Sygn. akt: KIO 2064/23

WYROK

z dnia 31 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez wykonawcę:

Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane Sanbud Sp. z o.o. w Olsztynie

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Wielbark,

z udziałem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „OSTRADA" sp. z o.o. w restrukturyzacji w Ostrołęce

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

UZASADNIENIE

Gmina Wielbark (ul. Grunwaldzka 2 12-160 Wielbark (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na remont drogi publicznej nr 197036N ul. Stefana Czarnieckiego i drogi publicznej nr 197039N ul. Michała Kajki w Wielbarku. Numer referencyjny: IZ.271.4.2023 (dalej: Postepowanie). Warunki i zasady prowadzenia Postępowania opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ)

W dniu 17 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane Sanbud Sp. z o.o. (ul. Stalowa 4, 10-420 Olsztyn) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu (dalej: Odwołujący lub Wykonawca).

W dniu 20 lipca 2023 r. do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „OSTRADA" sp. z o.o. w restrukturyzacji (ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka) (dalej również: Przystępujący lub OSTRADA). Izba, wobec stwierdzenia spełnienia przesłanek określonych art. 525 Ustawy, uznała skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego wyboru oferty złożonej przez Przystępującego zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OSTRADA w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu jakichkolwiek dowodów uzasadniających możliwość prawidłowego zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową oraz techniczną, a co za tym idzie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, do czego zgodnie przepisami Pzp był zobowiązany,

2.art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia OSTRADA , który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z szeregu umów zawartych m.in. z Powiatowym Zarządem Dróg w Ostrołęce, Mazowieckim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Warszawie, Powiatem Przasnyskim, Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad o/Olsztyn, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia Zamawiających od Umów z rażącej winy Wykonawcy, wykonania zastępczego realizowanego przez innych wykonawców, a także realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady,

3. art. 109 ust 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia OSTRADA, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub zataił te informacje, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

4. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia OSTRADA, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

5. art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie żądania od OSTRADA, wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów, czy oświadczeń składanych w postępowaniu, pomimo posiadania powszechnej wiedzy o wcześniejszych przypadkach rażącego niewykonywania przez wybranego wykonawcę wielu wcześniejszych umów z zakresu zamówień publicznych,

6. art. 128 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do podmiotów posiadających informacje o rażącym niewykonywaniu szeregu umów (odstąpienie od umowy, nienależyte wykonanie zobowiązania, wykonanie zastępcze przez inne podmioty, realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady) przez OSTRADA, m.in. do Powiatowego Zarządu Dróg w Ostrołęce, Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie, Powiatu Przasnyckiego, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad o/Olsztyn, które to podmioty posiadają informacje oraz dokumentyistotne w zakresie oceny dla niespełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i wystąpienia podstaw do jego wykluczenia.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty OSTRADA; wykluczenia OSTRADA z Postępowania; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z wyłączeniem oferty OSTRADA.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów składających się na dokumentację Postępowania oraz innyc przywołanych w odwołaniu w tym: 1. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 7 czerwca 2023 roku, 2. Oferta Odwołującego, 3. Oferta OSTRADA, 4. Oferta Usługi Drogowo - Budowlane As-Drog Sp. z o.o., 5. Informacja z otwarcia ofert z dnia 22 czerwca 2023 roku, 6. Wezwanie dotyczące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - Usługi Drogowo - Budowlane As-Drog Sp. z o.o., 7. Wezwanie dot. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny OSTRADA, 8. Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny - Usługi Drogowo - Budowlane As-Drog Sp. z o.o., 9. Informacja o odrzuceniu oferty firmy Usługi Drogowo - Budowlane As-Drog Sp. z o.o., z dnia 30 czerwca 2023 roku, 10. Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny OSTRADA,11. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty OSTRADA,12. Kosztorys stanowiący załącznik do oferty na kontynuację rozbudowy drogi krajowej nr 53 na odcinku Rozogi – Dąbrowy, 13. informacja ze strony Internetowej organizatora postępowania nr O/OL.D-3.2411.11.2023 - https://www.gov-pl/web/gddkia-o[sztvn/oglosilismv-przetarg-na-kontvnuacie-rozbudowv-dk53- rozogi—dąbrowy. 14.Ogłoszenie o zamówieniu Kontynuacja rozbudowy drogi krajowej nr 53 na odcinku Rozogi - Dąbrowy, 15. SWZ zamówienia Remont drogi publicznej nr 197036N ul. Stefana Czarnieckiego i drogi publicznej nr 197039N ul. Michała Kajki w Wielbarku, 16. Informacja Publiczna udostępniona przez Zarząd Dróg Powiatowych w Ostrołęce z dnia 6 lipca 2023 roku. Odwołujący wnosił również o dopuszczenie dowodu z dokumentów złożonych na posiedzeniu z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których udział brała OSTRADA i do których odnoszą się zarzuty odwołania, tj.: informacji z otwarcia ofert, SWZ, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz formularza ofertowego OSTRADA z postępowania prowadzonego przez Powiat Ostrołęcki oraz oświadczenia OSTRADA o zaległościach z dnia 15.06 oraz 22.06.2023 r. wobec ZUS i otwarciu postępowania sanacyjnego, pisma GDDKiA z 18.07.2023 r. informującego o odstąpieniu od umowy zawartej z OSTRADA, wydruku ze strony internetowej z informacjami na 12.05.2023 r. o postępowaniach restrukturyzacyjnych w stosunku do 320 firm w tym OSTRADA wskazującego na wysokość zadłużenia firmy OSTRADA (str. 3 tabelka pozycja 2) w kwocie 67 mln sumy zobowiązań, postanowienia z 26.04.2023 r. o rozpoczęciu postępowania sanacyjnego OSTRADA - na okoliczność wystąpienia podstaw wykluczenia OSTRADA oraz wydruku ze strony ms.gov.pl – KRS dot. OSTRADA wskazującego na niezłożenie dokumentów finansowych w terminie, która to okoliczność nie była objęta odwołaniem - tutaj na okoliczność braku rzetelności tego podmiotu.

Zamawiając wniósł o oddalenie zarzutów.

Przystępujący nie kwestionował treści złożonych przez Odwołującego dowodów, w tym w szczególności zakończenia umów z OSTRADA przez innych zamawiających, w których jako powód wskazywano zachowanie OSTRADA wskazanych w treści odwołania, faktu zadłużenia OSTRADA oraz wszczęcia w stosunku do tej spółki postępowania restrukturyzacyjnego – sanacyjnego. Przyłączył się do stanowiska Zamawiającego.

Izba dopuściła wnioskowane dowody.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji Postępowania, w tym wnioskowanych dokumentach oraz dodatkowo dokumentach przedłożonych przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że SWZ nie zawiera żadnych wskazań, co do sposobu wyceny poszczególnych elementów robót, w tym ich procentowego udziału względem innych, czy też zasad kosztorysowania.

Izba dała wiarę oświadczeniu Zamawiającego, znajdującym oparcie w dokumentach Postępowania, w szczególności ofert oraz treści korespondencji z wykonawcami OSTRADA orazUsługi Drogowo Budowlane As Drog Sp. z o.o. w Olsztynie (wezwania i wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz korekty oczywistej omyłki) i ustaliła, że:

1.Zamawiający w kosztorysie inwestorskim wycenił przedmiot zamówienia na kwotę: 898 568,75 netto zł tj. 1 105 239,56 brutto zł;
2.Wykonawcy OSTRADA złożyła ofertę na kwotę 424 806,50 zł netto tj. 522 512,00 zł brutto) a wykonawca Usługi Drogowo-Budowlane As-Drog Sp. z o.o. w Olsztynie na kwotę 376 285,10 zł netto tj. 462 830,68 zł brutto;
3.Zamawiający wezwał wykonawców OSTRADAoraz Usługi Drogowo-Budowlane As-Drog Sp. z o.o. w Olsztynie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w których odwołał się do treści art. 224 Ustawy,
4.Zamawiający po otrzymaniu w terminie wyjaśnień od wykonawców OSTRADA i Usługi Drogowo-Budowlane As-Drog Sp. z o.o. w Olsztynie w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych i porównaniu załączonych przez wykonawców kosztorysów z kosztorysem inwestorskim stwierdził, że:
   a)poszczególne kwoty z pozycji kosztorysowych są porównywalne za wyjątkiem pozycji dotyczącej frezowania nawierzchni asfaltowych, która w kosztorysie inwestorskim przewyższa przeszło dziesięciokrotnie ceny podane w kosztorysach wykonawców,
   b)pozycja w kosztorysie inwestorskim stanowi pomyłkę Zamawiającego, który zamiast 7 zł wpisał 70 zł netto, co daje właściwą sumę 43 519 zł netto zamiast wskazanej w kosztorysie inwestorskim kwoty 436 445 zł netto a więc obniża wycenę o 392 926 zł netto do 505 642, 75 zł netto,
   c)W przypadku gdyby była wpisana poprawna kwota w kosztorysie inwestorskim, cena podana w ofercie wykonawcy OSTRADA nie byłaby rażąco niska w ocenie Zamawiającego w świetle art. 224 Pzp i Zamawiający przeznaczyłby mniejszą kwotę na realizację Postępowania.
5.Zamawiający w związku z ustaleniami przywołanymi w punkcie 4 uznał iż wyjaśnienia OSTRADA są wystarczające i wykonawca ten jest w stanie zrealizować zamówienie za cenę ofertową, której to okoliczności Wykonawca nie podważył.

Dalej Izba ustaliła, że:

1.OSTRADA wraz z ofertą złożyła oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp dołączając dokument oznaczony jako Tajemnica Przedsiębiorstwa zawierający wyjaśnienia oraz dowody,
2.Zamawiający uwzględnił żądanie objęcia wyżej wymienionych tajemnicą przedsiębiorstwa, co nie zostało zaskarżone przez Odwołującego i dokonał oceny oświadczenia wraz z wyjaśnieniami i załączonymi dowodami i uznał, iż w/w dokumenty świadczą o tym, iż OSTRADA zgodnie z art. 110 ust. 2 Pzp podjęła środki naprawcze, które są wystarczające do wykazania jej rzetelności, a załączone do oświadczenia dokumenty stanowią uzasadnienie dla uznania przez Zamawiającego, że oświadczenie nie budzi wątpliwości i OSTRADA spełnia warunki udziału w postępowaniu, których to okoliczności Wykonawca nie podważył a Izba podzieliła w zakresie oceny wyjaśnień stanowisko Zamawiającego, co do podjęcia środków zaradczych zgodnie a art. 110 ust. 2 Ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani, że czynności podjęte przez OSTRADA nie są wystarczające dla uznania, że OSTRADA podjęła wystarczające w świetle art. 110 Pzp środki naprawcze. Jednocześnie wyjaśnienia odnoszą się do całości zagadnień objętych wezwaniem oraz kontraktów, co do których zamawiający uznali, że doszło ze strony OSTRADA do ich naruszenia, a do których referowało odwołanie.

Izba stwierdza, co następuje

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1, 5 i 6 Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, 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, co nie zostało wykazane przez Odwołującego.

Tutaj Izba wskazuje również, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że dyspozycja przepisu art. 224 ust. 1 Pzp kierowana jest do zamawiającego. Zatem żądanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny aktualizuje się w przypadku, gdy cena oferty lub istotne ceny jednostkowe wydają się rażąco niskie i to zamawiający poweźmie wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zaś choć pojęcie „rażąco niskiej ceny" nie ma definicji legalnej to jednak jego rozumienie zostało dobrze ugruntowane w orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z poglądami wyrażanymi przez organy orzekające cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, prowadzącą do wykonania zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Rażąco zaniżona cena oferty to cena generalnie niewystępująca na rynku, na którym ceny

wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz uczciwe konkurowanie podmiotów gospodarczych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie w sprawie sygn. akt XII Ga 88/09, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt XXIII Zs 155/21).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający zmienił pierwotną ocenę uznając, że cena ofertowa OSTRADA jest adekwatna do przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wykazał, że istniała podstawa powzięcia wątpliwości uzasadniających żądanie ich wyjaśnienia ani, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową, czy też że jakikolwiek element istotny składowy ceny wydaje się nierealistyczny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 226 ust. 6 Pzp dopuszczający możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny może mieć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w ogóle, a także jeżeli zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów uzna, że cena jest rażąco niska, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Naruszenie art. 226 ust. 5 Pzp wymaga zaś wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu przez danego wykonawcę- jednak jedynie w sytuacji, gdy zamawiający oceni, że cena ofertowa nosi znamiona rażąco niskiej. W przedmiotowej sprawie Zamawiający dopuścił się omyłki, której korekta oraz wyjaśnienia OSTRADA spowodowały zmianę oceny oferty OSTRADA. Ponad to w postępowaniu odwoławczym Wykonawca nie wykazał, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, który to ciężar dowodu go obciążał wobec braku podstawy stosowania art. 537 Pzp nakładającego obowiązek dowiedzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na wykonawcę składającego ofertę, w sytuacji dokonanie takiej oceny przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 7), 8), 10) Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 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; 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie zaś z art. 109 ust. 3 Pzp 3 w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia

Dalej zgodnie z art. 110 ust. 2 Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 6 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–10, 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. 3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wy-kazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Zgodnie z art. 128 ust, 4 – 5 Pzp 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. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie Wykonawca nie wykazał, by zaistniały podstawy wykluczenia wobec

skutecznego i w żaden niezakwestionowanego przez Odwołującego faktu podjęcia przez OSTRADA środków zaradczych w rozumieniu art. 110 Pzp.

Mając na uwadze ofertę Przystępującego, ustalenia oraz przywołane powyżej normy prawne Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, że oferta OSTRADA jest ofertą z rażąco niską ceną, kosztem lub że cechy takie nosi istotny element ceny ofertowej. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał także istnienia przesłanek wykluczenia wobec Przystępującego i nieskuteczności podjętych przezeń środków zaradczych, co implikowałoby negatywną ocenę zachowania Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał również, by istniały jakiekolwiek wątpliwości wymagające wyjaśnień, co uzasadniać mogłoby zarzut zaniechania od wezwania przez Zamawiającego. Odwołujący podjął ryzyko procesowe zgłaszając zarzuty w zakresie podstaw wykluczenia OSTRADA bez zapoznania się z dokumentami odnoszącymi się do zachowania OSTRADA, w zakresie zarówno samego oświadczenia tego wykonawcy w przedmiocie sposobu realizacji kontraktów na rzecz innych zamawiających jak i wyjaśnień i dowodów wskazujących na podjęcie środków zaradczych, o jakich mowa w art. 110 Pzp.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 z uwzględnieniem art. 523 ust. 3 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 5 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).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący.....……