych w SWZ. Tym samym zarzut dotyczący wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także podniesiony z ostrożności zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy PUC do złożenia wykazu sprzętu spełniającego warunek określony w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ należy uznać za nieuzasadnione.”*

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego podlegającego wykluczeniu ze względu na wypełnienie czynów nierzetelnego wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, Izba uznała ten zarzut na nieuzasadniony. Izba wskazała, że Odwołujący uzasadniał wskazany zarzut przede wszystkim okolicznością, iż zamawiający nie przekazał mu treści pisma z dnia 19 września 2023 roku, w którym – jak zakładał – przystępujący zawarł informacje dotyczące dokonanego przez niego *self-cleaningu*. Odwołujący podniósł wówczas także, że przystępujący nie dokonał skutecznego samooczyszczenia i powinien zostać wykluczony z postępowania, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w związku z rozdziałem VII pkt 4 SWZ, ale także na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w związku z rozdziałem VII pkt 3 SWZ, art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. w związku z rozdziałem VII pkt 2 SWZ.

Izba wskazała, że zarzut należy uznać za przedwczesny, a – tym samym – podlegający oddaleniu. W związku z tym, że Izba uwzględniła zarzuty odwołania dotyczące nieuprawnionego utajnienia przez zamawiającego treści pisma z dnia 19 września 2023 roku i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ujawnienie przedmiotowego pisma, Izba wskazała także, że odwołujący będzie uprawniony do ewentualnego podniesienia zarzutów w tym zakresie po otrzymaniu pisma z dnia 19 września 2023 roku.

Wobec powyższego ustalenia, skład orzekający w tej sprawie uznał, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, wskazany w pkt 3 lit. a *petitum* odwołania podlega rozpoznaniu. Izba tym samym nie podzieliła argumentacji wskazanej przez Przystępującego w zgłoszonym podczas posiedzenia wniosku o odrzucenie tej części odwołania, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający otrzymał od Odwołującego z 24 listopada 2023 r. wraz z opinią rzeczoznawcy. W piśmie tym Odwołujący wskazał: *„W załączeniu przesyłamy opinię techniczną rzeczoznawcy motoryzacyjnego, z której wynika brak możliwości podłączenia sprzętów jakich jak pług, zamiatarka i posypywarka do pojazdów marki Volkswagen podanych w wykazie usług przez wykonawcę P.M.. Nieprawdziwe i wprowadzające w błąd były dotychczasowe twierdzenia tego Wykonawcy a dodatkowo Wykonawca ten złożył przed KIO na rozprawie w dniu 26.10.2023r. niezgodne z prawdą oświadczenie, że sprzęty te można podłączyć do w/w pojazdów. Działania Wykonawcy są ukierunkowane na wprowadzenie w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia. Z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 30.10.2023r. wynika, że zarzut Koma Białystok Sp. o.o. został oddalony z powodu braku dowodów na to, że do pojazdów marki Volkswagen wymienionych w wykazie usług nie da się podłączyć w/w urządzeń. W żadnym razie Izba nie potwierdziła, że pojazdy wymienione w wykazie spełniają warunek udziału w postępowaniu. W świetle nowych dowodów (załączonej opinii) i argumentacji Zamawiający powinien jeszcze raz, w ramach dokonywanej ponownej oceny ofert przeanalizować ofertę P.M. w kontekście podnoszonej przez Koma przesłanki wykluczenia z art. 109 ust1 pkt 8 Pzp.”*

Zamawiający zwrócił się do Przystępującego pismem z 28 listopada 2023 r., wskazując, że w związku z ww. pismem Odwołującego i opinią wskazującymi, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 SWZ, Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu sprzętu (załącznik nr 11 do SWZ). Zamawiający wskazał, że zgodnie z otrzymanymi od Odwołującego informacjami, sprzęt, który nie spełnia warunku z uwagi na brak możliwości podłączenia sprzętów w postaci pługu, zamiatarki mechanicznej i posypywarki mechanicznej.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Przystępujący pismem z 1 grudnia 2023 r. przedstawił swoje stanowisko a ponadto uzupełnił poprawiony wykaz sprzętu wskazując w pkt 1 ilość szt. 6 Pojazdy nieprzekraczające 3,3 Mg (nośnik mechaniczny, do którego umieszczany będzie sprzęt o którym mowa w pkt 2, 3 i 4) zgodnie z SWZ:

1)Ciagnik Solis 1420kg x 1 szt
2)Ciągnik ISEKI TXG 237 1120kg x 1 szt
3)Stiga Park 285kg x 1 szt
4)Stiga Park 285kg x 1 szt
5)Stiga Park 285kg x 1 szt
6)Ciągnik Farmtrac 1800 kg x 1 szt

Pismem z 4 grudnia 2023 r., Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

Odwołujący pismem z 7 grudnia 2023 r. zwrócił Zamawiającemu uwagę, że *„Wykonawca P.M. wskazał w nowym wykazie sprzętu, że dysponuje pojazdem ciągnik Farmtrac 1800 kg x 1 szt. Wykaz ten co prawda powinien być aktualny na dzień złożenia, jednakże z istoty warunku udziału w postępowaniu wynika, że powinien on być spełniony na dzień składania ofert. Wy-kazany przez PUC pojazd posiada nr rej NO125AV a jak wynika z doświadczeń spółki z naszej grupy kapitało-wej pojazdy rejestrowane w Wydziale Komunikacji w Olsztynie, które mają nadawane numery z końcowymi literami AW czy AV rejestrowane były w okolicach listopada 2023r. Wskazuje na to fakt, że np. rejestrowany przez nas 24.10.2023r. pojazd Mitsubishi Fuso miał już końcówkę numeru AU a rejestrowany 7.11.2023r. pojazd KIA końcówkę numeru AV (w załączeniu kopie dowodów rejestracyjnych). Oznacza to zatem, że po-jazd wykonawcy PUC został zarejestrowany najpewniej na przełomie listopada i grudnia 2023r. Wychodząc z założenia, że Wykonawca PUC zarejestrował go tak jak przewidują przepisy w ciągu 30 dni od jego nabycia, jeśli zatem PUC dochował tego obowiązku to wysoce prawdopodobne jest, że nabył go najwcześniej w paź-dzierniku 2023r., czyli po terminie składania ofert. Okoliczności powyższe wymagają jednoznacznego po-twierdzenia, a jest to możliwe poprzez zwrócenie się do Wydziału Komunikacji Urzędu Miasta w Olsztynie o przesłanie informacji o dacie nabycia pojazdu przez M.J. (który to dokument jest podstawą rejestracji pojazdu).”*

Zamawiający pismem z 8 grudnia 2023 r. zwrócił się do Wydział Spraw Obywatelskich
Urzędu Miasta Olsztyna, Referatu Rejestracji Pojazdów, z prośbą o przesłanie informacji o dacie nabycia przez Panią M.J. pojazdu: ciągnik Farmtrac o nr rejestracyjnym: NO 125AV. Zamawiający wskazał, że powyższa informacja jest

niezbędna do oceny spełnienia warunku udziału w postepowaniu przez Wykonawcę PUC M.J. we wskazanym postępowaniu.
W odpowiedzi na powyższe pismo, Zamawiający został poinformowany o tym, że do procesu rejestracji ww. pojazdu przedstawiono fakturę z 9 listopada 2023 r.
Zamawiający, w związku z otrzymaniem ww. informacji, wezwał Przystępującego pismem z 12 grudnia 2023 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnienia wykazu sprzętu z 1 grudnia 2023 r., wskazując, że wobec okoliczności, że faktura na podstawie której dokonano rejestracji ma datę 9 listopada 2023 r., może to sugerować, ze w dniu składania ofert, tj. 4 września 2023 r. Przystępujący nie dysponował pojazdem ciągnik Farmtrack nr rej NO 125AV.
Pismem z 14 grudnia 2023 r. Przystępujący wyjaśnił, że dysponuje spornym pojazdem od 1 września 2023 r., kiedy to zakupił ten pojazd i tego samego dnia pojazd został mu wydany. Wobec powyższego już w tej dacie stał się właścicielem tego pojazdu, na tę okoliczność przedstawił Zamawiającemu oświadczenie sprzedawcy. Wyjaśnił też, że faktura ProForma została wystawiona 1 września 2023 r. (Przystępujący załączył tą fakturę do pisma) ale z uwagi na odroczenie płatności do 25 listopada 2023 r., faktura została wystawiona 9 listopada 2023 r.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzutów odwołania.
art. 16
Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.
art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8
1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (…)
5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;(…)
7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, 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, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
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;(…)
art. 110 ust. 2
2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:
1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
b) zreorganizował personel,
c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.
art. 128 ust. 4
4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.
art. 224 ust. 1 i ust. 6

1. 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. (…)
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.(…)
art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a i pkt 8
1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)
2) została złożona przez wykonawcę:
a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub (…)
8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (…)

W ocenie Izby odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PUC, mimo że wykonawca nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi udowodnienia, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w szczególności złożył wyjaśnienia nieprzekonujące, nieuwzględniające wszystkich istotnych wymaganych do poniesienia kosztów związanych z realizacją zamówienia;
Jak wynika z treści uzasadnienia zarzutu, Odwołujący stoi na stanowisku, że tylko wyjaśnienia udzielone pismem z 13 listopada 2023 r. powinny podlegać ocenie w zakresie tego, czy Przystępujący wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W ocenie Odwołującego, Przystępujący udzielając tych wyjaśnień nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, ponieważ wyjaśnienia z 13 listopada 2023 r. nie są w ocenie Odwołującego wystarczająco szczegółowe i kompletne i tym samym nie potwierdzają że cena Przystępującego nie jest rażąco niska.
Odwołujący odniósł się do następujących poszczególnych części pisma Przystępującego z 13 listopada 2023 r.:

1.Zatrudnienie pracowników (pkt 21 ppkt 1) uzasadnienia odwołania, str.7) .

Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie wykazał w jego ocenie, że zatrudnia do realizacji zamówienia pracowników na umowę o pracę na co najmniej minimalne wynagrodzenie. Odwołujący poniósł, że złożone przez Przystępującego dowody w postaci kopii 3 umów o pracę wraz z 3 dowodami na zmianę warunków umowy o pracę nie może stanowić o wykazaniu zasadności tego elementu ceny, gdyż dane dotyczące wysokości wynagrodzenia zostały zamazane, a ponadto umowy dotyczą tylko 6 osób spośród 18 zadeklarowanych w wyjaśnieniach do realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że w wezwaniu Zamawiający wymagał dowodów wskazujących wynagrodzenie.

2.Rozłożenie kosztów na 3 zamówienia świadczone na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że jedna z tych umów, tj. na oczyszczanie pasa drogowego, kończy się z końcem 2023 r., a sama okoliczność, że prowadzi on z Zamawiającym negocjacje w celu zawarcia nowej umowy nie może być, zdaniem Odwołującego, podstawą do czynienia takich założeń. Ponadto, zdaniem Odwołującego nie będzie możliwości rotacyjnego wykorzystywania pracowników, bo Zamawiający nie zleca takich prac w okresie zimowym, zatem przez 6 miesięcy Przystępujący będzie musiał ponosić koszty pracownicze.

3.Założenia do kalkulacji.

Odwołujący podważył zasadność przyjętych przez Przystępującego założeń do kalkulacji kosztów pracowniczych. W ocenie Odwołującego powinny to być koszty stałe, a nie z rozbiciem na jedno zlecenie realizowane na rzecz zamawiającego. Odwołujący zaprezentował swoje wyliczenia w tym zakresie zmierzając do wykazania, że koszty przerosłyby wówczas cenę oferty Przystępującego.

4.Zaniechanie uwzględnienia przez Przystępującego kosztu dowiezienia pracowników do miejsca świadczenia usługi, transportu urządzeń z bazy do miejsc świadczenia usługi, kosztu dowiezienia piasku, kosztu paliwa, amortyzacji i innych.

5.Braki w wyjaśnieniach z 13 listopada 2023 r., zauważone przez Zamawiającego w piśmie z 21 listopada 2023 r. zawierającego trzecie wezwanie do wyjaśnienia ceny.

Odnosząc się do powyższej argumentacji, mając na uwadze stanowisko Przystępującego wyrażone podczas rozprawy, a także uwzględniając treść dokumentów zamówienia, Izba doszła do przekonania, że zarzut zasługuje na uwzględnienie w części.

W zakresie argumentacji Odwołującego wskazanej w pkt 21 ppkt 1 str. 7 uzasadnienia odwołania, odnoszącej się do kwestii zatrudnienia pracowników, stanowisko Odwołującego jest słuszne, co skutkowało uwzględnieniem tego

zakresu odwołania. Zauważyć należy, że w wyroku z 30 października 2023 r., sygn. akt KIO 3027/23 Izba oceniła, że samo oświadczenie co do zatrudniania personelu na umowy o pracę na minimalne wynagrodzenie za pracę nie jest wystarczające dla wykazania tej okoliczności, w stanie tej sprawy. Zamawiający pismem z 8 listopada 2023 r. w pkt 5 wezwania wskazał, że wzywa Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym dowodów w zakresie *„ponoszonych kosztów osobowych, w tym ilość pracowników na czas realizacji umowy wraz z dowodami wskazującymi wynagrodzenie oraz łączne koszty ponoszone przez wykonawcę, w tym także koszty np. kontrolera jakości"*. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przedstawił 3 umowy o pracę, jednak informacja o wysokości wynagrodzenia nie została ujawniona. Słusznie wskazał Przystępujący że w wezwaniu tym Zamawiający nie domagał się dowodów dla wszystkich osób jakie Przystępujący zaplanował do realizacji zamówienia jednak niewątpliwie Zamawiający wymagał dowodu potwierdzającego kwoty na jakie Przystępujący zatrudnia pracowników, a Przystępujący w odpowiedzi przedstawił umowy, z których te dane nie wynikają gdyż zostały zmazane. Tym samym słusznie Odwołujący wskazał, że takie dowody nie wpisują się w treść wezwania.

Jak stanowi przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zdaniem Izby okoliczności przedmiotowej sprawy wpisują się w dyspozycję powyższej regulacji prawnej, ponieważ Zamawiający wprost wezwaniem z 8 listopada 2023 r wezwał Przystępującego do przedstawienia dowodów wskazujących wynagrodzenie, a przedstawione przez Przystępującego umowy o pracę nie wskazywały tej informacji, ponieważ została ona w ich treści zamazana.

Co do założenia, zgodnie z którym Przystępujący rozłożył koszty stałe w postaci utrzymania zaplecza techniczna – organizacyjnego na 3 umowy realizowane na rzecz Zamawiającego, Izba miała na uwadze, że przede wszystkim Odwołujący podważył zasadność takiego założenia opierając się na okoliczności, że jedna z umów kończyła się pod koniec 2023 r. Odwołujący kwestionował zasadność założenia, że w związku z prowadzonymi negocjacjami, Przystępujący mógł założyć, że rozłoży koszty stałe na 3 umowy realizowane na rzecz Zamawiającego.

Oceniając wyjaśnienia złożone przez Przystępującego pismem z 13 listopada 2023 r., Izba nie mogła pominąć dowodu przedstawionego przez Przystępującego podczas rozprawy tj. umowy nr UO.252.3.2023. Przystępujący oświadczył, że jest to umowa, zawarta w wyniku wygranych negocjacji, o których pisał w wyjaśnieniach z 13 listopada 2023 r. Z §1 ust. 2 tej umowy wynika, że jej przedmiotem jest usługa pn. *„Oczyszczanie terenu pasa drogowego Rejonu 1 zamówienie podobne"*. Termin realizacji tej umowy został określony na 29 grudnia 2023 r. do 31 maja 2024 r. Umowa została zawarta w – jak wynika z jej treści – formie elektronicznej - z Gminą Olsztyn – Zarządem Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie, reprezentowaną przez Dyrektora. W świetle tego dowodu, w ocenie Izby założenie o pozyskaniu tej umowy i rozbiciu kosztów na 3 umowy, choć jest założeniem śmiałym, nie można uznać w okolicznościach tej sprawy aby było założeniem bezpodstawnym. Izba dostrzegła też, że sam Zamawiający nie miał wątpliwości co do tego zakresu wyjaśnień, o czym świadczy pośrednio fakt, że nie kwestionował tego założenia (nawet w chociażby kolejnym, trzecim wezwaniu). Izba uznała, że strony prowadzonych negocjacji, tj. Przystępujący i Zamawiający, jako zainteresowani ich wynikiem i zorientowani w ich przebiegu przez sam fakt udziału, byli w stanie ocenić realność i zasadność poczynionego założenia. Mając na uwadze natomiast termin realizacji umowy, Izba uznała twierdzenie Odwołującego jakoby Zamawiający nie zlecał prac związanych z oczyszczaniem pasa drogowego w okresie zimowym za gołosłowne.

W zakresie argumentacji wskazanej w pkt 21 pkt 3 uzasadnienia odwołania Izba uznała, że nie zasługuje ona na uwzględnienie. Wobec wykazania przez Przystępującego, że jego założenie co do rozbicia kosztów realizacji świadczenia na 3 umowy realizowane dla Zamawiającego było uprawnione w okolicznościach tej sprawy, a także wobec zaniechania wykazania, że takie założenie nie było możliwe do przyjęcia w świetle brzmienia dokumentów zamówienia, Izba uznała, że te twierdzenia nie zasługują na uwzględnienie.

Co do argumentacji wskazanej w pkt 21 pkt 4 w ocenie Izby zarzut jest niezasadny, ponieważ jak wynika z treści tabeli zawierającej wyliczenia, załączonej do wyjaśnień z 13 listopada 2023 r. Przystępujący wskazał, że kalkulacja *„uwzględnia dojazd na miejsce i powrót, załadunek piasku oraz powierzchnię do odśnieżenia/posypania"* a Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się merytorycznie do tej okoliczności.

Ad zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 i ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez kolejne (trzecie) wezwanie wykonawcy PUC do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy niekompletne i nie w pełni potwierdzone dowodami wyjaśnienia wykonawcy PUC z dnia 13.11.2023 r. powinny skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy PUC bez wzywania do dalszych wyjaśnień;

W ocenie Odwołującego wezwanie z 21 listopada 2023 r. było bezpodstawne, ponieważ już na podstawie wyjaśnień z 13 listopada 2023 r Zamawiający powinien był uznać, że Przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Z powyższym należy się zgodzić. Jak wskazano wyżej, Przystępujący mimo wyraźnego wezwania do złożenia dowodów wskazującymi wynagrodzenie przedstawił umowy o pracę, z których nie wynika wysokość

wynagrodzenia, za które Przystępujący zatrudnia pracowników, okoliczność ta powinna skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego, a nie kierowaniem do niego kolejnego wezwania.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUC podlegającego wykluczeniu z tego powodu, że składając wykaz sprzętu, przy piśmie Wykonawcy PUC, stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 09.09.2023 r. i wskazując w wykazie sprzętu 3 pojazdy Volkswagen, jako pojazdy do których da się podłączyć sprzęt taki jak pług, szczotka obrotowa lub posypywarka, wykonawca dopuścił się zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa czym wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (za co podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z Rozdział VII pkt 4 SWZ,

W ocenie Izby zarzut zasługuje na oddalenie, jednak wobec złożenia przez Przystępującego wniosku o odrzucenie tego zakresu odwołania, Izba w pierwszej kolejności, odnosząc się do treści tego wniosku, wskaże przyczyny, dla których nie znalazła podstaw do jego uwzględnienia.

Na podstawie akt sprawy o sygn. akt KIO 3027/23, Izba ustaliła, że w odwołaniu z 11 października 2023 r., Odwołujący sformułował następujący zarzut naruszenia: *„art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5), 7), 8) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUC podlegającego wykluczeniu z tego powodu, że wprowadził od w błąd zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit a SWZ, a z ostrożności także - pomimo wypełnienia czynów nierzetelnego wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP,”*, w uzasadnieniu Odwołujący wskazał na treść warunku udziału w postępowaniu co do dysponowania sprzętem, a następnie argumentował, że:

„Wykonawca PUC na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postepowaniu, na wezwanie Zamawiającego, złożył wykaz sprzętu (załącznik nr 11 do SWZ), z którego wynika, że na potwierdzenie spełniania warunku posiadania pojazdów o masie całkowitej nie przekraczającej 3,3 Mg (nośników mechanicznych, do których umieszczany będzie sprzęt, o którym mowa powyżej od b-d) wykazał, że dysponuje:

1) Ciągnik Solis 1420 kg x 1 szt

2) Ciągnik ISEKI TXG 237 1120 kg x 1 szt

3) Stiga Park 285 x 2 szt

4) Volkswagen 3000 kg x 1 szt

5) Volkswagen 2350 kg x 1 szt

6) Volkswagen 2205 kg x 1 szt

Odwołujący uważa, że pojazdy wymienione od pkt 4-6 tj. Volkswageny nie są nośnikami mechanicznymi, do których można podłączyć sprzęt taki jak pług, szczotkę obrotową mechaniczną lub posypywarkę. Wskazane Volkswageny to busy/vany, które nie służą do odśnieżania. Wobec powyższych okoliczności Odwołujący w pierwszej kolejności uważa, że wskazując w wykazie sprzętu 3 pojazdy Volkswagen, jako pojazdy do których da się podłączyć sprzęt taki jak pług, szczotka obrotowa lub posypywarka, wykonawca dopuścił się zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa czym wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (za co podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP w związku z Rozdział VII pkt 4 SWZ, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia).”.

W tej sprawie odwoławczej, Odwołujący również na potrzeby omawianego zarzutu podniósł, że jego zdaniem *„pojazdy wymienione od pkt 4-6 tj. Volkswageny nie są nośnikami mechanicznymi, do których można podłączyć sprzęt taki jak pług, szczotkę obrotową mechaniczną lub posypywarkę. Wskazane Volkswageny to busy/vany, które nie służą do odśnieżania.”*, ponadto Odwołujący argumentował, że: *„Odwołujący złożył Zamawiającemu przy piśmie z dnia 24.11.2023 r. opinię prywatną, z której jednoznacznie wynika, że co najmniej dwa pojazdy Volkswagen nie są przystosowane aby podłączyć do nich w/w sprzęt. Zamawiający wydaje się potwierdził zasadność konkluzji zawartej w tej opinii jednakże uznał, że wykonawca zasługuje na poprawienie wykazu sprzętu na podstawie art. 128 ust. 1 PZP i wystosował do niego stosowne wezwanie pismem z dnia 28.11.2023 r., zamiast uznać, że wykonawca PUC celowo lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postepowaniu, czym wypełnił znamiona przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. W/w fakultatywna przesłanka wykluczenia została także wskazana w SWZ w Rozdziale VII pkt 4. Zamawiający dopuścił się naruszenia w/w przepisów w skutek zaniechania wykluczenia wykonawcy z w/w przyczyn(…)”*

Podczas rozprawy Przystępujący złożył wniosek o odrzucenie tego zakresu odwołania argumentując, że zarzut ten był już przedmiotem rozpoznania przez Izbę, która uznała zarzut za niewykazany i w konsekwencji oddaliła ten zarzut.

Zdaniem Przystępującego zarzut mógł zostać podniesiony przy odwołaniu z 11 października 2023 r., a okoliczność, że po rozpoznaniu sprawy Odwołujący pozyskał dowód, którego nie miał na czas rozpoznania sprawy KIO 3027/23 nie może stanowić o przywróceniu terminu na ponowne wniesienie omawianego zarzutu.

Izba mając na uwadze powyższe, doszła do przekonania, że w tym zakresie odwołanie, w okolicznościach tej sprawy nie podlega odrzuceniu. Jak wynika z treści art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Natomiast z pkt 4 wynika, że postawą odrzucenia odwołania jest też stwierdzenie iż odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Izba uznała, że nie zachodzi przesłanka odrzucenia wskazana w art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący w treści zarzutu argumentował, że zarzut ten wynika z okoliczności, iż w reakcji na jego pismo z 24 listopada 2023 r. i złożoną wraz z tym pismem opinią prywatną, Zamawiający uznał, że kwestionowany sprzęt nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a następnie wezwał Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu sprzętu, zamiast zastosować dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zatem, w ocenie Izby zarzut nie jest tożsamy z tym zarzutem, który był przedmiotem odwołania z 11 października 2023 r., ponieważ wynika z innych okoliczności, tj. z podjęcia przez Zamawiającego – mimo rozstrzygnięcia przez Izbę tego zarzutu w wyroku z 30 października 2023 r. – nowych czynności i zaniechania w związku z tym czynności objętej rozpoznawanym zarzutem.

W ocenie Izby zarzut podlegał oddaleniu. Oceniając zaniechanie przez Zamawiającegoczynności objętej rozpoznawanym zarzutem, w ocenie Izby nie doszło do naruszenia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że ziściły się przesłanki opisane w ww. normie prawnej. Po pierwsze, uzasadnienie wskazane w treści odwołania jest szczątkowe. Zdaniem Izby Odwołujący w treści zarzutu sugeruje, że ocena Zamawiającego iż warunek nie został spełniony powinna zdaniem Odwołującego automatycznie prowadzić do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Tymczasem wskazać należy, że w celu zastosowania tego przepisu muszą być spełnione wskazane w jego treści przesłanki, a Odwołujący w treści odwołania nie dążył do wykazania, że Przystępującemu można przypisać zamiar lub rażące niedbalstwo, a także że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Izba miała na uwadze okoliczności w jakich doszło do wezwania Przystępującego przez Zamawiającego do przedstawienia nowego wykazu. Zamawiający sugerował się przy podjęciu tej czynności treścią przedstawionej przez Odwołującego opinii 23 listopada 2023 r. Choć w zakresie rozpoznania w tej sprawie przez Izbę nie mieści się ocena podjętej przez Zamawiającego czynności wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu narzędzi w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, to nie sposób przy ocenie rozpoznawanego zarzutu pominąć treść opinii z 23 listopada 2023 r. Opinia ta została wydana na podstawie przedstawionego przez Odwołującego materiału fotograficznego. Z treści opinii wynika wprost, że pewne informacje na temat opiniowanych pojazdów znajdujących się na fotografiach wymagały założeń autora, stąd też zdaniem Izby opinia ta nie może stanowić o tym że przedstawienie w wykazie narzędzi spornych pojazdów z całą pewnością wypełnia przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W tym miejscu Izba wskazuje, że dowód z opinii przedstawionej przez Przystępującego nie odegrał znaczenia dla rozpoznania omawianego zarzutu, [ponieważ to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania zasadności zarzutu.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUC podlegającego wykluczeniu z tego powodu, że składając wykaz sprzętu, przy piśmie z dnia 1 grudnia 2023 r. wprowadził w błąd zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit a SWZ przez wskazanie w tym wykazie pojazdu, którym wykonawca nie dysponował na dzień składania ofert,

Zarzut podlegał oddaleniu z następujących powodów. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentował:*„(…) Podobnie jak powyżej zdaniem Odwołującego, wypełnia znamiona w/w przesłanki wykluczenia, wskazanie przez wykonawcę PUC w nowym wykazie sprzętu z dnia 1 grudnia 2023 r. pojazdu kupionego zaledwie tydzień przed złożeniem wykazu, a jednocześnie ponad 2 miesiące po terminie składania ofert, o czym także poniżej. Podsumować należy, że każda z w/w czynności z osobna (złożenie pierwszego wykazu z pojazdami, do których nie można podłączyć sprzętów wymaganych przez zamawiającego oraz złożenie drugiego wykazu z pojazdem zakupiony 2 miesiące po terminie składania ofert) ale także obie łącznie wskazują na celowy zamiar odwołującego wprowadzenia w błąd zamawiającego co do posiadania niezbędnego zaplecza technicznego wymaganego w SWZ."*

Wobec oddalenia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niespełnienia warunku udziału w

postępowaniu (zarzut wskazany w treści uzasadnienia odwołania pkt V str. 10 i 11), o czym szerzej mowa poniżej w uzasadnieniu orzeczenia, w konsekwencji również przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu. W ocenie Izby Przystępujący wykazał, że nabycie własności pojazdu nastąpiło 1 września 2023 r wraz z przeniesieniem posiadania spornego pojazdu. Nawet jeśli uznać, że Przystępujący stał się właścicielem podjazdu w dacie wynikającej z wydruku CEPiK, tj. 9 listopada 2023 r. to należy zauważyć, że własność nie jest jedyną podstawą dysponowania rzeczą na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast Odwołujący nie kwestionował w treści zarzutu daty przeniesienia posiadania. Zatem nawet jeśli uznać, że wraz z przeniesieniem posiadania spornego pojazdu Przystępujący nie stał się właścicielem, to ewentualne uchybienie mogłoby polegać na oświadczeniu w wykazie sprzętu, że postawą dysponowania nie jest prawo własności lecz przeniesienie posiadania. Jednak Izba nie doparzyła się aby tego rodzaju uchybienie mogło mieć wpływ na decyzję zamawiającego.

Ad zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu (zarzut wskazany w treści uzasadnienia odwołania pkt V str. 10 i 11)

Zarzut podlegał oddaleniu z następujących powodów. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie doświadczenie życiowe podpowiada, że argumentacja zaprezentowana przez Przystępującego Zamawiającemu, tj. powołanie się na oświadczenie sprzedawcy i fakturę proforma, to *„fikcyjna argumentacja przedstawiona jedynie przygotowana na obronę przed odrzuceniem oferty wykonawcy”*.

W ocenie Izby taka argumentacja nie może przesądzić o uwzględnieniu zarzutu odwołania. Izba miała na uwadze stanowisko zaprezentowane przez Przystępującego podczas rozprawy, który argumentował, że w odpowiedzi na pismo z 12 grudnia 2023 r. przestawił Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z oświadczeniem sprzedawcy i fakturą proforma, z których wynika, że zakupił pojazd 1 września 2023 r, zatem 3 dni przed terminem otwarcia ofert. Tego samego dnia pojazd został mu wydany i od tego momentu nieprzerwanie znajduje się on w jego posiadaniu. Przystępujący wyjaśnił też, że termin płatności został odroczony do 25 listopada 2023 r. Załączone do wyjaśnień oświadczenie sprzedawcy z 14 grudnia 2023 r. potwierdza, że 1 września 2023 r. sporny pojazd został Przystępującemu wydany, a także wynika z niego że płatność została odroczona. Okoliczność ta wynika też z przedstawionej przy piśmie faktury proforma nr 5/2023/PRO z 1 września 2023 r., w treści której jako formę płatności wskazano przelew oraz termin płatności na 85 dni (2023-11-25). Ponadto w treści tej faktury wskazano: *„Data wykonania usługi lub dostarczenia towaru: 2023-09-01”*.

Jak stanowi art. 155 kodeksu cywilnego § 1. Umowa sprzedaży, zamiany, darowizny, przekazania nieruchomości lub inna umowa zobowiązująca do przeniesienia własności rzeczy co do tożsamości oznaczonej przenosi własność na nabywcę, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej albo że strony inaczej postanowiły.

§ 2. Jeżeli przedmiotem umowy zobowiązującej do przeniesienia własności są rzeczy oznaczone tylko co do gatunku, do przeniesienia własności potrzebne jest przeniesienie posiadania rzeczy. To samo dotyczy wypadku, gdy przedmiotem umowy zobowiązującej do przeniesienia własności są rzeczy przyszłe.

Jak wynika natomiast z treści art. 535 kodeksu cywilnego przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę.

W ocenie Izby z przedstawionych przez Przystępującego Zamawiającemu przy piśmie z 14 grudnia 2023 r. ww. dowodów wynika, że sprzedawca spełnił swoje świadczenie 1 września 2023 r. Wobec braku dowodu przeciwnego ze strony Odwołującego, podważającego powyższe oświadczenie i fakturę proforma, Izba przyjęła, że wraz z wydaniem rzeczy nastąpiło przeniesienie własności spornego pojazdu na Przystępującego. Natomiast data 9 listopada 2023 r. na którą powołuje się Odwołujący, wynikająca z przedstawionych dowodów w postaci karty usługi i wydruku z CEPiK jest zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy datą spełnienia przez Przystępującego swojego świadczenia wynikającego z zawartej umowy sprzedaży, tj. zapłaty ceny.

Wobec powyższego zarzut zasługiwał na oddalenie.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) ustawy Pzp w związku z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUC podlegającego wykluczeniu jako *„nierzetelnemu wykonawcy”* z tego powodu, że Zamawiający ZDZiT w licznych umowach zawieranych z Wykonawcą PUC w latach 2018 do chwili obecnej nakładał kary umowy w stosunku do tego wykonawcy, zlecał wykonanie zastępcze i odstępował od umowy z tym wykonawcą, czym wypełnił znamiona przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp,

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Zarzut jest lakoniczny, Odwołujący nie podjął żadnej polemiki z treścią pisma z 19 września 2023 r. Samo odwołanie się do treści tego pisma przy jednoczesnym zaniechaniu analizy jego treści i okoliczności faktycznych tam opisanych nie jest w ocenie Izby wystarczające dla wykazania spełnienia przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Jak wynika z treści ww. przepisów z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy

wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów, natomiast pkt 7 stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, 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, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Nie może więc być uznane za wystarczające wykazanie spełnienia przesłanek powyższych przesłanek, które skutkują zastosowaniem jednej z najdotkliwszych sankcji wobec wykonawcy, tj. sankcji wykluczenia, samo odesłanie do wyjaśnień z 19 września 2023 r. Innymi słowy wykazanie zaistnienia tych przesłanek powinno być przez Odwołującego wykazane.

Ad zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, wykonawcy PUC do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych w zakresie dysponowania sprzętem – ciągnik Farmtrac nr NO 125AV w dniu składania ofert.

Zarzut nie został rozwinięty w treści uzasadnienia odwołania, jednak Izba uznała, że treść zarzutu przedstawiona w *petitum* odwołania pozwala na jego merytoryczne rozpoznanie. Zarzut jest zasadny, ponieważ jak wynika z poczynionych przez Izbę ustaleń faktycznych Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie w trybie art. 123 ust. 4 ustawy Pzp pismem z 12 grudnia 2023 r. mimo, że wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce 4 grudnia 2023 r. Okoliczność ta została potwierdzona również przez Przystępującego, zatem jest między stronami bezsporna. Jednak jak stanowi art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Bez wątpienia czynność wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp jest czynnością, która jest elementem badania i ceny ofert. Zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o postępowaniu o udzielenie zamówienia - należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Skoro więc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest jako uporządkowany ciąg czynności, to niewątpliwie zamawiający, który kieruje wezwanie do wyjaśnienia podmiotowego środka dowodowego po wyborze oferty najkorzystniejszej, dopuszcza się naruszenia. Niemniej jednak, słusznie zauważył Przystępujący, że Odwołujący nie wykazał aby w okolicznościach tej sprawy stwierdzone naruszenie wypełniało przesłankę uwzględnienia odwołania, o której mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Koszty poniesione przez Odwołującego i Przystępującego zostały zniesione zgodnie z §7 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodnicząca:……..…