



NP.26.2.35.24.KK4

Kraków, dnia 9 lipca 2024r.

Adresaci:

- 1. Zakład Budowlany Adam Kozłowski, pl. Obr. Westerplatte 13/10, 34-100 Wadowice**
- 2. Oppidum Nadzory Budowlane Marcin Osikowicz, ul. Wybickiego 1/20, 31-261 Kraków**
- 3. Inżynieria Śląsk Grzegorz Galiniak, ul. 1 Maja 83, 41-706 Ruda Śląska**

Dotyczy: postępowania nr, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy w zakresie pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych związanych z wykonaniem zadania pn.: „Adaptacja i modernizacja Dworu Badenich w Wadowie”, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie. w Krakowie.

ZAWIADOMIENIE O WYNIKU POSTĘPOWANIA

Szanowni Państwo,

W związku z zakończeniem postępowania prowadzonego na opisany wyżej zakres przedmiotowy uprzejmie informujemy, iż za najkorzystniejszą uznał ofertę nr 1 Zakład Budowlany Adam Kozłowski, pl. Obr. Westerplatte 13/10, 34-100 Wadowice, za cenę brutto 208.700,00 zł, w której uwzględniono należny podatek od towarów i usług VAT w stawce 23%.

Uzasadnieniem wyboru jest złożenie najkorzystniejszej oferty przy spełnieniu warunków i wymagań Zamawiającego określonych w SWZ oraz uzyskanie największej liczby punktów w przyjętych kryteriach oceny i porównania ofert.

Streszczenie oceny i porównanie złożonych ofert:

- Oferta nr 1 **Zakład Budowlany Adam Kozłowski, pl. Obr. Westerplatte 13/10, 34-100 Wadowice;** „Cena za całość zamówienia”: 75,44 pkt., „Doświadczenie inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej”: 20,00 pkt., co daje łączny wynik wynoszący: **95,44 pkt.**
- Oferta nr 2 **Oppidum Nadzory Budowlane Marcin Osikowicz, ul. Wybickiego 1/20, 31-261 Kraków,;** „Cena za całość zamówienia”: 80,00 pkt., „Doświadczenie inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej”: 5,00 pkt., co daje łączny wynik wynoszący: **85,00 pkt.**

Zamawiający informuje ponadto, iż oferta nr 3 Wykonawcy Inżynieria Śląsk Grzegorz Galiniak, ul. 1 Maja 83, 41-706 Ruda Śląska, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) ustawy Pzp oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp

Zamawiający działając na podstawie wyżej przywołanych podstaw odrzucił ofertę Wykonawcy, gdyż biorąc pod uwagę materiały zgromadzone w toku postępowania uznać należy, że spełnione zostały w przypadku wskazanego Wykonawcy przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 8) ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanymi przepisami z postępowania o udzielenie zamówienia odrzuca się 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, a także, 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, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Z postępowania o udzielenie zamówienia odrzuca się także Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak i Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uzasadniając podjętą decyzję o odrzuceniu Wykonawcy na podstawie wyżej wskazanych podstaw prawnych, Zamawiający podkreśla iż faktycznie potwierdziły się okoliczności wyczerpujące przewidziane w postępowaniu fakultatywne przesłanki wykluczenia.

Wskazuje na to jednoznacznie dokumentacja postępowania, tj. w szczególności oferta Wykonawcy, jak i złożone przez niego oświadczenia oraz informacje uzyskane przez Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego bezsprzecznym jest fakt, iż Wykonawca w ofercie z dnia 29.05.2024r. złożył oświadczenia, które nie są zgodne ze stanem faktycznym. Zamawiający analizując treści złożonej oferty powziął wątpliwości, co do rzetelności i zgodności ze stanem faktycznym złożonych oświadczeń.

Wykonawca w złożonej ofercie wykazał, wykorzystując procedurę samooczyszczenia, iż pomimo wystąpienia przesłanek wykluczenia podjął środki naprawcze niezbędne do dowiedzenia rzetelności, w związku z realizacją umowy dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego. Jednak z dokumentów posiadanych przez Zamawiającego wynika, że Wykonawca zataił informację dotyczącą Zamku Królewskiego na Wawelu – Państwowe Zbiory Sztuki, w którym Wykonawca brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz pełnił funkcje Inżyniera Kontraktu i świadczył usługi nadzoru inwestorskiego (na podstawie umowy nr 166/23 z dnia 9 lutego 2023r.). Z otrzymanych od Zamku Królewskiego na Wawelu – Państwowe Zbiory Sztuki dokumentów wynika jednoznacznie, iż Wykonawcy naliczono kary umowne oraz odstąpiono od umowy z uwagi na niewykonanie ciężących na nim zobowiązań umownych. Tym samym Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego oświadczając stan niezgodny ze stanem faktycznym, a co za tym idzie oświadczył nieprawdę, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Ponadto ZZM w Krakowie w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w roku 2019 w zakresie pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego związanego z realizacją robót budowlanych dla zadania pn.: „(...)

budowa wodnego placu zabaw wraz z amfiteatrem w Parku Jordana etap I”, zawarł umowę z Wykonawcą Inżynieria Śląsk Grzegorz Galiniak w zakresie świadczenia usług nadzoru inwestorskiego (na podstawie umowy nr ZZM/U/II/9/IM/87/2019 z dnia 12 marca 2019r.). Wykonawca nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z w/w umowy, co doprowadziło do rozwiązania umowy w dniu 21 listopada 2021r. wraz z naliczeniem kary umownej.

W roku 2021 w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego związanego z realizacją robót budowlanych dla zadania pn.: „(...) Rewaloryzacja Parku im. Wojciecha Bednarskiego”, Wykonawca wykorzystując procedurę samooczyszczenia dotyczącą postępowania „(...) budowa wodnego placu zabaw wraz z amfiteatrem w Parku Jordana etap I” złożył najkorzystniejszą ofertę przy spełnieniu warunków i wymagań Zamawiającego określonych w SWZ oraz uzyskał największą liczbę punktów w przyjętych kryteriach oceny i porównania ofert, co pozwoliło na zawarcie umowy z Wykonawcą Inżynieria Śląsk Grzegorz Galiniak w zakresie świadczenia usług nadzoru inwestorskiego (Umowa nr ZZM/U/II/30/IM/115/2021 z dnia 8 marca 2021r.). Dnia 14 grudnia 2021r. Wykonawca otrzymał pismo dotyczące naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, w którym stwierdzono dwa przypadki nienależytego wykonania w związku z:

- 1) niedopełnieniem obowiązków Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w związku z niewykryciem istotnej wady umowy z wykonawcą prac budowlanych związanych z realizacją zadania „Rewaloryzacja Parku im. Wojciecha Bednarskiego w Krakowie” w postaci zastosowania przez wykonawcę na etapie budowy zbyt cienkich (nieodpowiednich) kabli zasilających instalację oświetlenia parkowego,
- 2) brakiem odpowiedzi na pismo Zamawiającego (nr pisma: ZM.IM.500.27.20.KR1 z dnia 5 września 2023r.) dotyczącego prośby o wyjaśnienie powyższej sytuacji.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego oświadczając stan niezgodny ze stanem faktycznym, a co za tym idzie oświadczył nieprawdę, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Należy podkreślić, iż przepisy ustawy Pzp nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez Wykonawców w postępowaniu. Jednak w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002r., II CKN 1095/99 Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „Pojęcie „prawda” powinno być rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.”

Ponadto w ocenie Zamawiającego jest to świadomie i zamierzone działanie Wykonawcy, gdyż wie on, że spełnia podstawy do wykluczenia z postępowania a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu. Działanie to można określić jako rażące niedbalstwo, które w doktrynie prawa cywilnego ma postać winy nieumyślnej, która przejawia się tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go nie uniknie. W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § k.c. zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą

zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady wykonawcę ubiegającego się o udzielnie zamówienia publicznego. Należyta staranność nakłada na Wykonawcę, składającego ofertę wraz z oświadczeniami we własnym imieniu aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Tym samym Wykonawca przedstawiając nierzetelne informacje, z których miałyby wynikać, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, wypełniła przesłanki wykluczenia Wykonawcy opisane w art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 8) ustawy Pzp.

Nadto, obowiązująca ustawa Pzp przewiduje procedurę samooczyszczenia tzw. „self-cleaning, która umożliwia Wykonawcom wykazanie, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia podjęte zostały środki niezbędne do dowiedzenia rzetelności Wykonawcy, a tym samym brak jest podstawy wykluczenia. Wykonawca Inżynieria Śląsk Grzegorz Galiniak nie skorzystał z przysługującej mu procedury samooczyszczenia, którą ustawa Pzp reguluje w art. 110 ust 2. Jednak warunkiem *sine qua non* procedury samooczyszczenia jest przyznanie przez Wykonawcę, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie. Wykonawca nie może skorzystać z procedury samooczyszczenia, jeśli nie przyzna się, iż podlega wykluczeniu. Nadto w sytuacji, gdy Wykonawca najpierw oświadczy, iż nie podlega wykluczeniu, a dopiero na późniejszym etapie będzie chciał skorzystać z procedury samooczyszczenia spowoduje to bezskuteczność tej procedury. Składanie bowiem sprzecznych wyjaśnień i oświadczeń przez Wykonawcę dyskredytuje jego oświadczenia o podjętych działaniach dla przywrócenia rzetelności.

Powyższe okoliczności faktycznie odpowiadają orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku o sygn. akt KIO 706/11 z dnia 14 kwietnia 2011r., który mimo, iż oparty jest na poprzednio obowiązującym stanie prawnym ustawy, niemniej jest w pełni adekwatny w niniejszym przypadku: „Art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. statuuje bezwzględny obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Ratio legis art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy oświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia, a tym samym oraz zabezpieczenie słusznego interesu zamawiających” oraz, iż „złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, jest działaniem, które co do zasady, należy uznać za zawinione.”

Zamawiający wskazuje również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdza zasadność wykluczenia Wykonawcy w okolicznościach przedmiotowej sprawy, które mimo zmiany przepisów jest nadal aktualne. Przykładowo w wyroku Izby z dnia 28.09.2009r., sygn. akt KIO 1161/09 podkreślono, że „(...) W przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia” jak również, że „przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. nie uzależnia wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, od wykazania winy tego wykonawcy.”

Ponadto wyrok KIO 61/12 z dnia 19 stycznia 2012 r. wskazuje, że „Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości”, jak również „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest

niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 p.z.p.”. Wyrok ten zwraca także uwagę na to, iż „złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p., ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, to czynność dokonana przez wykonawcę w sposób zamierzony tj. z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa”. Zgodnie z tym samym orzeczeniem „wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością, w sposób nie budzący wątpliwości. Pojęcie "nieprawdziwych informacji" może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeniu wiedzy, a nie do oświadczenia woli.”.

Wyrok Izby z dnia 29.10.2018r., sygn. akt KIO 2057/18, wskazuje natomiast, że „Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. Zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. wykonawca jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że działanie takie nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może to być również działanie nieumyślne tzn. niedbałe. Jednocześnie należy je oceniać w kontekście wymaganej od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych podwyższonej staranności z uwagi na zawodowy charakter tej działalności (art. 355 § 2 k.c.). Jak wynika z orzecznictwa, omawiana przesłanka wykluczenia znajduje również zastosowanie do sytuacji, w których Zamawiający w SIWZ przewidział inne konsekwencje niewypełnienia określonych wymagań np. odrzucenia oferty”.

Przykładowo w wyroku Izby z dnia 04.12.2018r., sygn. akt KIO 2345/18 wyrażono, że „Wykonawca jest zobowiązany składać dokumenty odpowiadające rzeczywistości na każdym etapie postępowania. Ustawodawca nakazuje wykluczyć Wykonawcę, który wprowadził Zamawiającego w błąd, bez wzywania go do wyjaśnień...” oraz „Dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. wystarczające jest samo przedstawienie informacji "wprowadzających w błąd" zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.”.

Z kolei w wyroku z dnia 20.12.2018r. sygn. akt KIO 2547/18, orzeczono, iż „W stosunku do podstaw wykluczenia zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. nie ma przesądającego znaczenia, czy zamawiający w konsekwencji przedstawienia danych informacji rzeczywiście dał się wprowadzić w błąd, przez co doprowadzony został do podjęcia danych decyzji. Z logicznego punktu widzenia zastosowanie tych przepisów zachodzi bowiem wtedy, kiedy zostanie ujawnione, że dane informacje są nieprawdziwe/wprowadzające w błąd - może to mieć miejsce zarówno po podjęciu przez zamawiającego danej decyzji, jak i przed, i w głównej mierze zależy od tego, kiedy zamawiający zostanie poinformowany o niezetelności przedstawionych mu danych, najczęściej przez konkurującego wykonawcę”.

Natomiast w wyroku z dnia 05.12.2018r., sygn. akt KIO 2425/18, Izba stwierdziła, że „Niedbalstwo to nic innego, jak niezachowanie należytej staranności, czyli

działanie nieodpowiadające obiektywnemu wzorcowi postępowania właściwemu danemu dłużnikowi. Natomiast o rażącym stopniu niedbalstwa decyduje jak znaczna jest różnica pomiędzy sposobem postępowania dłużnika a wspomnianym wzorcem. Co istotne, w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd.”.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza także wyrok KIO 3078/21 z dnia 19 listopada 2021r. „przepis art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej), którego implementację stanowi art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy” oraz że, „w pojęciu "odszkodowania" użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. mieścić się będą również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 § 1 k.c. kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.”

Ponadto wyrok KIO 3284 z dnia 24 listopada 2022r. wskazuje iż, „w przypadku podstaw wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 p.z.p. pierwszą konieczną przesłanką jest zaistnienie sytuacji przedstawienia zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia wprowadzających w błąd, czyli po prostu nieprawdziwych (według dawniejszej terminologii), bo niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, informacji. Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak dawniej obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. z 2004 r., nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia "prawdy" lub "nieprawdy" w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”.

Przywołać należy również przykładowe tezy piśmiennictwa wskazujące na okoliczności, które mając na uwadze stan faktyczny niniejszej sprawy, potwierdzają konieczność wykluczenia Wykonawcy. W komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 podkreślono, iż z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu Wykonawca "w stosunku do którego zachodzi podstawa wykluczenia o charakterze obligatoryjnym określona w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp lub wskazana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia podstawa wykluczenia o charakterze fakultatywnym określona w art. 109 ust. 1 Pzp. Pomimo zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawca nie podlega jednak wykluczeniu, jeżeli udowodni zamawiającemu, że podjął środki w celu „samooczyszczenia”, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności (art. 110 ust. 2 i 3 Pzp). Ponadto w przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia zamawiający może, co do zasady, odstąpić od wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 Pzp).” (str. 399).

Przesłanką wykluczenia jest „(...) wykazanie zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych za pomocą stosownych środków dowodowych. Zgodnie z treścią normy ciężar udowodnienia zawinionego i poważnego naruszenia spoczywa na zamawiającym. Dowodami będą zarówno dokumenty urzędowe, takie jak wyrok, decyzja, akt oskarżenia, postanowienie o wszczęciu postępowania, jak i dokumenty prywatne. W przypadku gdy przyczyną wykluczenia jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie

zobowiązań umownych, dowodami mogą być pozw, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań. Nie jest przeszkodą wykluczenia z postępowania zawistość sprawy przed sądem. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego niezależnie od tego, na jakim etapie znajduje się postępowanie sądowe, a nie tylko po wydaniu przez sąd orzeczenia na skutek wniesienia sądowego środka zaskarżenia na decyzję o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podjętą przez zamawiającego z powodu znaczących nieprawidłowości, do których doszło w czasie wykonywania tej umowy.” (str. 400).

Co więcej „niewykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, 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. Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej. Art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej upoważnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej uprzedniej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.” (str. 402). „Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnianiu istotnego wymogu muszą prowadzić do wcześniejszego rozwiązania umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. „Wcześniejsze rozwiązanie umowy” zostało zastąpione w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przez „wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy”. Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy co do zasady stanowi sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Taką funkcję w polskim systemie prawa cywilnego tradycyjnie spełnia odstąpienie od umowy lub nadzwyczajne wypowiedzenie (wypowiedzenie przed terminem) umowy. Pojęcie „odszkodowanie” należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje”). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 Kc).” (str. 404, 405).

Nadto, „zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia 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. Przepis transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. Stosownie do tego przepisu zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 dyrektywy klasycznej. Podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.”(str. 406).

Niezbędne jest także odwołanie się do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (tzw. „dyrektywy klasycznej”), która w motywie 101 wyraźnie zwraca uwagę na pewien negatywny typ zachowań wykonawców, tj. mianowicie powtarzające się w trakcie realizacji jakiegoś konkretnego kontraktu lub różnych przedsięwzięć (które można zidentyfikować) nieprawidłowości czy niedociągnięcia, nawet drobne, ale które sugerują pewną intencję wykonawcy, a poprzez dużą ilość takich niepożądanych zachowań stają się realnym problemem dla określonego segmentu rynku.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż wobec wskazanego Wykonawcy w niniejszej sprawie bezsprzecznie potwierdzone zostało wystąpienie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 8) ustawy Pzp, z których wynika obowiązek wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji, decyzja o odrzuceniu oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp jest w pełni uzasadniona, gdyż została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez podanie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających potwierdzić rzekome spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jest w pełni uzasadniona zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym.

Zamawiający wskazuje również, iż działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzucił z postępowania ofertę nr 3 Inżynieria Śląsk Grzegorz Galiniak, ul. 1 Maja 83, 41-706 Ruda Śląska.

Zgodnie z przywołanymi przepisami Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Na wstępie zauważyć należy, iż cena złożonej przez Wykonawcę oferty za całość wykonania przedmiotu zamówienia, jest niższa 46% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania.

Również cena złożonej przez Wykonawcę oferty zawiera cenę w odniesieniu do usług w zakresie podstawowym oraz w opcjach nr 1,2,3, która jest niższa o 40% w zakresie podstawowym, która jest niższa o 44% w zakresie opcji nr 1, która jest niższa o 46% w zakresie opcji nr 2, która jest niższa o 53% w zakresie opcji nr 3, od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Wskazane wartości są bardzo istotne dlatego też, w procesie składanych wyjaśnień i dowodów dotyczących realności oraz prawidłowości zaoferowanej ceny, Wykonawca winien w sposób nie budzący wątpliwości wykazać prawidłowość dokonanej kalkulacji i przedłożyć wiarygodne dowody w tym aspekcie.

Niemniej w ocenie Zamawiającego Wykonawca tego nie uczynił, gdyż złożone wyjaśnienia wraz z załącznikami nie potwierdzają, aby możliwym było wykonanie przedmiotu umowy za zaoferowaną cenę.

Zamawiający wskazuje, iż wypełniając dyspozycję wynikającą z art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp wezwał w dniu 7 czerwca 2024r. Wykonawcę do wyjaśnienia ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. W udzielonej odpowiedzi w dniu 12 czerwca 2024r. Zamawiający otrzymał informacje i kalkulacje. Wykonawca jednak nie wykazał w złożonych

wyjaśnieniach, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, i że jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami i treścią SWZ za zaoferowaną cenę. Wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących przedstawienia obecnie realizowanych zadań dotyczących Nadzoru Inwestorskiego wraz z wykazaniem Zleceniodawców, a ponadto nie potwierdził i nie uzasadnił w oparciu o przedmiotowy wykaz, że Wykonawca jest w stanie osobiście przeprowadzać wykazane w kalkulacji kosztowej wizyty na budowie w oparciu o zasoby, które przedstawił w ofercie.

Wyjaśnić należy, iż Wykonawca odpowiadając na wezwanie, musi przedstawić przede wszystkim szczegółowe wyjaśnienia, gdyż ich niezłożenie albo złożenie ich w zakresie wybiórczym i nie dokumentującym realności podanej ceny, skutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Również niezłożenie rzetelnych dowodów, ani prawidłowych wyliczeń szczegółowych itd., o jakie w wezwaniach wnioskował Zamawiający, stanowi przyczynę uznania, iż Wykonawca nie podołał obowiązkowi wykazania realności ceny, a to jego obciąża taki obowiązek.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien przede wszystkim odnieść się do tych elementów oferty, które budzą wątpliwości Zamawiającego wskazane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz złożyć stosowne dowody, jak i wiarygodne wyliczenia, a w przedmiotowej sprawie tego nie uczynił. Zamawiający zaznacza, iż obowiązek wykazania, że oferta zawiera rażąco niską cenę spoczywa na Wykonawcy.

Ponadto Zamawiający wskazuje, iż Krajowa izba Odwoławcza, w wyroku z dnia 07.07.2021r. orzekła, iż: *„Celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8w. zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p.”.*

Następnie, Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z dnia 25.11.2021r., KIO3231/21, orzekła, że: *„Przepis art. 226 ust. 8 p.z.p. 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.”.*

Z kolei, w wyroku z dnia 01.02.2022r.(KIO 151/22) Krajowa izba Odwoławcza orzekła, że: *„Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczające konkretne, kompletne czy rzetelne.”.* Zasadność postępowania Zamawiającego

potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2023 r. KIO 780/23, w którym zawarto następującą tezę: „Ustawodawca po stronie wykonawcy ukształtował bezwzględny obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. To wykonawca jest dysponentem wiedzy na temat podstaw kształtowania i doboru elementów stanowiących podstawy wyliczenia ceny jego oferty, co oznacza jednocześnie, że tylko taki wykonawca ma jednoznaczną i pełną świadomość tego co w cenie oferty zostało uwzględnione, jakie elementy stanowią szczególnie sprzyjające warunki kalkulacji ceny oferty oraz jaki ma to wpływ na całość oferty cenowej. Podkreślenia wymaga, że elementy szczególnie korzystne, wpływające na wysokość ceny oferty znane są również samemu wykonawcy, a ich źródło powinno znaleźć odzwierciedlenie w dowodach składanych Zamawiającemu.”.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, nadal aktualne pomimo zmiany stanu prawnego, a wyrażone między innymi w wyroku KIO z dnia 15.10.2018r., KIO 1972/18, w którym orzeczono, iż „(...) Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień - temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.”.

Powyższe stanowisko potwierdza również orzeczenie z dnia 19 lutego 2018r. (KIO 204/2018), w którym orzeczono, iż: „(...) na wykonawcy składającym wyjaśnienia, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, spoczywa ciężar wykazania, iż złożona przez niego oferta jest zgodna z ustawą z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jak również z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wykonawca będący przecież profesjonalistą, co niejednokrotnie uwypuklane jest w orzecznictwie Izby, powinien dołożyć należytej staranności i złożyć jasne, konkretne, szczegółowe wyjaśnienia, a przede wszystkim wyjaśnienia odnoszące się do meritum zadanego przez Zamawiającego pytania, 2. Wykonawca posiada swobodę podczas kalkulacji ceny oferty, w tym jej poszczególnych elementów składowych, jednakże granice tej swobody wyznaczają zarówno postanowienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również przepisy ustawy z 2004r. - Prawo zamówień publicznych oraz innych aktów prawnych”.

Podobnie orzeczono w wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2018r. (KIO 23/18), wyrażono iż: „1. Wskazana w art. 90 ust. 3 p.z.p. sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, unormowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. "Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.", którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż z uwagi na treść art. 90 ust. 1 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. - który stanowi, iż "Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia." - w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty. 2. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu dokonania jej kalkulacji, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nie złożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień, których ocena wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że cena jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 p.z.p.), ponadto konsekwencją oceny ceny jako rażąco niskiej jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. 3. Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p., zatem wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedłożyć dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i zasadność przedłożonych wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić - dla skutecznego wykazania nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyliczyć, ale także udowodnić, czy choćby przekonująco uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. ".

Potwierdza to też orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone między innymi w wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2021r. sygn. akt. KIO 3295/20, w którym orzeczono, iż: „Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Z kolei termin oferta należy odczytywać na gruncie art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 z późn. zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.”

Mając powyższe na uwadze oraz zgromadzony materiał dowodowy, jak i obowiązujące tezy piśmiennictwa oraz przywołane orzecznictwo, Zamawiający stwierdza, że odrzucenie oferty wskazanego wyżej Wykonawcy na podstawie przywołanych podstaw prawnych, jest konieczne i w pełni zasadne, a w konsekwencji

zobowiązany był do orzeczenia jak na wstępie.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, od powyższych decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, można je wnieść w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Ponadto Zamawiający informuje, iż umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego może zostać zawarta, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, po dniu **16 lipca 2024r.**, tj. po upływie 5 dni liczonych od dnia przesłania niniejszego zawiadomienia.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a/a.