Sygn. akt: KIO 583/25

WYROK

Warszawa, dnia 5 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2025 r. przez wykonawcę **SPIE Stangl Technik sp. z o.o., ul. Gdyńska 25, 58-100 Świdnica,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **J.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J.T., ul. Gen. Józefa Hallera 18, 05-091 Ząbki,**

orzeka:

1.**oddala odwołanie**,

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

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 583/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i budowa oświetlenia przejść dla pieszych w podziale na 2 zadania: Zadanie nr 1: DK63 w miejscowości Gostchorz, Zadanie nr 2: DK2 w miejscowości Grzęzów", numer referencyjny: O/WA.D-3.2411.21.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 02.12.2024 r., nr 2024/BZP 00627003/01.

W dniu 17.02.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SPIE Stangl Technik sp. z o.o., ul. Gdyńska 25, 58-100 Świdnica (dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i art. 255 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez ich niezastosowanie i niedokonanie odrzucenia ofert wykonawców: CYPHER J.T. oraz TIOMAN GROUP sp. z o.o., pomimo że oferty tych wykonawców zawierały rażąco niską cenę Zamawiający niezasadnie przyjął jednak, że w swoich wyjaśnieniach wykonawcy wykazali, iż ich oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania unieważnienia postępowania z tego powodu tego, że spośród nieodrzuconych ofert oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty, tak jak miało to miejsce w przypadku Zadania nr 1,

2)art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 111 pkt 6 ustawy Pzp poprzez ich błędną subsumpcję i przyjęcie, że w niniejszej sprawie doszło do przedstawienia przez Odwołującego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, podczas gdy w rzeczywistości na dzień złożenia oświadczenia przez Odwołującego, Odwołujący nie podlegał wykluczeniu, gdyż decyzja o wykluczeniu w innym postępowaniu, które wskazał Zamawiający nie była i nadal nie jest prawomocna, gdyż Odwołujący skorzystał ze środków ochrony prawnej (odwołania do tut. Izby oraz skargi do Sądu Zamówień Publicznych, która to skarga do dnia sporządzenia niniejszego odwołania nie została rozpoznana), czego Zamawiający powinien mieć świadomość, ponadto nawet gdyby uznać, że doszło do jakiegokolwiek wprowadzenia w

błąd, to nie można przyjąć, by nastąpiło ono w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa oraz, by mogło mieć ono istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Powyższy błąd Zamawiającego w konsekwencji doprowadził do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp pomimo tego, że Odwołujący nie powinien podlegać wykluczeniu w niniejszym postępowaniu.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności:

a)wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,

b)odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp,

c)wyboru oferty wykonawcy CYPHER J.T. jako najkorzystniejszej,

2)odrzucenia ofert wykonawców CYPHER J.T. oraz TIOMAN GROUP sp. z o. o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż zawierają one rażąco niską cenę,

3)unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp ze względu na fakt, iż spośród nieodrzuconych ofert, oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty,

z ostrożności na wypadek, gdyby Izba uwzględniła zarzut nr 2 przy jednoczesnym nieuwzględnieniu zarzutu nr 1, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

4)unieważnienia czynności:

a)wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,

b)odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp,

c)wyboru oferty najkorzystniejszej,

5)dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przy uwzględnieniu braku wykluczenia Odwołującego.

Pismem z dnia 21.02.2024 r. wykonawca J.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J.T., ul. Gen. Józefa Hallera 18, 05-091 Ząbki (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 26.02.2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W dniu 28.02.2025 r. Przystępujący przedstawił swoją argumentację również wnosząc o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa oświetlenia przejść dla pieszych w podziale na 2 zadania. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy zadania nr 2, którego przedmiotem jest poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego na przejściach dla pieszych w województwie mazowieckim na DK2 w miejscowości Grzęzów.

Przedmiot zamówienia został opisany w Tomach II-IV specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ"), w tym w PFU.

W pkt 9.2. SWZ Zamawiający przewidział jako podstawę wykluczenia wykonawców m.in. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 31.12.2024 r. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zadania nr 2 kwotę 1.421.000,00 zł brutto (równą wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT). Złożono 14 ofert, w tym Przystępujący złożył ofertę z ceną 997.618,56 zł brutto (najtańsza), wykonawca TIOMAN GROUP sp. z o.o. (dalej „Tioman") – z ceną 1.252.303,59 zł brutto, a Odwołujący z ceną – 2.862.570,39 zł brutto (najdroższa).

W dniu 15.01.2025 r. Zamawiający wezwał, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, m.in. Przystępującego i wykonawcę Tioman, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cen ich ofert. W szczególności Zamawiający wezwał do złożenia „*wyjaśnień w zakresie szczegółowej wyceny następujących składowych ceny Oferty:*

1) Kosztów wykonania prac projektowych:

a)Wykonania dokumentacji projektowej zgodnie z warunkami PFU,

b)Uzyskania niezbędnych map do celów projektowych,

c)sporządzenia projektów: branży elektrycznej, branży inżynierii ruchu, w tym oznakowania poziomego, pionowego i urządzeń brd oraz projektów stałej i czasowej organizacji ruchu na czas robót związanych z wykonaniem zadania, projektów budowlanych oświetlenia przejść dla pieszych – część elektryczna i konstrukcyjna.

d)Uzyskania niezbędnych warunków, opinii, uzgodnień i zatwierdzenia projektów,

e)Wykonania zgłoszenia robót budowlanych lub uzyskania pozwolenia na budowę.

2) Kosztów wykonania prac drogowych takich jak:

a)wykonanie oświetlenia dedykowanego na przejściu dla pieszych zgodnie z wytycznymi WR-D-41 oraz z warunkami PFU,

b)ustawienie lub wymiana znaku D-6 aktywnego nad jezdnią na wysięgniku,

c)uzupełnienie istniejącego oznakowania D-6 na wysięgnikach zasilanego panelami słonecznymi,

d)dostosowanie istniejącej infrastruktury oraz jej przebudowa na zasilanie "hybrydowe",
e)wykonanie stref przejściowych o różnych długościach,
f)wykonanie pasa ostrzegawczego dla niewidomych i niedowidzących,
g)przyłączenie w/w elementów do skrzynki energetycznej celem zapewnienia zasilania.
(…) Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu wyliczenia ceny Oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej ale także innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku".

W dniu 21.01.2025 r. Przystępujący i wykonawca Tioman złożyli wyjaśnienia (Zamawiający odtajnił część zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa).

W dniu 10.02.2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 oferty Przystępującego.

Ponadto Zamawiający poinformował o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego. Oferta została odrzucona na podstawie art. 226. ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 111 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał w szczególności:

„(…) W trakcie badania ofert Zamawiający wszedł w posiadanie informacji dotyczących następujących okoliczności:
1. Oferta Wykonawcy SPIE Stangl Technik sp. z o.o. została odrzucona w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi (dalej: Oddział GDDKiA w Łodzi) pn.: „Usługi bieżącego utrzymania konserwacji i napraw sygnalizacji świetlnych, znaków aktywnych i oświetlenia drogowego w ciągu dróg administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi z podziałem na 8 części" w zakresie części 6.
2. Oddział GDDKiA w Łodzi jako podstawę odrzucenia oferty SPIE Stangl Technik sp. z o.o., wskazał: na wezwanie Zamawiającego Wykonawca złożył „Wykaz osób", w którym wskazał osoby, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia. W wykazie tym do pełnienia funkcji „Konserwatora oświetlenia oraz pozostałej infrastruktury elektroenergetycznej – osoba pełniąca funkcję koordynatora kontraktu" wskazany został Pan Grzegorz (…), który jak podano w Wykazie wykonywał przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy w okresie od 09.10.2020 r. do 31.07.2023 r. funkcję, w zakresie której obowiązkiem było wykonywanie czynności polegających na bieżącym utrzymaniu i konserwacji, naprawach oświetlenia na drogach (…). Analiza przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów wskazywała, że Wykonawca składając pierwszy Wykaz osób (wezwanie na podstawie art. 126.1 Pzp) podał nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia, (…)
3. Decyzja Oddziału GDDKiA w Łodzi, o której mowa w pkt 1, została wzruszona w toku procedury odwoławczej (Wykonawca SPIE Stangl Technik sp. z o.o. wniósł odwołanie do KIO – odwołanie zostało oddalone).
(…) Zestawienie oświadczenia SPIE Stangl Technik sp. z o.o. zamieszczonego w dokumencie wynikającym z art. 125 ust. 1 Ustawy Pzp ze stanem faktycznym i ustaleniami Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym przez Odział GDDKiA w Łodzi, jednoznacznie wskazuje na próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd w przedmiocie oceny przesłanek wykluczenia z postępowania.
Przedstawienie wprowadzających w błąd informacji było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa. Wykonawca winien zachować należytą staranność podczas przygotowywania oferty. Brak ujawnienia w sposób rzetelny i jasny wszystkich okoliczności związanych z wykluczeniem go z postępowania przez Oddział GDDKiA w Łodzi, należy uznać co najmniej jako brak staranności po stronie Wykonawcy, która jest wymagana od profesjonalnych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
(…) Jeżeli zatem Wykonawca od początku udziału w postępowaniu był świadomy tego, że podawane przez niego informacje dotyczące okoliczności wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp są informacjami niezgodnymi ze stanem faktycznym, działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako działalnie lekkomyślne. Jeżeli natomiast Wykonawca, podając w Oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu obiektywnie nieprawdziwe informacje polegające na zatajeniu przed Zamawiającym faktu wykluczenia w innym postępowaniu, nie zdawał sobie z tego sprawy, pozostając w nieuzasadnionym okolicznościami przekonaniu, że nie jest zobowiązany do podania okoliczności faktycznych dot. tego zadania, w konsekwencji czego wprowadził Zamawiającego w błąd, takie działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako niedbalstwo. (…)
Zamawiający również ustalił, że złożenie podmiotowych środków dowodowych przez SPIE Stangl Technik sp. z o.o. w przywołanym powyżej postępowaniu (prowadzonym przez Odział GDDKiA w Łodzi) nastąpiło w dniu 17.07.2024 r., i to ten dzień należy uznać jako początek okresu, o którym mowa w art. 111 pkt 6 ustawy Pzp. W tym dniu doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd prowadzącego postępowanie.
(…) W niniejszym postępowaniu Wykonawca nie skorzystał z instytucji samooczyszczenia zgodnie z art. 110 ust. 2 Ustawy Pzp., ani nie zaktualizował informacji w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania.
Składanie i otwarcie ofert w postępowaniu nastąpiło 31.12.2024 r., więc w tym dniu roczny okres wykluczenia nie minął. W

momencie składania oferty lub powzięcia i uprawomocnienia się informacji o wykluczeniu z postępowaniu Wykonawca posiadał wiedzę o istnieniu podstawy wykluczenia i dochowując należytej staranności winien zaistniałe okoliczności ocenić w kontekście granicy czasowej zakreślonej w art. 111 pkt 6) ustawy Pzp.
Dopiero analiza dokumentów i samodzielne ustalenia Zamawiającego doprowadziły do zbadania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych stanowiących podstawę wykluczenia SPIE Stangl Technik sp. z o.o. z innego postępowania oraz wyznaczenia początku i końca ram czasowych, o których mowa w art. 111 pkt 6) ustawy Pzp
(…) To Wykonawca w pierwszej kolejności musi wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. Informacje takie winny znaleźć się już w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. (…)
W tym miejscu należy podkreślić, że Wykonawca w niniejszym postępowaniu nie złożył z ofertą wyjaśnień i dowodów celem zainicjowania procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust 2 ustawy Pzp, ani nie zaktualizował informacji w tym zakresie. (…) Skuteczne przeprowadzenie procedury wymaga bezwarunkowego przyznania się do zaistnienia zdarzenia, które może skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania (warunek sine qua non procedury samooczyszczenia). Wykonawca nie uczynił tego i nie skorzystał z możliwości udowodnienia, że przedsięwziął stosowne środki naprawcze, które potwierdzają jego rzetelność.
Jak już zaznaczono wcześniej wykluczenie ma charakter czasowy (w przypadku wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – na okres roku). W dniu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu roczny okres wykluczenia nie upłynął, nie nastąpiło tzw. „zatarcie wykluczenia". Wykonawca mógł udowodnić Zamawiającemu, że pomimo zaistnienia w stosunku do niego przesłanki wykluczenia z postępowania, daje on rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie powinien zostać wykluczony z postępowania. Nie skorzystał z tego uprawnienia. W związku z powyższym Wykonawca SPIE Stangl Technik sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 226. ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 111 pkt 6 Ustawy Pzp".

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

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

W szczególności należy zauważyć, że Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia i możliwa do poniesienia szkoda wynikają z tego, że w razie uwzględnienia odwołania Zamawiający będzie musiał unieważnić postępowanie, co pozwoli Odwołującemu ubiegać się o zamówienie w kolejnym postępowaniu, a ponadto uniknie on sytuacji, w której w świetle art. 111 pkt 6 ustawy Pzp podlegałby wykluczeniu przez okres roku w innych postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że sytuacja, w której wykonawca kwestionuje w odwołaniu odrzucenie swojej oferty i jednocześnie wybór jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, co może skutkować unieważnieniem postępowania, była już rozpoznawana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-131/16 z dnia 11.05.2017 r. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że „*dyrektywę 92/13 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*". Podobnie Odwołujący w niniejszej sprawie kwestionuje odrzucenie swojej oferty i jednocześnie wybór oferty Przystępującego (oraz zaniechanie odrzucenia jeszcze innej oferty), czego skutkiem w razie uwzględnienia odwołania i braku zwiększenia przez Zamawiającego kwoty na sfinansowanie zamówienia, byłoby unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 2. Interes Odwołującego polega więc na tym, że ewentualne unieważnienie postępowania pozwoli mu na ubieganie się o zamówienie w kolejnym wszczętym przez Zamawiającego postępowaniu, co wprost zostało uznane przez TSUE w ww. wyroku za uprawniające do wniesienia odwołania.

Nie można się przy tym zgodzić z Zamawiającym, że Odwołujący nie ma tego interesu, bo jego oferta została sklasyfikowana dopiero na 7 miejscu i nawet w przypadku odrzucenia dwóch ofert kwestionowanych w odwołaniu nadal w postępowaniu pozostaną oferty sklasyfikowane wyżej niż oferta Odwołującego, zaś Zamawiający „*zawsze ma możliwość poszukania dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia, zwłaszcza w sytuacji unieważnienia*

postępowania na zadaniu nr 1 i posiadanych z tego tytułu oszczędności". Należy zauważyć, że w dniu wniesienia odwołania sytuacja w postępowaniu była (i nadal jest) taka, że po odrzuceniu 8 ofert, w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia mieściły się już tylko oferty Przystępującego i wykonawcy Tioman Group sp. z o.o., które są kwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu. Ewentualne zwiększenie przez Zamawiającego kwoty na sfinansowanie zamówienia w zadaniu nr 2 jest zaś czynnością przyszłą i niepewną, wskazywaną nawet przez samego Zamawiającego jako jedynie „możliwość". Tym samym czynność ta, mająca charakter wyłącznie hipotetyczny, nie może przesądzać o interesie Odwołującego. Należy zatem uznać, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ przywrócenie do postępowania jego oferty i odrzucenie ofert Przystępującego oraz wykonawcy Tioman Group sp. z o.o., jeśli Zamawiający nie zwiększy kwoty na sfinansowanie zamówienia, spowoduje konieczność unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2 i da mu szansę na ubieganie się o zamówienie w kolejnym postępowaniu. Natomiast niewniesienie (lub nierozpoznanie) odwołania spowodowałoby, że Odwołujący utraciłby taką szansę i naraziłby się na szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia w nowym postępowaniu.

Ponadto należy zauważyć, że uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego wykluczenia Odwołującego skutkować będzie tym, że nie znajdzie się on w rocznym okresie wykluczania z kolejnych postępowań, co również świadczy o posiadaniu przez niego interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia szkody w postaci ograniczenia szans na uzyskiwanie kolejnych zamówień, w sytuacji gdyby tego odwołania nie wniósł.

Z wyżej wskazanych powodów Izba uznała, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego o braku tego interesu w niniejszej sprawie. Izba nie rozważała przy tym podniesionego przez Odwołującego argumentu o utracie „korzyści i strat wizerunkowych", ponieważ został on podniesiony wyłącznie „z ostrożności procesowej", a wskazane wyżej okoliczności były wystarczające do uznania, że Odwołujący spełnił przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do zarzutów podniesionych w odwołaniu, należy w pierwszej kolejności przytoczyć odpowiednie przepisy.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 111 pkt 6 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
2) a) została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego należy zauważyć, że wykluczenie to nastąpiło na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 111 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający ustalił bowiem samodzielnie, że w dniu 17.07.2024 r. w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział w Łodzi Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe zawierające nieprawdziwe informacje, w związku z czym w dniu 13.09.2024 r. został z tego postępowania wykluczony w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W obecnym postępowaniu Odwołujący złożył natomiast oświadczenie w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wskazał, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia. W związku z tym Zamawiający wykluczył go m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wskazując w uzasadnieniu m.in., że Odwołujący podał „*obiektywnie nieprawdziwe informacje polegające na zatajeniu przed Zamawiającym faktu wykluczenia w innym postępowaniu, (…) w konsekwencji czego wprowadził Zamawiającego w błąd [i] takie działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako niedbalstwo*". Odwołujący twierdzi natomiast, że nie miał obowiązku informować Zamawiającego w oświadczeniu o fakcie wykluczenia go z postępowania prowadzonego przez GDDKiA w Łodzi, ponieważ czynność ta została przez niego zakwestionowana w odwołaniu, które wprawdzie zostało przez Izbę oddalone (sygn. akt KIO 3477/24), ale złożył on następnie skargę na ww. wyrok Izby i w dniu składania ofert w obecnym postępowaniu (i nadal) postępowanie sądowe nie zostało zakończone. Tym samym Odwołujący podkreśla, że w dniu składania oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w obecnym postępowaniu, jego wykluczenie z postępowania prowadzonego przez GDDKiA Łódź nie było prawomocne.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego należy wskazać, że zgodnie z dominującym orzecznictwem Izby (por. wyrok KIO 3179/22 z 16.12.2022 r.) dotyczącym sposobu wypełnienia JEDZ (czyli w postępowaniach o wartościach zaczynających się od progów unijnych) wskazuje się, że wykonawca ma obowiązek poinformować zamawiającego o okolicznościach mogących skutkować jego wykluczeniem (większość przypadków dotyczy art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7

ustawy Pzp), nawet jeśli uważa, że przesłanki wykluczenia nie zostały spełnione i zamawiający nie powinien go wykluczać. W takiej sytuacji wykonawca powinien zawrzeć w JEDZ lub w osobnym dołączonym dokumencie wyjaśnienia, w których wskaże okoliczności mogące skutkować jego wykluczeniem oraz powody, dla których nie powinien być jednak wykluczony z postępowania. Dzięki takiemu zachowaniu wykonawcy zamawiający może ocenić zaistnienie wobec niego danej przesłanki wykluczenia, a jednocześnie wykonawca nie naraża się na zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykluczenie z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp.

Powyższe wynika nawet z powołanego przez samego Odwołującego wyroku z dnia 03.12.2024 r. o sygn. akt KIO 4163/24, na który Odwołujący powołał się w ramach argumentacji dotyczącej posiadania interesu we wniesieniu odwołania. Wyrok ten dotyczy jednak kwestii wprowadzenia zamawiającego w błąd – wprawdzie w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ale wyrażone w nim stanowisko Izby należy uznać za właściwe także w zakresie pozostałych przesłanek wykluczenia. Izba stwierdziła w ww. wyroku, że wykonawcy mają obowiązek informować zamawiającego w JEDZ o okolicznościach mogących skutkować ich wykluczeniem z postępowania, przy czym: „*Udzielenie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie nie wyklucza możliwości jednoczesnego przedstawienia przez wykonawcę wyjaśnień co do braku wystąpienia pozostałych przesłanek składających się na podstawę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Taki sposób wypełnienia dokumentu JEDZ stanowi normalną praktykę stosowaną przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. (…) wykonawcy obowiązani są do działania w postępowaniu o udzielenie zamówienia z należytą starannością i w związku z tym obowiązani są do przekazywania zamawiającemu wymaganych informacji potrzebnych do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Zaniechanie przekazania Zamawiającemu informacji o okoliczności mającej znaczenie w kontekście badania podstaw wykluczenia nie można uznać za drobną nieprawidłowość*”.

Analogiczne stanowisko wynika także z wyroków Sądu Okręgowego. W wyroku z dnia 23.08.2019 r. o sygn. akt XXIII Ga 469/19 opartym na przepisach ustawy Pzp obowiązujących do 31.12.2020 r, ale zachowującym wciąż aktualność, Sąd Okręgowy wskazał m.in.: „*Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się" z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny w tym zakresie i „zaoferować" Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją*”. Sąd wskazał też na możliwość złożenia przez wykonawcę wraz z JEDZ stosownych wyjaśnień w celu wykazania, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia: „*W taki sposób skarżący powinien się zatem bronić przed negatywnym dla wykonawcy faktem rozwiązania przed czasem umowy ze (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich. Powinien wskazać, iż wdał się w spór sądowy i opisać szczegółowo stan sprawy sądowej, aby Zamawiający miał możliwość dokonania oceny czy rzeczywiście brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy*”. Również w wyroku z dnia 23.09.2023 r. o sygn. akt XXIII Zs 12/23 Sąd Okręgowy - sąd zamówień publicznych stwierdził: „*Od Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, profesjonalisty w obrocie gospodarczym należało bowiem oczekiwać, że przedstawi on Zamawiającemu stosowne informacje, zgodnie z pytaniem zawartym w JEDZ. Do wykonawcy należy na podstawie wymogów przejrzystości i lojalności poinformowanie zamawiającego o swojej sytuacji oraz dostarczenie mu wszystkich informacji mogących wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania skutkujące nałożeniem kary umownej nie wynikało z przyczyn leżących po jego stronie. To finalnie zamawiający jest uprawniony do oceny czy dane zdarzenia będą powodowały wykluczenie wykonawcy z postępowania czy też nie”.*

Ww. orzeczenia dotyczą przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ale wskazany w nich obowiązek informowania zamawiającego o okolicznościach mogących skutkować wykluczeniem z postępowania, przekłada się także na inne przesłanki wykluczenia, w tym na przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Ponadto przytoczone orzeczenia dotyczą postępowań o wartościach równych bądź przekraczających progi unijne, w których wykonawcy składają oświadczenie JEDZ. Nie zmienia to jednak faktu, że w postępowaniach o wartościach mniejszych niż progi unijne, w których wykonawcy składają oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązują te same zasady dotyczące obowiązku informowania zamawiającego o okolicznościach mogących skutkować wykluczeniem z postępowania, w celu zachowania transparentności i pozwolenia zamawiającemu na dokonanie oceny co do zaistnienia wobec wykonawcy danej przesłanki wykluczenia. Ocena tego, czy dana przesłanka zachodzi, czy nie, należy bowiem do zamawiającego, a nie do wykonawcy, który nie może być przecież „sędzią we własnej sprawie”. Dlatego właśnie konieczne jest, aby wykonawcy w oświadczeniu JEDZ, czy w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp informowali zamawiających o okolicznościach stanowiących potencjalnie podstawę wykluczenia z postępowania. Jak wskazano już wyżej, dzięki takiemu postępowaniu, wykonawca unika także ryzyka postawienia mu zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd i bycia wykluczonym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp.

Nie można przy tym zgodzić się z Odwołującym, że w postępowaniach o wartościach mniejszych niż progi unijne wykonawcy w oświadczeniach z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp nie mają pozostawionego miejsca na pisanie stosownych informacji. Należy zauważyć, że również w JEDZ nie zawsze znajduje się miejsce na opisywanie okoliczności dotyczących danej przesłanki wykluczenia, ale bez względu na to i tak część wykonawców dołącza swoje wyjaśnienia w osobnym piśmie. Jest to normalna praktyka na rynku i nie ma powodu, dla którego nie mogłaby być ona stosowana także w przypadku składania oświadczeń w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe uwagi na stan faktyczny niniejszej sprawy, należy ponownie zauważyć, że Odwołujący w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że nie podlega wykluczeniu w zakresie żadnej przesłanki wykluczenia wymienionej w tym oświadczeniu. Odwołujący nie poinformował zatem Zamawiającego o wykluczeniu go na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania prowadzonego przez GDDKiA Łódź, tym samym wprowadzając Zamawiającego w błąd. Nie ma przy tym znaczenia, że czynność wykluczenia w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Łódź została zaskarżona do KIO, a następnie do Sądu, a postępowanie sądowe wciąż nie zostało zakończone, ponieważ bez względu na te okoliczności obowiązkiem wykonawcy było przekazać Zamawiającemu informacje na ten temat. Ponownie należy bowiem podkreślić, że ocena, czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia należy do zamawiającego, a nie do wykonawcy. Tym samym Odwołujący nie był uprawniony do samodzielnego uznania, że nie podlega wykluczeniu i do pozbawienia Zamawiającego informacji w tym zakresie.

Jeżeli Odwołujący uznawał, że jego wykluczenie z postępowania prowadzonego przez GDDKiA Łódź było niezasadne i nie jest prawomocne, powinien był np. w osobnym piśmie dołączonym do oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp przekazać informacje o okolicznościach dotyczących tego wykluczenia wraz z ewentualną argumentacją przemawiającą za brakiem podstaw do wykluczenia go z obecnego postępowania. Dla jasności sytuacji Odwołujący mógłby także w samym oświadczeniu, tj. w Formularzu 3.1a. dopisać, że załącza wyjaśnienia dotyczące wykluczenia go z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (jednocześnie nie miał obowiązku wskazywać w nim środków naprawczych w ramach samooczyszczenia, skoro nie zgadza się z zasadnością wykluczenia go z postępowania prowadzonego przez GDDKiA Łódź).

Odwołujący nie podjął wyżej wskazanych czynności informacyjnych, co skutkowało wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Odwołującemu należy przy tym przypisać niedbalstwo, skoro nie poinformował Zamawiającego o ww. okolicznościach, których – co raz jeszcze należy podkreślić – ocena nie należy do niego. Niedbalstwo to jest szczególnie widoczne w sytuacji, gdy obowiązek informowania o potencjalnym ziszczeniu się przesłanek wykluczenia nie jest nowością na rynku zamówień, ale praktyką wynikającą z istniejącego od lat orzecznictwa. Natomiast z pewnością o braku niedbalstwa po stronie Odwołującego nie świadczy to, że - jak wskazano w odwołaniu - podjęcie ww. obowiązków informacyjnych mogłoby „*naruszać dobre imię Odwołującego i budzić uprzedzenia zamawiających pomimo tego, że to czy rzeczywiście doszło do poważnego wprowadzenia innego zamawiającego w błąd nie zostało jeszcze ostatecznie potwierdzone, a Odwołujący korzysta z przysługujących mu środków ochrony prawnej*".

Ponadto powyższe wprowadzenie w błąd mogło też mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu, gdyż w przypadku odrzucenia przez Zamawiającego części ofert i zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia w zadaniu nr 2, mogłoby dojść do sytuacji, w której za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Odwołującego, mimo istnienia wobec niego podstaw wykluczenia z postępowania. Nie ma przy tym znaczenia podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że oddział warszawski i łódzki GDDKiA są w istocie jednym zamawiającym, co wg niego oznacza, że Zamawiający nie mógł być wprowadzony w błąd. Przyjęcie takiej argumentacji Odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nigdy nie znalazłby zastosowania, gdyż albo zamawiający nie wykryłby, że przedstawiono mu nieprawdziwe informacje, więc nie wykluczyłby wykonawcy albo wykryłby, że przedstawiono mu nieprawdziwe informacje, ale nie mógłby wtedy uznać, że został skutecznie wprowadzony w błąd, więc również nie mógłby wykluczyć wykonawcy. Argumentacja Odwołującego nie może być więc uznana za zasadną, co potwierdza też dotychczasowe orzecznictwo Izby, w tym wskazane poniżej wyroki wydane na podstawie przepisów obowiązujących do 31.12.2020 r., ale zachowujących aktualność w obecnym stanie prawnym:

a) wyrok Izby z dnia 06.02.2019 r. o sygn. akt KIO 131/19, w którym stwierdzono: „*Nie podzielono argumentacji zamawiającego i przystępującego, jakoby wprowadzenie w błąd możliwe było tylko w sytuacji, gdyby zamawiający nie wykrył niezgodności informacji z rzeczywistością. Przyjęcie takiego poglądu oznaczałoby bowiem, że zamawiający nigdy nie byliby zobowiązani do wykluczenia wykonawcy w razie podania nieprawdziwych informacji. Zawsze gdyby jakiś zamawiający wykrył niezgodność z rzeczywistością, oznaczałoby to, że nie został wprowadzony w błąd. Wykluczenie wykonawcy w oparciu o ten przepis możliwe byłoby tylko na zarzut innego wykonawcy. Po drugie, przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby, że o tym, czy wykonawca zostanie wykluczony z postępowania nie decydowałyby okoliczności o charakterze obiektywnym, ale subiektywne właściwości intelektualne i zdolności percepcji osób po stronie zamawiającego. W niektórych sytuacjach prowadzenie takich ustaleń wymagałoby*

wiadomości specjalnych i przeprowadzania dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy w danych okolicznościach zamawiający miał czy nie miał obowiązku dostrzeżenia, iż przedstawiane mu informacje są nieprawdziwe. Zaakceptowanie takiego stanowiska skutkowałoby także nierównym traktowaniem wykonawców. Ci wykonawcy, którzy składaliby zamawiającemu dokumenty możliwe do weryfikacji na podstawie dokumentacji dostępnej zamawiającemu traktowani byliby korzystniej od tych, którzy powołali się na realizacje nieznane zamawiającemu. Pierwsza kategoria wykonawców mogłaby niejako bezkarnie składać zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Kierując się powyższymi argumentami należało dojść do wniosku, że stanowisko zamawiającego i przystępującego, jako naruszające naczelną zasadę równego traktowania wykonawców traktowania wykonawców, powinno zostać odrzucone";

b)wyrok Izby z dnia 15.03.2018 r. o sygn. akt KIO 380/18, w którym stwierdzono: „*Co do braku możliwości wprowadzenia w błąd Zamawiającego ze względu na znajomość zadań wskazanych w wykazach i możliwość samodzielnego ustalenia i wykrycia rzeczywistych danych Izba wskazuje, że ten argument Odwołującego nie zasługiwał na aprobatę. W ocenie Izby, mając na uwadze rozbudowaną strukturę organizacyjną Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, bez znaczenia pozostaje fakt, czy istniała potencjalna możliwość wprowadzenia w błąd Zamawiającego, czego Odwołujący upatrywał w fakcie dokonania samodzielnych ustaleń w zakresie rzeczywistych danych związanych z prezentowanymi przez Odwołującego osobami i kontraktami. Sama możliwość wykrycia niezgodności prezentowanych informacji z rzeczywistym stanem rzeczy nie może stanowić elementu ekskulpującego, gdyż w takim wypadku czyniłaby ona martwą instytucję ujętą w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wówczas każdy wykonawca prezentujący nierzetelne informacje zasłaniałby się zarzutem, że istniała możliwość ich weryfikacji. Takie podejście do wskazanej wyżej normy nie wynika ani z jej literalnego brzmienia, ani z wykładni celowościowej tej instytucji. Otóż istotą nieprawdziwych informacji, tj. informacji niezgodnych z faktami jest to, że nie wytrzymują one konfrontacji z istniejącym stanem rzeczy, a więc do ich stwierdzenia i weryfikacji konieczne jest wyjście poza te informacje i samodzielne poszukiwanie faktów, które im przeczą*".

Reasumując, wykonawca świadomy konsekwencji wynikających m.in. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp powinien zgłaszać zamawiającemu fakty zaistniałe w innych postępowaniach (czy przy realizacji innych zamówień) mogące skutkować wykluczeniem go w kolejnym postępowaniu i albo dokonywać samooczyszczenia (jeżeli przyznaje się do deliktu) albo przynajmniej opisywać okoliczności związane z tymi faktami, jeżeli kwestionuje ich zasadność. Każdorazowo ocena zarówno środków naprawczych podjętych w ramach samooczyszczenia jak i innych okoliczności opisanych przez wykonawcę należy do zamawiającego, który po jej dokonaniu musi podjąć decyzję, czy zasadne jest wykluczenie wykonawcy, czy nie. Jak jednak podkreślano już wcześniej – ocena ta należy właśnie do zamawiającego, a nie do wykonawcy, dlatego wykonawca nie może ukrywać przed zamawiającym faktów mogących skutkować jego wykluczeniem i nie może w ten sposób pozbawiać zamawiającego prawa do dokonywania oceny tych faktów. Przy czym zgłoszenie ich zamawiającemu daje wykonawcy szansę na to, że w świetle opisanych środków naprawczych lub innych okoliczności zamawiający uzna, że wykonawca nie podlega jednak wykluczeniu, podczas gdy ich zatajenie skutkuje koniecznością stwierdzenia, że zamawiający został wprowadzony w błąd i jednoznaczną podstawą do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp.

Odwołujący nie poinformował Zamawiającego o okolicznościach mogących skutkować jego wykluczeniem z postępowania, co oznacza, że w wyniku niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Dlatego wykluczenie Odwołującego z obecnego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, było zasadne.

Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego o zasadności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 111 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na to, że znajduje się on w rocznym okresie wykluczenia w związku z wprowadzeniem w błąd zamawiającego – GDDKiA Łódź. Izba rozumie przy tym, że czynność wykluczenia Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Łódź jest przedmiotem toczącego się wciąż postępowania sądowego, ale nie zmienia to faktu, że zdarzenie, o którym mowa w art. 111 pkt 6 ustawy Pzp (czyli w tym wypadku: wprowadzenie w błąd zamawiającego – GDDKiA w Łodzi) zaistniało i od niego biegnie roczny termin przewidziany w ww. przepisie. Nie jest przy tym właściwa przyjmowana przez Odwołującego interpretacja tego przepisu, w myśl której określony w nim termin nie zaczyna swojego biegu do czasu, gdy wykluczenie wykonawcy za wprowadzenie w błąd nie stanie się ostateczne. Po pierwsze, interpretacja taka nie znajduje potwierdzenia w samej treści art. 111 pkt 6 ustawy Pzp, bo przepis ten nie przewiduje konieczności potwierdzenia „zdarzenia" prawomocnym wyrokiem sądu, a po drugie, gdyby uznać tę interpretację za właściwą przepis w zasadzie byłby martwy, bo postępowanie sądowe może toczyć się dłużej niż trwa okres wykluczenia, czyli w tym wypadku – rok. Taki stan rzeczy mógłby być wręcz wykorzystywany przez wykonawców, którzy celowo wnosiliby odwołania, a następnie skargi do sądu tylko po to, by w ten sposób „przeczekać" okres wykluczenia wynikający z art. 111 ustawy Pzp i w praktyce nigdy nie ponieść „kary" wynikającej z tego przepisu, czyli nigdy nie podlegać wykluczeniu na jego podstawie. Dlatego sam fakt, że wciąż nie zapadł wyrok Sądu w sprawie

wykluczenia z postępowania prowadzonego przez GDDKiA w Łodzi (taką argumentację powołuje Odwołujący) nie może przesądzać o braku podstaw do zastosowania art. 111 pkt 6 ustawy Pzp. Dlatego Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofertach Przystępującego i wykonawcy Tioman, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że ustawa Pzp zawiera dwie odrębne przesłanki odrzucenia oferty w tym zakresie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp mający zastosowanie wtedy, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 224 ust. 6 ustawy Pzp mający zastosowanie wtedy, gdy wykonawca nie udzielił w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty lub gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w tej ofercie ceny.

Druga z wymienionych przesłanek (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp) ma więc zastosowanie w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia są na tyle ogólnikowe, niespójne, niepełne, niepoparte dowodami, że nie da się na ich podstawie stwierdzić, czy cena oferty jest realna i czy możliwe jest za nią należyte wykonanie zamówienia.

Należy zatem zwrócić uwagę, że w niniejszej sprawie Odwołujący powołał jako podstawę prawną zarzutu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i konsekwentnie twierdził, że ceny ofert złożonych przez Przystępującego i wykonawcę Tioman są rażąco niskie. Jednocześnie Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że argumentację zawartą w odwołaniu należy oceniać w świetle art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, nie zaś w świetle art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Przechodząc zatem do argumentacji Odwołującego należy zauważyć, że opiera się ona na stwierdzeniu, że w treści wyjaśnień Przystępujący i wykonawca Tioman nie uwzględnili kosztów określonych prac wymienionych w PFU, tj.:

Wykonawca nie dokonał wyceny sporządzenia projektu drogowego, tymczasem zakres drogowy został opisany w PFU;

W żadnym miejscu wykonawca nie dokonał wyceny robót ziemnych i odtworzeniowych, podczas gdy nie jest obiektywnie możliwe wykonanie zakresu określonego w PFU bez wykonywania takich robót (o czym wspomniano m.in. w pkt 1.1.4 PFU lit. g na s. 13 PFU);

Wykonawca założył korektę krawężników zakładającą zmianę ich wysokości, co jednak obiektywnie powinno się wiązać z koniecznością przebrukowania całości chodnika w celu uzyskania zgodnych z normami spadków poprzecznych, co jednak nie zostało już uwzględnione w kalkulacji;

Wykonawca nie uwzględnił w ogóle sporządzenia projektu branży sanitarnej w zakresie odwodnienia oraz nie wycenił prac związanych z odwodnieniem, tymczasem w przypadku zabudowy nowych krawężników tak jak proponuje to wykonawca, niezbędne jest zapewnienie odpowiedniego odbioru wody – są to więc prace, których konieczność wykonania wynika logicznie z treści oferty i wyjaśnień wykonawcy, a jednak pomimo tego nie zostały one uwzględnione;

Całkowicie pominięto także kwestie ew. kolizji z istniejącą infrastrukturą np. potencjalnej kolizji z linią napowietrzną niskiego napięcia – co narażałoby później Zamawiającego na roszczenia z tytułu robót dodatkowych;

W zakresie wyceny konstrukcji bezpiecznych pod znaki D6 znaczące wątpliwości budzi ich ilość. W przypadku konieczności zastosowania wysp przy przejściach dla pieszych, znaki muszą być umieszczone po obydwu stronach przejścia dla pieszych, co oznacza, że znaków musi być 2 razy więcej, podczas gdy wykonawca założył jedynie 4 szt. znaków;

Wykonawca nie wyjaśnił, że zgodnie z PFU skalkulowano konstrukcje bezpieczne lub oddalone o 4,5m od krawędzi jezdni, czyli przekraczające długość wysięgu 10 m. Konstrukcje bezpieczne są co najmniej dwukrotnie droższe od tradycyjnych, czego jednak nie uwzględniono w treści oferty czy wyjaśnień."

dwołujący wskazał też elementy prac opisanych w PFU, które nie zostały wycenione lub zostały wycenione jedynie fragmentarycznie w ofertach obu ww. wykonawców.

odatkowo Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie wyjaśnił, jakie materiały i o ile taniej jest w stanie nabyć dzięki współpracy z producentami materiałów i hurtowniami, a wykonawca Tioman posłużył się w wyjaśnieniach bardzo uproszczonym rozbiciem kosztów, które nie przedstawia żadnych ilości.

dnosząc się do argumentacji Odwołującego, po pierwsze należy zauważyć, że wyjaśnienia udzielane przez wykonawców muszą być oceniane w świetle wezwania do wyjaśnień pochodzącego od zamawiającego. Zakres i poziom szczegółowości udzielanych wyjaśnień wynika bowiem z zakresu i poziomu szczegółowości wezwania sformułowanego przez zamawiającego. Nie jest zatem obowiązkiem wykonawcy przedstawiane w wyjaśnieniach informacji, których zamawiający nie wymagał w wezwaniu. Jak wskazano w wyroku z dnia 01.09.2023 r. o sygn. akt KIO 2446/23: „*wykonawca nie musi w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania. Co oznacza, że wykonawca nie ma obowiązku każdorazowo udzielać wyjaśnień co do wszystkich składowych mających wpływ na cenę lub koszt oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiać wątpliwości zamawiającego przede wszystkim w tym zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień*".

niniejszym postępowaniu Zamawiający żądał *„wyjaśnień w zakresie szczegółowej wyceny następujących składowych ceny Oferty:*

Kosztów wykonania prac projektowych:

a)Wykonania dokumentacji projektowej zgodnie z warunkami PFU,

b)Uzyskania niezbędnych map do celów projektowych,

c)sporządzenia projektów: branży elektrycznej, branży inżynierii ruchu, w tym oznakowania poziomego, pionowego i urządzeń brd oraz projektów stałej i czasowej organizacji ruchu na czas robót związanych z wykonaniem zadania, projektów budowlanych oświetlenia przejść dla pieszych – część elektryczna i konstrukcyjna.

d)Uzyskania niezbędnych warunków, opinii, uzgodnień i zatwierdzenia projektów,

e)Wykonania zgłoszenia robót budowlanych lub uzyskania pozwolenia na budowę.

2)Kosztów wykonania prac drogowych takich jak:

a)wykonanie oświetlenia dedykowanego na przejściu dla pieszych zgodnie z wytycznymi WR-D-41 oraz z warunkami PFU,

b)ustawienie lub wymiana znaku D-6 aktywnego nad jezdnią na wysięgniku,

c)uzupełnienie istniejącego oznakowania D-6 na wysięgnikach zasilanego panelami słonecznymi,

d)dostosowanie istniejącej infrastruktury oraz jej przebudowa na zasilanie "hybrydowe",

e)wykonanie stref przejściowych o różnych długościach,

f)wykonanie pasa ostrzegawczego dla niewidomych i niedowidzących,

g)*przyłączenie w/w elementów do skrzynki energetycznej celem zapewnienia zasilania*."

ımawiający żądał zatem przedstawienia szczegółowej wyceny prac projektowych i drogowych, ale w zakresie określonym w podpunktach oznaczonych literami. Z wezwania skierowanego do Przystępującego i wykonawcy Tioman nie wynika, aby Zamawiający oczekiwał takiego poziomu szczegółowości wyceny, który pokaże odrębnie koszty projektu drogowego, robót ziemnych i odtworzeniowych, korekty krawężników, odwodnienia, ewentualnych kolizji z istniejącą infrastrukturą oraz konstrukcji bezpiecznych, w tym pod znaki D6. Treść obu wezwań nie wskazuje, aby Zamawiający oczekiwał złożenia wyjaśnień na takim poziomie szczegółowości, jaki forsuje Odwołujący w odwołaniu. W konsekwencji nie można też uznać, że skoro Przystępujący i wykonawca Tioman nie wskazali w swoich wyjaśnieniach szczegółowych informacji wymienionych w odwołaniu, to automatycznie dowodzi to, że ceny ich ofert są rażąco niskie. W ocenie Izby, wykonawcy ci po prostu nie wskazywali szczegółowo informacji, o które nie byli pytani.

› drugie, słusznie Zamawiający i Przystępujący podnosili, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Nie zwalnia to oczywiście wykonawców z obowiązku przedstawienia rzetelnych, spójnych i konkretnych wyjaśnień popartych dowodami, ale powtórzyć należy, że obowiązek złożenia tych wyjaśnień jest ograniczony do pytań zadanych w wezwaniu. Zamawiający w wezwaniu w ogóle nie żądał złożenia kalkulacji ceny w formie kosztorysu. Niemniej jednak, skoro Przystępujący złożył taki kosztorys, to w świetle wymienionych w wezwaniu kwestii wymagających wyjaśnienia i w świetle faktu, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, dopuszczalne było, aby niektóre elementy zamówienia zostały przedstawione w sposób zagregowany w danej pozycji. Tak też Przystępujący tłumaczył sposób sporządzenia kosztorysu, w którym *„dokonał również łączenia poszczególnych pozycji w kosztorysie, tym samym tworząc pozycje uwzględniające w niektórych sytuacjach kilka elementów, które mogą zostać wykonane w ramach jednej pozycji w kosztorysie uproszczonym, przykładowo w zakresie projektowania czy robót ziemnych. Wszystkie pozycje związane z projektowaniem zostały ujęte w ramach pozycji „Wykonanie dokumentacji projektowej zgodnie z warunkami PFU D9", natomiast wszelkie roboty ziemnie zostały przewidziane w pozycjach odnoszących się do wykopów*". Po raz kolejny należy stwierdzić, że w świetle treści wezwania do złożenia wyjaśnień i zastosowania przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, działanie Przystępującego należy uznać za dopuszczalne. W konsekwencji nie można stwierdzić, że Przystępujący i wykonawca Tioman nie uwzględnili w wycenie elementów prac wskazanych w odwołaniu, gdyż mogli je wycenić łącznie z innymi elementami w jednej pozycji.

› trzecie, Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, z której wynikałoby, że elementy prac wskazane w odwołaniu w ogóle mają wartość istotną dla wyceny całego zamówienia. Innymi słowy: niezależnie od braku podstaw do stwierdzenia, że elementy te na pewno nie zostały wycenione (mogły zostać wycenione łącznie z innymi elementami w jednej pozycji), przede wszystkim nie można stwierdzić, że generują one tak duże koszty, że nawet ich hipotetyczne nieuwzględnienie w wycenie mogłoby rzeczywiście wpłynąć na ceny ofert w takim stopniu, że stałyby się one rażąco niskie.

ɐasumując, w świetle treści wezwania do złożenia wyjaśnień, zastosowania wynagrodzenia ryczałtowego i braku informacji świadczących o istotnej wartości elementów prac wskazanych w odwołaniu, nie można uznać, że ceny ofert Przystępującego i wykonawcy Tioman są rzeczywiście rażąco niskie. Należy przy tym ponownie zauważyć, że czym innym jest uznanie, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody są niewystarczające i w związku z tym nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp), a czym innym jest wykazanie, że cena oferty rzeczywiście jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Odwołujący

podniósł zarzut z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co oznacza, że musiał wykazać, że oferty Przystępującego i wykonawcy Tioman zawierają rażąco niską cenę, tj. cenę, która z powodu nieuwzględnienia w niej elementów wskazanych w odwołaniu (nawet gdyby wykazano, że nie zostały uwzględnione) jest nierealna, oderwana od realiów rynkowych i nie da się za nią należycie wykonać zamówienia. Przy tak określonej podstawie prawnej zarzutu nie jest zatem wystarczające wskazanie braków czy nieścisłości, z powodu których złożone przez wykonawcę wyjaśnienia lub dowody nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, gdyż odpowiadałoby to normie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, na którą Odwołujący nie powołał się w odwołaniu. Gdyby złożone przez Przystępującego lub wykonawcę Tioman wyjaśnienia wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, mógłby on ewentualnie wezwać ich do złożenia dalszych sprecyzowanych wyjaśnień lub dowodów, natomiast w świetle argumentacji powołanej w odwołaniu nie ma podstaw do odrzucenia ich ofert w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Złożenie bowiem przez Przystępującego i wykonawcę Tioman ofert z rażąco niską ceną nie zostało w odwołaniu wykazane i nie znalazło potwierdzenia w okolicznościach sprawy. Przy czym należy także podkreślić, że jak wskazano w wyroku Izby z dnia 30.11.2021 r. o sygn. akt KIO 3273/21:*„(…) pomimo modyfikacji reguły ciężaru wykonawca zarzucający zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w dalszym ciągu jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów wykazania podstaw faktycznych zarzutu (…)*". W tym stanie rzeczy odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny zostało oddalone.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca ...……..