

**WYROK**  
z dnia 8 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 września 2020 r.** przez wykonawcę **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Gminy w Istebnej,**

**przy udziale wykonawcy INSTAL C. SPÓŁKA JAWNA, Graniczna 22, Pierściec**

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu Gminie Istebna: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odrzucenie oferty wykonawcy Instal C. Sp. j. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.**

**2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.**

**3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Istebna i:**

**3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;**

**3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Istebna na rzecz wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu kwotę 23 600 zł 00 gr**

(słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bielsku Białej.**

**Przewodniczący:**  
**UZASADNIENIE**

W dniu 8 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Gminie Istebna (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa drogi wewnętrznej Zaolzie w Istebnej - etap II w ramach - Przebudowy drogi gminnej Zaolzie w Istebnej - etap II” (dalej

**„Postępowanie”):**

- 1)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instal C. sp. j., pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2)art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instal C. sp. j., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę a wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny;
- 3)art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu;
- 4)art. 26 ust. 4 w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do założenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów w zakresie posiadanego doświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, że Instal C. sp. j. nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i zaniechanie ustalenia faktycznego udziału Instal C. sp. j. przy realizacji zamówienia wskazanego w wykazie robót, które zostały wykonane wspólnie przez członków konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny ofert, wykluczenie Instal C. sp. j. z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie wezwanie Instal C. sp. j. do wyjaśnienia zakresu doświadczenia nabytego przy realizacji zadania wskazanego w Wykazie robót.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi wewnętrznej Zaolzie w Istebnej - etap II w ramach - Przebudowy drogi gminnej Zaolzie w Istebnej - etap II” jest wykonanie robót budowlanych szczegółowo opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, Przedmiarze, STWiORB i pozostałej dokumentacji przetargowej. Za wykonanie przedmiotu zamówienia Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe.

1. Treść Oferty Instal C. sp. j. - brak obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i niezgodność treści oferty z treścią SIWZ

Odwołujący wskazał, że oferta Instal C. sp. j. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie:

- a) obliczenie cen jednostkowych niezgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. pkt. 18.10) SIWZ

W ocenie Odwołującego sposób obliczenia cen jednostkowych na potrzeby Kosztorysu ofertowego został uregulowany w Rozdziale 18 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, pkt 10), zgodnie z którym:

Kosztorys ofertowy - powinien być opracowany dla ilości jednostek przedmiarowych robót podanych w przedmiarze robót - załącznik nr 10 do SIWZ:

-cena netto (bez podatku VAT), wszystkich robót musi stanowić sumę iloczynów odpowiednio skalkulowanych cen jednostkowych robót i ilości jednostek przedmiarowych robót;

-cena jednostkowa robót musi zawierać sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku oraz inne koszty (no. badania, itp.).

Z powyższego wynika, w ocenie Odwołującego, że każda z cen jednostkowych powinna uwzględniać całość kosztów niezbędnych do wykonania danej pozycji kosztorysu. Tymczasem w pkt 6 wyjaśnień z 10.08.2020r., złożonych przez

Instal C. sp. j. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 04.08.2020, Instal C. sp. j. przyznała, że warunek ten nie został spełniony w zakresie pozycji 33 i 37 Kosztorysu: "W szczególności zawyżyliśmy wartość pozycji nr 33 pn. „Wbijanie ścianek szczelnych stalowych U16-400 na głębokość wbicia 6m” (wartość tej pozycji jest ponad czterokrotnie wyższa niż w przypadku drugiej najkorzystniejszej oferty), a znacząco zaniżyliśmy ją dla pozycji 37. Prawidłowa wartość pozycji 33 to ok. 120 000 zł, a pozycji 37 to ok. 385 000 zł.

W ocenie Odwołującego, z powyższych wyjaśnień Instal C. sp.j. wynika, że poz. 33 (tj. wbijanie ścianek szczelinowych) i 37 (tj. prefabrykowany przepust) Kosztorysu stanowiącego treść oferty Instal C. sp.j. nie zawierają sumy kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku oraz innych kosztów niezbędnych do wykonania robót objętych tymi pozycjami, tak jak wymaga tego specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Zawierają za to inne, bliżej nieokreślone koszty. W szczególności poz. 33 zawiera także (częściowo?) koszty robót z poz. 37, a poz. 37 nie zawiera części kosztów robót objętych tą pozycją. W ocenie Odwołującego to powoduje, iż oferta Instal C. w powyższym zakresie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ w poz. 33 i 37 nie wyceniono wykonania robót objętych tymi pozycjami.

Ponadto Odwołujący wskazał, że powyższe wyjaśnienia Instal C. sp.j. świadczą także o tym, że oferta tej firmy nie została przygotowana zgodnie z zapisami dokumentacji przetargowej (SST D. 14.03.01). Zamawiający żądał wykonania przepustu w formie prefabrykatu, a więc gotowego prefabrykowanego elementu. W sytuacji gdy w poz. 37 Kosztorysu wykonawca zobowiązany był wskazać cenę jednostkową gotowego prefabrykowanego elementu (tj. prefabrykowanego przepustu), którego wycena powinna opierać się na ofercie dostawcy tego elementu, trudno jest przyjąć argumentację Instal C. sp.j. wskazującą na przypadkowe przeniesienie części wartości robót z tej pozycji do innej pozycji (tj. do poz. 33). Odwołujący wskazał, że poziom cen dla poz. 37 Kosztorysów pozostałych oferentów (z wyjątkiem oferty Instal C. sp.j.) kształtuje się przedziale od 325 310,44 zł do 404 250,00 zł, natomiast cena Instal C. sp.j. w poz. 37 Kosztorysu wynosi 70 000,00 zł.

W ocenie Odwołującego w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie mamy do czynienia jedynie z formalnym niedopuszczalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami. Brak zgodności pomiędzy robotami ujętymi danej pozycji ich wyceną może mieć dla zamawiającego konkretny wymiar finansowy. Zamawiający dokonując zapłaty za roboty z poz. 33 płaci także częściowo za roboty z poz. 37, które mogły, w całości lub w części, nie zostać jeszcze wykonane oraz co do których nie ma pewności, czy zostaną wykonane w przyszłości.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę sposób obliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie robót w ramach niniejszego zamówienia, zaniżanie i zawyżanie wartości cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach Kosztorysu uznać należy za niedopuszczalne. Sposób obliczenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w ramach zamówienia został szczegółowo opisany w Projekcie umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ, i tak:

-Zgodnie z § 6 ust. 1 Projektu umowy: „Zamawiający zobowiązany jest zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie w kwocie wynikającej z iloczynu ilości rzeczywiście wykonanych robót i ich wartości jednostkowych (zawartych w Kosztorysie Ofertowym), powiększonej o podatek VAT;

-Zgodnie z § 6 ust. 3 Projektu umowy: „Zakres robót zawarty w Kosztorysie ofertowym jest szacunkowy. W zależności od faktycznych potrzeb, dopuszcza się zmiany ilości robót wykonywanych względem ilości robót założonych do wykonania, z zastrzeżeniem, że kwota o której mowa w ust 1 nie może być przekroczona;

-Zgodnie z § 6 ust. 4 i 5 Projektu umowy: „4. Rozliczenie robót, wskazanych w ust 2, będzie dokonywane z kwoty Tymczasowej określonej w kosztorysie ofertowym. W ramach kwoty Tymczasowej wykonywane będą:

a.Zakres robót, które wynikają z różnicy pomiędzy przedmiarem robót, a faktyczną ilością wynikającą z obmiaru,

b.Roboty nie ujęte w przedmiarze, a przewidziane w projekcie w budowlanym i w projektach wykonawczych,

c.Roboty niezbędne do wykonania na skutek zmian nieistotnych wprowadzonych w dokumentacji projektowej, zgodnie z Prawem Budowlanym. Wszystkie powyższe roboty podlegają akceptacji przez Inspektora nadzoru oraz zatwierdzeniu przez Zamawiającego.

5. Wartość robót wskazanych w ust 2 realizowanych z Kwoty Tymczasowej obliczana będzie w następujący sposób:

a.Jeżeli roboty odpowiadają opisowi pozycji z kosztorysu ofertowego to cena jednostkowa podana w kosztorysie

ofertowym będzie stosowana do wyliczenia wysokości wynagrodzenia.”

Z powyższego wynika, iż wynagrodzenie ma charakter obmiarowy (obmiar powykonawczy), jest należne wykonawcy jedynie za roboty rzeczywiście wykonane, a wysokość wynagrodzenia będzie iloczynem cen jednostkowych z Kosztorysu i ilości rzeczywiście wykonanych robót. Ceny jednostkowe z Kosztorysu będą także w razie potrzeby stanowić podstawę rozliczenia robót dodatkowych i zamiennych.

W ocenie Odwołującego treść powyższych zapisów Projektu umowy opiera się jednak na założeniu, iż ceny jednostkowe z Kosztorysu zostały obliczone zgodnie z pkt. 18.10) SIWZ, tj. cena jednostkowa robót zawiera sumę kosztów wykonania robót objętych daną pozycją i tylko tą pozycją. Wycena poz. 33 i 37 Kosztorysu Instal C. sp.j. nie odpowiada powyższemu założeniu, co jest sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jeśli okazałoby się, że ilość rzeczywiście wykonanych robót, wskazanych w poz. 33, byłaby większa, niż ilość robót wskazana w przedmiarze w poz. 33

Kosztorysu, zamawiający na podstawie § 6 ust. 1 w zw. z ust. 3 Projektu umowy zmuszony byłby do zapłaty zawyżonej ceny jednostkowej za te roboty, obejmującej także koszty robót niewykonanych. Powyższe dotyczyć może także robót dodatkowych, rozliczanych z Kwoty Tymczasowej, co wynika z § 6 ust. 5 lit a w zw. z ust. 4 Projektu umowy. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1556/15.

b.oferta Instal C. sp.j. w zakresie zastosowanych studni rewizyjnych tworzywowych o śr. 1000 mm nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zakresie kanalizacji deszczowej w pkt 2.3.1 STWiORB D.03.02.01 przewidział wykonanie studni rewizyjnych tworzywowych o śr. 1000 mm z materiału PE-HD. (wyjaśnienie: HDPE (high density PE, PE-HD) - polietylen o dużej gęstości, otrzymywany przez polimeryzację niskociśnieniową.)

D.03.02.01 - KANALIZACJA DESZCZOWA 1. WSTĘP

1.1.Przedmiot STWiORB

Przedmiotem niniejszych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB) są wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót związanych z budową kanalizacji deszczowej.

2.3. Studzienki kanalizacyjne

2.3.1.Komora robocza

Uzbrojenie kanalizacji deszczowej i sanitarnej będą stanowić systemowe studnie muszą zostać wykonane z rury PEHD niekarbowanej, strukturalnej wykonane w formie monolitycznej wraz z komora dociążająca o grubości 40 cm. Komorę należy wypełnić do górnej części króćców wlotowych. Wypełnione króćce należy zaślepić korkiem z PE.

Trwałe, (nierozłączne) połączenie kinety z kominem musi zapewniać szczelność oraz podwyższenie komina musi być wykonane metodą spawania ekstruzyjnego.

Rura z której wyprodukowano komin studzienki musi posiadać AT ITB, IBDiM oraz pozytywną opinię GIGu.

Systemowe studzienki kinetowe muszą posiadać możliwość wykonania komory dociążającej o wysokości dopasowanej do warunków gruntowo-wodnych. W przypadku występowania gruntów nawodnionych studzienki muszą posiadać komory dociążające nie płytsze niż 30 cm, dobierane indywidualnie na podstawie narzędzia -obliczeniowego udostępnianego przez producenta.

Włazy zostaną zamontowane na płycie żelbetowej pływającej o grubości 15 cm oraz pierścieniu odciążającym o grubości 20 cm.

Powyższe studnie są wycenione w poz. 91 Kosztorysu:

Odwołujący wskazał, że wykonawca Instal C. sp.j. w pozycji 91 Kosztorysu oświadczył, że do wykonania przedmiotu zamówienia zastosuje rury z materiału PP czyli propylenu, a nie PEHD. tak jak wymaga tego specyfikacja istotnych warunków zamówienia, (wyjaśnienie: Polipropylen (PP) - organiczny związek chemiczny, polimer z grupy poliolefin, zbudowany z merów. Otrzymuje się go w wyniku niskociśnieniowej polimeryzacji propenu. Polipropylen jest jednym z dwóch, obok polietylenu, najczęściej stosowanych tworzyw sztucznych. Na przedmiotach z niego wytworzonych umieszcza się zwykle symbol PP).

W ocenie Odwołującego zastosowanie przez Instal C. materiału PP zamiast PEHD wynika z wyjaśnień z 10.08.2020r., złożonych przez Instal C. sp.j. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 04.08.2020, Instal C. sp.j. Do wyjaśnień tych Instal C. sp.j. załączyła ofertę na dostawę studni firmy ROMOLD, producenta studni rewizyjnych tworzywowych o sr. 1000 mm, które Instal C. sp.j. uwzględnił w swojej ofercie i które zamierza stosować.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że kształt studni ofertowanych przez Instal C. sp.j. jest niezgodny z STWiORB. Zamawiający w zakresie kanalizacji deszczowej w pkt 2.3.1 STWiORB D.03.02.01 przewidział wykonanie studni z rury niekarbowanej. Firma ROMOLD nie posiada w swojej ofercie studni z rury niekarbowanej. Wszystkie studnie ROMOLD w tym studnia DN 1000, przyjęta przez Instal C. sp.j., są z rury karbowanej. Na dowód powyższego odwołujący przedkłada załącznik nr kartę katalogową studni DN 1000 z PP (tj. studnia uwzględniona w ofercie Instal C. sp.j.). W ocenie Odwołującego, tak poczynione założenia stanowią nieuprawnioną zmianę rozwiązań w stosunku do przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań Zamawiającego, które powinny stanowić podstawę wyceny. Odwołujący zauważył także, że wartość robót z poz. 91 (Kosztorysu Instal C. sp.j. wynosiła 107 534,35 zł, natomiast wartość robót z poz. 91 Kosztorysu Odwołującego to 174 381,51 zł. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący do swojej oferty przyjął studnie zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak duża różnica w cenie poz. 91 Kosztorysu pomiędzy Instal C. sp. j. i Odwołującym mogła zostać spowodowana przyjęciem przez Instal C. sp. j. do wyceny materiałów niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Odwołującego, istotne jest przy tym wskazanie, że Instal C. sp. j. nie poinformował Zamawiającego o dokonaniu wyceny na podstawie odmiennych założeń w treści pierwotnej oferty. Informacja taka została ujawniona dopiero w odpowiedzi na wezwanie przez Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Otrzymawszy wyjaśnienia uwzględniające rozwiązania odmienne i tańsze niż przewidziane w SIWZ, Zamawiający nie odrzucił oferty Instal C. sp. j., mimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

#### c.Brak obalenia zarzutu rażąco niskiej ceny

W ocenie Odwołującego zakres wyjaśnień przedstawionych przez Instal C. sp. j. pismem z dnia 10.08.2020r., złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 04.08.2020 r., nie obala w żadnym stopniu domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż oparty jest jedynie na ogólnikowych stwierdzeniach, które nie zostały poparte dowodami, w szczególności:

a)w pkt. 2 wyjaśnień z 10.08.2020r. Instal C. sp. j. stwierdziła, że „Nasza spółka otrzymała wyjątkowo korzystne oferty na materiały”. Załącznikiem do ww. wyjaśnień są oferty podwykonawców i dostawców, złożone firmie Instal C. Sp. j. . W ocenie Odwołującego oferty te nie zawierają cen, które można byłoby określić jako „wyjątkowo korzystne”. W ocenie Odwołującego Ceny zawarte w ofertach załączonych do wyjaśnień z 10.08.2020r. nie odbiegają od cen rynkowych.

b)w pkt. 3 wyjaśnień z 10.08.2020r. Instal C. sp. j. wskazuje, że „Następną kwestią jest bliskość planowanej inwestycji od zakontraktowanego rzez nas w dniu 04.08.2020r. zadania: (...) Niewielka odległość ul. Zaolzie od miejsca realizowanych w niedalekiej przyszłości robót eliminuje dodatkowe wydatki związane z przerzuceniem sprzętu i brygad na większe odległości. Tym samym w znaczącym stopniu ograniczając koszty dostosowania się do wymagań ogólnych zawartych w Specyfikacji Technicznej oraz OPZ dla całości robót objętych inwestycją (cos tanowi niemalże 6% wartości drugiej najkorzystniejszej oferty)”. W ocenie Odwołującego jest to stwierdzenie jedynie ogólnikowe, niepoparte jakimkolwiek dowodem. Nie wynika z niego bowiem, czy rzeczywiście oraz w jaki sposób harmonogramy realizacji obu inwestycji pozwalają na wykonywanie ich za pomocą tego samego personelu oraz sprzętu oraz jaka oszczędność z tego tytułu może zostać osiągnięta. Powyższe wyjaśnienia mogą ponadto oznaczać, iż oferta Instal C. sp.j. nie obejmuje całości kosztów realizacji zamówienia.

c)w pkt. 4 wyjaśnień z 10.08.2020r. Instal C. sp.j. stwierdziła: „(...) zamierzamy wykonać zamówienie w możliwie najszybszym terminie w celu zminimalizowania kosztów jego realizacji”. Jednocześnie w wyjaśnieniach z 17.08.2020 Instal C. sp.j. podaje, że skalkulowała realizację robót w ramach zamówienia przy pomocy 10 pracowników przez okres 10 miesięcy, tj. przez okres założony przez Zamawiającego. Z powyższego wynika, że stwierdzenie o zamierzonym przyspieszeniu realizacji robót, zawarte w wyjaśnieniach z 10.08.2020r., nie odpowiada prawdzie.

2. Brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia

Z ostrożności, na wypadek nie uwzględnienia zarzutów skutkujących koniecznością odrzucenia oferty Instal C. sp. j. Odwołujący wskazuje na brak wykazania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w pkt. 9.1.3) lit a SIWZ wskazano, iż w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia. Wykonawca spełni ten warunek, jeśli wykaże, że w okresie ostatnich 5 - ciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, co najmniej jedną robotę polegającą na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie drogi o nawierzchni asfaltowej wraz z robotami towarzyszącymi o wartości całkowitej minimum 5.000.000,00 zł. brutto przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Wykazem robót budowlanych, protokołem odbioru i referencjami przedłożonym przez Instal C. sp.j. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazano zamówienie pn.: "Budowa Zintegrowanego Węzła Przesiadkowego w Cieszynie". Z załączonego Protokołu zaawansowania robót nr 5/2018 oraz referencji dotyczących powyższego zadania wynika, że Wykonawcą zadania było konsorcjum: Instal C. sp.j. oraz ZOWADA s.r.o. Z powyższych dokumentów nie wynika jednak, która ze spółek tworzących konsorcjum faktycznie realizowała prace dotyczące budowy dróg i w konsekwencji nie wiadomo, czy Instal C. rzeczywiście posiada wymagane doświadczenie w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy lub remoncie drogi o nawierzchni asfaltowej wraz z robotami towarzyszącymi o wartości całkowitej minimum

5.0.000,00 zł. brutto.

Odwołujący wskazał, że możliwość powoływania się przez członka konsorcjum na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum w wyniku uprzedniej realizacji zamówienia winno być weryfikowane wyłącznie przez pryzmat faktycznej realizacji zamówienia w ramach tego konsorcjum. Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. (vide: wyrok TSUE z 04.05.2017r., C-131/14 Esaprojekt). W ocenie Odwołującego także w świetle orzecznictwa Krajowej Izby

Odwoławczej, członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac, jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów. Przyjęcie odmiennego poglądu, zdaniem Odwołującego w realiach stanu faktycznego niniejszej sprawy prowadziłoby do zaaprobowania fikcji, polegającej na tym, że wykonanie części, a nawet niewielkiej części zamówienia skutkuje nabyciem doświadczenia odnoszącego się do pełnego zakresu realizacji robót oraz multiplikowaniem doświadczenia wykonawcy, w przypadku gdy każdy z wykonawców mógłby się powoływać na zdobyte na rynku doświadczenie przy realizacji tego samego zadania doświadczenie, co oznaczałoby zwiększenie własnego doświadczenia, większego od faktycznie zrealizowanego zamówienia, wymaganego od danego wykonawcy w ramach SIWZ.

Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por.: wyrok z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, wyroku z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2571/17, wyrok z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 188/18, KIO 201/18, itd.)

W związku z powyższym Zamawiający, w przypadku uznania przez Izbę, że wobec oferty Instal C. sp. j. nie zachodzą przesłanki odrzucenia, Zamawiający zobligowany będzie dokonać badania możliwości powołania się na doświadczenie. W realiach niniejszej sprawy pomimo wątpliwości w zakresie powoływanego doświadczenia Zamawiający zaniechał wezwania Instal C. sp. j. do udzielenia wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie.

## II. Rozważania prawne

Na podstawie 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. Przepis ten jest skorelowany z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ. Wykonawca składając ofertę powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w SIWZ. Jak wskazuje się w doktrynie, dla uznania zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym, wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty powinna wynikać jej zgodność z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, składającymi się na treść zobowiązania wykonawcy. W konsekwencji tej zgodności, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie zgodnie z treścią art. 140 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Instal C. sp. j. wyceniła w ramach oferty odmienne roboty, niż wymagał Zamawiający w SIWZ, w postaci studni z rur karbowanych DN 1000 z materiału PP zamiast studni z rur niekarbowanych DN 1000 z materiału PE-HD. To potwierdza, że oferta Instal C. sp.j. nie odpowiada w tym zakresie treści SIWZ i powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepisy art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp stwarzają natomiast domniemanie ceny rażąco niskiej. Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, jeżeli wykonawca pytany o wyjaśnienia w tej kwestii nie złoży wyjaśnień, bądź wyjaśnienia te nie są wystarczające, jego oferta podlega odrzuceniu. Wykonawca powinien zatem zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp dowieść Zamawiającemu, iż zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Oznacza to, iż ciężar dowodowy w tej kwestii leży po stronie wykonawcy. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 1 października 2013 r., KIO 2250/13 oraz wyrok KIO z dnia 21 października 2016 r., KIO 1893/16. W ocenie Odwołującego, w odniesieniu do przedmiotowego Postępowania, Instal C. sp.j. nie podolała obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a złożone przez nią wyjaśnienia wręcz potwierdzają dodatkowo ocenę, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od zarzutów skutkujących koniecznością odrzucenia oferty Instal C. sp. z powodu jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Odwołujący podniósł, że gdyby Instal C. sp.j. uwzględnił w treści oferty wszystkie elementy, o których mowa powyżej i określone w SIWZ, jego oferta nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

### ***Izba ustaliła co następuje:***

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r.). Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi wewnętrznej Zaolzie w Istebnej - etap II w ramach - Przebudowy drogi gminnej Zaolzie w Istebnej - etap II”.

W Rozdziale 8 SIWZ Zamawiający wskazał, że przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie zamówienia. W Rozdziale 18 Zamawiający zawarł informacje co do sposobu obliczenia ceny. Zamawiający wskazał m.in., że:

Kosztorys ofertowy - powinien być opracowany dla ilości jednostek przedmiarowych robót podanych w przedmiarze robót - załącznik nr 10 do SIWZ:

-cena netto (bez podatku VAT), wszystkich robót musi stanowić sumę iloczynów odpowiednio skalkulowanych cen

jednostkowych robót i ilości jednostek przedmiarowych robót;

-cena jednostkowa robót musi zawierać sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku oraz inne koszty (no. badania, itp.).

Izba ustaliła, że w SIWZ pkt 5 lit. b) Zamawiający wskazał, że Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych tj. o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż określone w SIWZ - w odniesieniu do materiałów i urządzeń, których pochodzenie zostało określone przez Zamawiającego w SIWZ nazwą producenta. Ponadto, Zamawiający odwołał się do postanowień art. 30 ust. 1, 3 i 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający w zakresie kanalizacji deszczowej w pkt 2.3.1 STWiORB D.03.02.01 przewidział wykonanie studni rewizyjnych tworzywowych o śr. 1000 mm z materiału PE-HD. (wyjaśnienie: HDPE(high density PE, PE-HD) - polietylen o dużej gęstości, otrzymywany przez polimeryzację niskociśnieniową.)

D.03.02.01 - KANALIZACJA DESZCZOWA 1. WSTĘP

1.1.Przedmiot STWiORB

Przedmiotem niniejszych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB) są wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót związanych z budową kanalizacji deszczowej.

2.3. Studzienki kanalizacyjne

2.3.1.Komora robocza

Uzbrojenie kanalizacji deszczowej i sanitarnej będą stanowić systemowe studnie muszą zostać wykonane z rury PEHD niekarbowanej. strukturalnej wykonane w formie monolitycznej wraz z komora dociążająca o grubości 40 cm. Komorę należy wypełnić do górnej części króćców wlotowych. Wypełnione króćce należy zaślepić korkiem z PE.

Trwałe, (nierozłączne) połączenie kinety z kominem musi zapewniać szczelność oraz podwyższenie komina musi być wykonane metodą spawania ekstruzyjnego.

Rura z której wyprodukowano komin studzienki musi posiadać AT ITB, IBDiM oraz pozytywną opinię GIGu.

Systemowe studzienki kinetowe muszą posiadać możliwość wykonania komory dociążającej o wysokości dopasowanej do warunków gruntowo-wodnych. W przypadku występowania gruntów nawodnionych studzienki muszą posiadać komory dociążające nie płytsze niż 30 cm, dobierane indywidualnie na podstawie narzędzia -obliczeniowego udostępnianego przez producenta.

Włazy zostaną zamontowane na płycie żelbetowej pływającej o grubości 15 cm oraz pierścieniu odciążającym o grubości 20 cm.

Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono 8 ofert. Oferta najtańsza wynosiła 6.456.475,25 zł i została złożona przez Przystępującego. Oferta najdroższa wynosiła 9.785.197,61 zł. Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 10.200.000,00 zł.

Izba ustaliła, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych wykonanych w ostatnich 5 latach. W wykazie Przystępujący oświadczył, iż zrealizował zamówienia pn. Budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego w Cieszynie - zakres robót: Przebudowa zachodniej części ulicy Hajduka i budowa ronda na skrzyżowaniu ulicy Bobreckiej i Hajduka; wykonanie miejsc parkingowych przy budynku historycznym dworca kolejowego, roboty drogowe z miejscami postojowymi oraz ścieżką rowerową przy nowym budynku dworca kolejowego, roboty drogowe przy dworcu autobusowym, wykonanie kanalizacji deszczowej, zieleń. Wartość robót 5 868 490,59 zł. Wykonawca załączył referencje wystawione przez Gminę Cieszyn.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2020 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny za realizację zamówienia. Zamawiający wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 8.467.191,07 zł., a powiększona o podatek VAT kwotę 10.414.645,02 zł. Ceną jaką Przystępujący zaoferował za realizację zamówienia jest niższa o 38% od szacunkowej wartości zamówienia. Izba ustaliła, że Przystępujący w dniu 10 sierpnia 2020 r. złożył wyjaśnienia. Wykonawca przywołał okoliczności, które w jego ocenie potwierdzają realność

zaofertowanej ceny za realizację zamówienia. Wykonawca wskazał również, że wartość pozycji nr 37 wynika z omyłkowego rozbitcia ryczałtowego kosztu wykonania robót związanych z budową przepustu (pozycje nr 33 - 40). Wykonawca wskazał, że otrzymał ofertę na kwotę 671 636,28 zł netto. Po kontakcie z oferentem, Przystępujący uzyskał informację o niewłaściwym podziale kosztów.

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Przystępującego w dniu 13 sierpnia 2020 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących kosztów pracy. Przystępujący złożył wyjaśnienia w dniu 17 sierpnia 2020 r., oświadczając, iż inwestycja będzie realizowana przez 10 pracowników Przystępującego.

W dniu 3 września 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Zamawiający wskazał, że oferta Przystępującego z ceną brutto 6.456.475,25 zł została uznana za najkorzystniejszą.

#### ***Izba zważyła co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

#### Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaofertowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia.

Zdaniem Izby ze stanowiska Przystępującego wprost wynika, że do wykonania przedmiotu zamówienia w poz. 91 kosztorysu zastosuje rury z materiału PP czyli propyleny, a nie PEHD, tak jak to wymaga Zamawiający w pkt 2.3.1 STWiORB D.03.03.01. Przystępujący składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny wskazał, co podlegało wycenieniu w kosztorysie, załączając na potwierdzenie swojego oświadczenia ofertę firmy ROMOLD. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego oraz Zamawiającego, iż wykonawca zastosował rozwiązanie równoważne. Możliwość zaofertowania rozwiązań równoważnych była dopuszczona wyłącznie w sytuacji, gdy w SIWZ Zamawiający posłużył się nazwą producenta produktu lub nazwą rozwiązań, wskazał znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła

pochodzenia, które charakteryzuje produkty lub usługi dostarczone przez konkretnego wykonawcę, z czym nie mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. Podkreślić należy, że wskazanie w treści SIWZ określonych wymagań technicznych co do materiałów z jakich mają być wykonane elementy składające się na zamówienie nie sposób utożsamiać z opisem przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów czy pochodzenia. Ponadto, argumentowanie przez Przystępującego na obecnym etapie postępowania, iż wymagane parametry techniczne są możliwe do spełnienia tylko przez jednego producenta jest działaniem spóźnionym, gdyż dotyczy *de facto* kwestionowania postanowień SIWZ.

Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że zastosowanie rozwiązań równoważnych przez wykonawcę powinno po pierwsze wynikać z treści oferty wykonawcy, po drugie zaś, zgodnie z zapisami SIWZ, wykonawca powinien wykazać, iż proponowane rozwiązanie równoważne zapewnia uzyskanie nie gorszych parametrów technicznych niż te, które Zamawiający określił w SIWZ. Przystępujący zaś w treści złożonej oferty w żaden sposób nie wskazał, iż oferuje rozwiązanie równoważne. Nie wskazał na czym opiera ową równoważność i czego ona dotyczy. Oferowania wykonania zamówienia z produktu innego niż wymagany przez Zamawiającego nie może być uznane za rozwiązanie równoważne, gdyż jest po prostu oferowaniem czegoś innego niż wymaga Zamawiający. Stąd też w ocenie Izby Odwołujący zasadnie podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z zapisami SIWZ.

#### Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż ustawodawca przewidział dwie przesłanki obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy: (i) brak złożenia wyjaśnień; (ii) ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że pierwsza z wymienionych wyżej przesłanek nie ma zastosowania bowiem Przystępujący złożył stosowane wyjaśnienia. Zdaniem Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie potwierdzały jednakże realności zaoferowanej ceny za realizację zamówienia. Wyjaśnienia miały charakter bardzo ogólny, zaś wskazane przez wykonawcę okoliczności uzasadniające realność zaproponowanej ceny za realizację zamówienia nie zostały odniesione do ram konkretnego postępowania przetargowego jakie prowadzi Zamawiający. Podkreślić należy, że ustawodawca nakłada na wykonawcę w art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek złożenia wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą ograniczyć się do ogólnych stwierdzeń o doświadczeniu, organizacji pracy czy wykwalifikowanych pracownikach. Czynniki te winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i przedstawienia konkretniej, a zarazem wiarygodniej i rzetelnej analizy, potwierdzonej odpowiednimi dowodami, iż wykonawca ma możliwość wykorzystania posiadanej wiedzy, doświadczenia, kardy w warunkach konkretnego postępowania przetargowego. Tylko bowiem w takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość rzeczywistego zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. Wylimitowanie z postępowania ofert zawierających rażąco niskie ceny jest istotne z uwagi na znaczną szkodliwość takich ofert, które mogą opierać się na nieracjonalnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach, co może w konsekwencji skutkować uchybienia na etapie realizacji zamówień. Oczywistym jest bowiem, że rażąco niska cena uderza w uczciwych, działających zgodnie z przyjętymi praktykami rynkowymi wykonawców, którzy rzetelnie wycenili swoją ofertę. Oferta zawierająca rażąco niską cenę naraża równocześnie zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia na niższym niż wymagany poziom jakości, ponieważ wykonawca na etapie realizacji umowy, szukając oszczędności, próbuje działać niezgodnie z wytycznymi SIWZ. To zaś może również skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, a niejednokrotnie koniecznością odstąpienia od umowy. Z powyższymi okolicznościami zamawiający borykają się na co dzień. Dlatego też tak istotne, w ocenie Izby jest, aby wyjaśnienia składane przez wykonawców oraz dowody nie ograniczały się go generalnych stwierdzeń, niemających żadnego przełożenia na realia konkretnego postępowania przetargowego. To wykonawca obarczony jest ciężarem wykazania, iż oferta nie zawiera

rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający zaś ze złożonych wyjaśnień winien mieć możliwość dokonania rzetelnej analizy realności założeń przyjętych przez wykonawcę przy szacowaniu ceny za realizację zamówienia. Wykonawca winien w treści złożonych wyjaśnień udowodnić zamawiającemu, że w realiach tego konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze istniejące i wykazane indywidualne uwarunkowania wykonawcy możliwe jest obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Bez takiej analizy, wyjaśnienia wykonawcy pozostają wyłącznie nic nieznaczącymi ogólnikowymi zapewnieniami o chęci realizacji zamówienia na najwyższym poziomie. Nie taki zaś był cel ustawodawcy wskazany w art. 90 ust. 1, 1a i 2 stawy Pzp.

Zdaniem Izby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego mają charakter ogólny, zaś okoliczności i szczególne uwarunkowania na jakie powołał się wykonawca nie zostały w wystarczający sposób wykazane przez Przystępującego, a tym bardziej wykonawca nie wykazał ich realnego i przeliczalnego wpływu na koszty realizacji zamówienia. Po pierwsze Izba wskazuje, że z uwagi na przedmiot zamówienia tj. roboty budowlane, koszty pracy osób wykonujących zamówienia będą stanowić ich zasadniczą część, w szczególności, w sytuacji, gdy Przystępujący składa oświadczenie w treści pisma z dnia 10 sierpnia 2020 r., iż zamierza wykonać zamówienia w możliwie najszybszym terminie w celu zminimalizowania kosztów jego realizacji. Zdaniem Izby jest to stwierdzenie na tyle ogólne, że nie daje żadnej podstawy do przyjęcia jakie konkretnie rozwiązania planuje wdrożyć Przystępujący tj. jakie koszty związane z zatrudnieniem większej liczby pracowników poniesie, które to koszty zostaną zrównoważone poprzez krótszy okres realizacji zamówienia. W treści złożonych wyjaśnień brak jest jakichkolwiek wyliczeń wykonawcy.

Izba wskazuje, że Odwołujący powołał się na rzekome oszczędności wynikające z równoległej realizacji inwestycji w Gminie Istebna, co rzekomo ma eliminować wydatki związane z przerzucaniem sprzętu i brygady na większe odległości. Zdaniem Izby Przystępujący nie wykazał w żaden sposób jakiego rządu oszczędności planuje osiągnąć z tytułu realizacji innej inwestycji w Gminie Istebna. Z treści wyjaśnień nie wynika czy Przystępujący będzie realizował obie inwestycje równoległe, czy ma możliwości kadrowe/sprzętowe/organizacyjne, aby podzielić personel i sprzęt pomiędzy obie inwestycje. Co więcej, skoro Przystępujący wskazuje, że jest małym przedsiębiorcą i zatrudnia do 50 pracowników, a jednocześnie zamierza realizować dwie inwestycje jednocześnie i przyspieszyć termin wykonania jednej z nich poprzez zwiększenie personelu, to rodzi się zasadnicze pytanie jak owa strategia wykonawcy ma zostać zrealizowana. W tym zakresie, Przystępujący nie przedstawił żadnych analiz. Podobnie, Przystępujący nie wykazał jak zatrudnienie na umowę zlecenia kadry kierowniczej wpływa na koszty realizacji zamówienia. Ponownie twierdzenia wykonawcy w tym zakresie są ogólne i nie odnoszą się do konkretnych oszczędności jakie wykonawca przewiduje uzyskać. W końcu podnoszona przez Przystępującego okoliczność o wieloletnim doświadczeniu wykonawcy jest na tyle ogólna, iż nie stanowi, zdaniem Izby, dowodu na wykazanie szczególnych okoliczności uzasadniających realność ceny za realizację zamówienia. Zdaniem Izby doświadczenie wykonawcy jest elementem koniecznym udziału w postępowaniu. Przystępujący nie wykazał, iż ma jakieś specyficzne, rynkowe uwarunkowania, odmienne od innych wykonawców działających na rynku w tej samej branży, które to uwarunkowania dają mu możliwość tańszej realizacji zamówienia od innych wykonawców czy szacunków przyjętych przez Zamawiającego.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie zawierają informacji koniecznych do stwierdzenia czy zaofferowana przez niego cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Brak szczegółów dotyczących poszczególnych elementów kosztotwórczych uniemożliwia przeprowadzenia weryfikacji założeń finansowych Przystępującego. Za takie założenia finansowa nie można uznać kilku ogólnych zdań wykonawcy dotyczących jego uwarunkowań związanych z realizacją zamówienia. W konsekwencji uznać należy, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że zaofferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Podkreślić należy, że Przystępujący, jako profesjonalista działających na rynku, winien mieć świadomość, iż wyciszając koszty realizacji zamówienia zobowiązany jest udowodnić realny charakter przyjętych stawek kosztowych. Treść zaś złożonych wyjaśnień opiera się na ogólnych stwierdzeniach wykonawcy o zapoznaniu się z zakresem wymagań Zamawiającego, doświadczeniu czy rzekomymi szczególnymi okolicznościami, których Przystępujący nie wykazał.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 9 ust 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż w analizowanym stanie faktycznym zaistniały przesłanki do wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu doświadczenia wskazanego w złożonym przez wykonawcę Wykazie robót.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Wskazać również należy na przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej „**rozporządzenie**”). Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Warunku udziału w postępowaniu określa zamawiający w SIWZ. Określa również sposób w jaki wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni wykazać ich spełnienie. W analizowanym stanie faktycznym, w Rozdziale XI „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”, pkt 9.1.3 lit. a) SIWZ wskazano, iż w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia. Wykonawca spełni ten warunek, jeśli wykaże, że w okresie ostatnich 5 - ciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, co najmniej jedną robotę polegającą na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie drogi o nawierzchni asfaltowej wraz z robotami towarzyszącymi o wartości całkowitej minimum 5.000.000,00 zł. brutto przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Jednocześnie w pkt 11 - Wykaz dokumentów i oświadczeń, które wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa wart. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż wymaga złożenia wykazu robót budowlanych (wzór stanowi załącznik nr 5 do SIWZ) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów -inne dokumenty.

Tym samym uznać należy, że wykaz robót budowlanych - Załącznik nr 5 złożony przez Przystępującego stanowił potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych przez Zamawiającego w pkt 9.1.3. SIWZ, zgodnie z wymogami określonymi w 11 SIWZ.

Referencje nie służą potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale wyłącznie potwierdzeniu czy określone roboty zostały wykonane należycie. Z treści złożonego przez Przystępującego wykazu wynika zakres prac wykonanych przez niego na rzecz Gminy Cieszyn, jak również ich wartość. Referencje potwierdzają należyte wykonanie robót. Odwołujący poza ogólnymi stwierdzeniami i rozważaniami dotyczącymi wykonania robót przez konsorcjum, nie złożył żadnych dowodów ani nie przedłożył żadnej konkretnej argumentacji co do rzetelności informacji przekazanych przez Przystępującego w złożonym Wykazie robót. Nie ma żadnych dowodów w sprawie na podstawie których można by było podjąć wątpliwości czy zakres prac wskazany przez Przystępującego w Wykazie robót jest nieprawidłowy. Tym samym, zdaniem Izby nie było podstaw do uznania, iż Zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - w zakresie dotyczącym wyceny pozycji nr 33 i 37 kosztorysu ofertowego

W ocenie Izby zarzut Odwołującego potwierdził się. Zdaniem Izby jednakże, omyłka wykonawcy w zakresie wyceny pozycji nr 33 i 37 kosztorysu ofertowego byłaby możliwa po poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, że obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze - oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie - niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie - poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (a contrario - możliwe jest wprowadzenie do treści oferty zmian innych niż istotne). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, ustawodawca bowiem uzależnił możliwość poprawienia omyłki wyłącznie od stopnia istotności zmiany oferty. Poprawienia w ofercie wykonawcy innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze SIWZ nie może zatem powodować zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w istotnym zakresie.

W analizowanym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości okoliczność, iż Przystępujący dokonał wyceny pozycji nr 33 i 37 kosztorysu niezgodnie ze wymaganiami wskazanymi w SIWZ. Okoliczność tą przyznał sam wykonawca w treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień z dnia 10 sierpnia 2020 r. wskazując, iż dokonał omyłkowego rozbicia ryczałtowego kosztu wykonania robót związanych z budową przepustu (pozycje nr 33 - 40). Przystępujący wyjaśnił, że otrzymał ofertę na kwotę 671 636,28 zł netto. Po kontakcie z oferentem, Przystępujący uzyskał informację o niewłaściwym podziale kosztów. Niewątpliwie mamy więc do czynienia z omyłką wykonawcy. Omyłka na jaką powołał się Przystępujący, zdaniem Izby, podlegałaby poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie powodowałby istotnych zmian w treści oferty Przystępującego. Pozycje nr 33 i 37 dotyczą robót związanych z budową przepustu, która zgodnie z oświadczeniem Przystępującego byłaby wykonywana przez podwykonawcę. Na potwierdzenie tej okoliczności Przystępujący złożył ofertę podwykonawcy, z której wynika właściwa wartość pozycji nr 33 i 37. Odwołujący nie kwestionował oferty podwykonawcy złożonej przez Przystępującego, ani wartości robót przyjętej przez podwykonawcę. Omyłkowe nieprawidłowe wskazanie kwot w pozycjach nr 33 i 37, które nie ma wpływu na wartość ceny za wykonanie robót związanych z budową przepustu, a w konsekwencji na wartość zaoferowanej ceny za realizację zamówienia stanowi dopuszczalną omyłkę, którą Zamawiający miałby możliwość sanowania w trybie art.

87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, powyższy błąd wykonawcy nie ma charakteru istotnego, oświadczenie woli wykonawcy nie uległoby istotnej zmianie w wyniku dokonania przez Zamawiającego zmian w ww. pozycjach kosztorysowych. Zważywszy jednak, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do niezgodności oferty w zakresie materiałów do wykonania studni oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, poprawienie ww. omyłki w ofercie Przystępującego jest bezprzedmiotowe i nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b 972 z zm.).

Przewodniczący: