Sygn. akt KIO 3044/23

WYROK

z dnia 30 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Członkowie: Emilia Garbala

Maria Kacprzyk

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 27 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 października 2023 r. przez wykonawcę IBG INSTALBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasta Jaworzno, Urząd Miejski w Jaworznie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. T. prowadzącego działalność pod firmą D. T. F.H.U. DAMEKS, A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AMP A. P. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3) w petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. T. prowadzącego działalność pod firmą D. T. F.H.U. DAMEKS, A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AMP A. P. do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w zakresie dotyczącym: obsługi geologicznej; projektu i wykonania odciążenia torów; posadowienia na płycie odcinka kanalizacji, który ma pełnić funkcję zbiornika retencyjnego; kosztów polis ubezpieczeniowych, należytego zabezpieczenia kontraktu oraz gwarancji wad i usterek; drogi dojazdowej do obu pompowni oraz zasilania pompowni ścieków P1 i P2.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w części 2/3 oraz Zamawiającego w części 1/3 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 467 zł 00 gr

(słownie: pięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą po potrąceniu 1/3 sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt KIO 3044/23

UZASADNIENIE:

Gmina Miasta Jaworzno, Urząd Miejski w Jaworznie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Jaworznicki Obszar Gospodarczy – rozwój strategiczny strefy Przemysłowej miasta Jaworzna – infrastruktura wod-kan i gospodarka wodami deszczowymi" w podziale na 5 części:

Część nr 1: „Zaprojektowanie i budowa systemu kanalizacji deszczowej i odwodnienia terenu JOG"; Część nr 2: „Zaprojektowanie i budowa sieci kanalizacji ogólnospławnej w ul. Energetyków – zbiornik retencyjny"; Część nr 3: „Zaprojektowanie i

przebudowa/modernizacja przepompowni Siłownia II przy ul. Dobrej Energii w Jaworznie"; Część nr 4: „Zaprojektowanie i budowa Stacji Uzdatniania Wody Jan Kanty"; Część nr 5: „Zaprojektowanie i budowa sieci wod-kan na terenie JOG". Nr referencyjny: ZPU.271.1.19.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 czerwca 2023 pod numerem: 2023/S 119-377742.

W postępowaniu tym wykonawca IBG INSTALBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący") 16 października 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechań i czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu dla części 5 polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu w części 5 wykonawcy Konsorcjum firm: 1) F.H.U. DAMEKS, D. T. oraz wykonawca AMP A. P. .

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 236 Pzp i przepisów poniższych, polegających na zaniechaniu czynności z naruszeniem przepisów ustawy, w następstwie tego zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a), b) Pzp (jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu i nie spełniającego warunku udziału), art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp (jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji — zmowa przetargowa), art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp (jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia), mające wpływ na wynik postępowania, tj.:

1) art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp (zmowa przetargowa i zakłócenie konkurencji) przez zaniechanie badania ofert w zakresie wyeliminowania zmowy przetargowej wśród

wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i zaniechania wykluczenia wykonawcy;

2) art. 118 Pzp, 119 Pzp, art. 122 Pzp, art. 123 Pzp (nieprawidłowe udostępnienie zasobów i zamiana podmiotu udostępniającego zasoby, niewykazanie spełnienia warunku na dzień terminu składania ofert) w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania jako niespełniającego udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych;

3) art. 224 ust. 6 Pzp (rażąco niska cena oferty) poprzez niezastosowanie, podczas gdy wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny i kosztu (dalej RNC) nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oferty.

Odwołujący wniósł o:

I. uwzględnienie odwołania

II. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

III. nakazanie Zamawiającemu dokonania zaniechanych czynności i odrzucenia oferty

wykonawcy Konsorcjum firm: F.H.U. DAMEKS, D. T. oraz AMP A. P., w następstwie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Odwołującego

IV. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg. norm prawem przepisanych

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

I. W zakresie zarzutów z pkt 1) i 2) petitum odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu w części 5 na „Zaprojektowanie i budowa sieci wod.-kan. na terenie JOG" oferty złożyli wykonawcy, do których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo zaistnienia takich powiązań, które świadczą o zakłóceniu konkurencji (art. 16 pkt 1 Pzp) i zmowie przetargowej.

W części 5 ofertę nr 3 złożyło Konsorcjum firm: MT-ECO Sp. z o.o., reprezentowaną jednoosobowo przez Prezesa Zarządu — J. T. oraz J. T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: RAFHEN J. T. z ceną: 34 181 700 zł - oferta nr 3. Natomiast ofertę nr 9 złożyło Konsorcjum firm: 1) FHU DAMEKS, D. T., oraz wykonawca AMP A. P. z ceną blisko 10 000 000 zł. niższą od oferty nr 3 państwa T. z ceną: 24 551 621,55 zł.

Oferta nr 3 została złożona przez spółkę MT-ECO Sp. z o.o., której właścicielami w 100% udziałów są: M. T. i J. T. . Spółka ma siedzibę przy ul. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin oraz tę samą osobę udziałowczyni w spółce MT-ECO sp. z o.o. – J. T., jako prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą „RAFHEN J. T. ". Podmiot ten, który określa się sam w złożonej ofercie jako ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, oświadczył, że zamówienie w części 1, 2, 4 i 5 wykona przy pomocy podwykonawcy: M. T.,

prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „JUSTMAR T. M.", jest to ta sama osoba co udziałowiec spółki MT-ECO.

Ewidentnie spółka MT-ECO jest firmą rodziny — państwa J. i M. T., z siedzibą spółki i miejscem prowadzenia działalności gospodarczej przez spółkę w domu jednorodzinnym pod adresem: ul. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin. Pod tym samym adresem domu jednorodzinnego prowadzi działalność gospodarczą pan D. T., który złożył ofertę nr 9. Pod

wskazanym adresem mieści się prywatny dom jednorodzinny.

Osoby o nazwisku „T.” składające odrębne oferty w części 5 zamówienia (podobnie jak w innych częściach, cz. 1 i 2) oraz adres prowadzonej działalności przez spółkę M. i J. T. MT-ECO Sp. z o.o. oraz pana D. T. „FHU DAMEKS D. T.” w jednorodzinnym domu przy ul. Kordeckiego 39 w Imielinie, wskazują na powiązania rodzinne, organizacyjne, a także zapewne kapitałowe tych osób występujących w obrocie jako oddzielne podmioty gospodarcze.

Odwołujący przywołał treść art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp. W dalszej części uzasadnienia wskazał, że przewidziana w art. 16 pkt 1 Pzp zasada zachowania uczciwej konkurencji może być zagwarantowana tylko wtedy, gdy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy przestrzegają reguł uczciwej konkurencji, co wyklucza wchodzenie w zmowę z innymi wykonawcami. Nie ma przy tym znaczenia, czy w wyniku porozumienia zamawiający poniesie szkodę. Odwołujący przytoczył treść art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2023 r. poz. 1689 i 1705).

Zmowy przetargowe mogą występować zarówno w układzie horyzontalnym (poziomym), czyli pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu, jak i w układzie wertykalnym (pionowym), a więc pomiędzy przedsiębiorcą a podmiotem będącym organizatorem przetargu. Stwierdzić należy, że art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp ma zastosowanie do porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji zawieranych pomiędzy wykonawcami, czyli w układzie horyzontalnym.

Ponadto należy podkreślić, że art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy zarówno porozumień zawartych w związku z danym prowadzonym postępowaniem, jak również wcześniej zawartych tego rodzaju porozumień.

Zmowa przetargowa w układzie horyzontalnym może przybrać różne formy, np. oferty kurtuazyjnej, ograniczanie ofert, czy też rozstawienie i wycofanie ofert. Oferty kurtuazyjne polegają na uzgodnieniu, że potencjalny konkurent złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego od oferty wytypowanej na zwycięską. Oferta kurtuazyjna ma na celu stworzenie pozoru konkurencyjności przetargu lub też wywołanie wrażenia, że cena oferty wytypowanej jest relatywnie korzystna. Z kolei w przypadku mechanizmu ograniczania ofert strony porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów zainteresowanych przetargiem np. wycofa już złożoną ofertę lub w inny sposób spowoduje, że dana oferta nie

będzie mogła być brana pod uwagę jako najkorzystniejsza (np. nie uzupełni braków oferty), w celu umożliwienia wybranemu spośród siebie przedsiębiorcy wygranie przetargu ofertą o zawyżonej cenie.

Ten sam skutek może wywrzeć odmowa zawarcia umowy przez uczestnika przetargu, którego oferta została wybrana, dla umożliwienia zawarcia umowy z konkurentem, który złożył drugą w kolejności ofertę. Natomiast rozstawianie i wycofywanie ofert to wariant mechanizmu oferty kurtuazyjnej połączony z ograniczeniem ofert. Najpierw będący w zmowie konkurenci uzgadniają treści ofert, w szczególności wysokość cen. Poszczególne oferty są „rozstawiane” — oferowane przez przedsiębiorców ceny są odpowiednio różnicowane tzn. przez poszczególnych uczestników zmowy składane są oferty znacznie różniące się ceną. Następnie, jeśli po otwarciu i upublicznieniu ofert lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty okazuje się, że oferty uczestników zmowy zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana”. Celem tej strategii jest zwiększenie szans będących w zmowie wykonawców na wygranie przetargu wobec swoich konkurentów, przy jednoczesnej chęci zaoferowania jak najwyższej ceny. Rekompensata za „wycofanie” oferty polega zwykle na udzieleniu podwykonawstwa w uzyskanym zamówieniu, które przecież może nastąpić na każdym etapie realizacji zamówienia po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, bądź też na zamienieniu się rolami w ramach kolejnych zmów przetargowych.

Art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP nie wymaga od zamawiającego, aby udowodnił zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią przepisu wystarczy oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Ponieważ wykazanie zmów przetargowych jest dowodowo trudne, ustawodawca uznał, że nie można przerzucać pełnego ciężaru dowodu zmowy przetargowej na zamawiającego. Wystarczy, że zamawiający znacznie uprawdopodobni, że do takiej zmowy mogło dojść. Jest to ułatwienie dowodzenia zamawiającemu, ponieważ zamawiający może poprzestać na wykazaniu wysokiego prawdopodobieństwa, które nie daje pewności, co do zajścia pewnych okoliczności, a jedynie je uprawdopodobnia.

Okoliczności stanowiące dla zamawiającego w tym postępowaniu dowód prima facie na porozumienie pomiędzy wykonawcami składającymi oferty nr 3 i nr 9 są ewidentne. Poza powiązaniami wynikającymi z noszenia tego samego nazwiska i wspólnym miejscem prowadzenia działalności gospodarczej tych wykonawców, to również jest istotna rozpiętość cenowa rzędu 10 mln złotych pomiędzy ofertami tych wykonawców, przy czym tańsza z nich — wybrana oferta nr 9 dotknięta była oczywistym brakiem (dotyczyło zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów) w postaci wadliwego złożenia tego dokumentu, co dało pole manewru temu wykonawcy (w zależności od konfiguracji ofert pozostałych wykonawców i ich klasyfikacji) określonego, koniunkturalnego

zachowania się, w zależności od podjętych czynności przez Zamawiającego, w szczególności gdyby oferta nr 3 z ceną wyższą była druga w kryterium oceny ofert, bezpośrednio po ofercie nr 9, to wówczas Konsorcjum: FHU DAMEKS, D. T. i AMP A. P. nie uzupełniwszy braku oferty umożliwiłoby w ten sposób udzielenia zamówienia wykonawcy z kręgu porozumienia, który to wykonawca złożył ofertę z ceną wyższą.

Wykonawcy Konsorcjum firm: MT-ECO Sp. z o.o. oraz J. T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: RAFHEN J. T. i Konsorcjum firm: FHU DANIEKS, D. T., i AMP A. P., na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP powinni zatem zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący dodaje, że zamawiający zignorował wniosek odwołującego (pismo PW/ 2023/ 0796 z 17.08.2023 r.) w zakresie dotyczącym badania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FHU DAMEKS D. T. i AMP A. P. pod kątem zmowy przetargowej i zakłóceniu konkurencji. Zamawiający nie przeprowadził badania oferty Konsorcjum pod tym kątem pomimo ewidentnych przesłanek do przeprowadzenia takiego badania jak również pisemnej informacji odwołującego w tej sprawie.

Odwołujący zakłada, że zamawiający w sposób błędny przyjął, że oświadczenie o braku powiązań kapitałowych załącznik nr 13 do oferty złożone przez członków Konsorcjum, załatwia tę kwestię. Tymczasem, tak nie jest. Dla Zamawiającego jest pozornie korzystne przyjąć bez żadnej analizy co do prawdziwości takie oświadczenie, bo wybrana oferta Konsorcjum się mieści się w budżecie zamawiającego. Nie zawalania to jednak Zamawiającego z wykonania obowiązków wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem naczelnymi zasadami prowadzenia postępowania w wydatkowaniu środków publicznych są wynikające z art. 16 ustawy: zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, i na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy wykluczenie z udziału w przetargu publicznym takiego wykonawcy, który zawiera z innym wykonawcą lub wykonawcami porozumienie mające zakłócić konkurencję np. przez zmowę złożenia dumpingowej oferty, które po pierwsze - łamie zakaz składania więcej niż jednej oferty w danym przetargu przez wykonawcę, a po drugie - finalnie prowadzi do wygrania przetargu przez umawiających się na takie działania wykonawców w każdej konfiguracji oceny tych ofert, w sposób niekonkurencyjny wobec innych wykonawców.

Zamawiający zaniechawszy przeprowadzenia badania i oceny oferty pod kątem art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, to jest zmowy przetargowej wykonawców biorących udział w tym przetargu (część 5), dopuścił się rażące zaniechania i naruszenia ww. przepisu ustawy, który nakazuje obligatoryjne wykluczenie takich wykonawców z przetargu, chyba że dokonają ekskulpacji, czego zainicjowanie leżało po stronie Zamawiającego i powinien był wezwać tychże wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień oraz dowodów, poddających się inteligibilnej ocenie.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że dokumenty które, pierwotnie złożyło konsorcjum w ofercie tj. zobowiązanie podmiotu trzeciego (załącznik nr 4 do SWZ) były obarczone wadą nieważności i jako takie zostały złożone nieskutecznie w przetargu. Zobowiązanie firmy P.P.H.U. DANAMA L. T.:

- nie było przez ten podmiot podpisane, dokument ten w chwili składania ofert na dzień 02.08.2023 r. formalnie był nieważny,

- w pkt 2 zobowiązania (załącznik nr 4 do SWZ) udostępnienie i wykorzystanie zasobów miałoby polegać na „... Udostępnieniu referencji dla wykonania zadania 1, 2, 5…" Nie wiadomo w jaki sposób miałyby być wykorzystane referencje (sic!). Wykorzystanie bowiem „referencji" nie ma nic wspólnego z wymogiem osobistej realizacji zakresu robót zamówienia przez podmiot trzeci. Referencje to jedynie wskazanie na kompetencje, a nie zasób, który może być wykorzystany do realizacji określonego zakresu robót, dla których wymagane były określone kompetencje.

Zamawiający pismem z dn. 25.08.2023r. (pkt IV pisma) wezwał Konsorcjum w trybie art. 128 ust. 4 Pzp - do złożenia wyjaśnień dot. treści złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego PPHU DANAMA L. T., w którym wyraźnie określi:

- zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu

- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia

- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia

- oraz, czy podmiot ten, na zdolnościach którego wykonawca polega wykazując spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia do udziału w przetargu, faktycznie zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą?

Zamawiający wskazał i zakreślił wyraźnie, że wyjaśnienia w powyższym zakresie muszą zostać złożone przez podmiot składający to oświadczenie PPHU DANAMA L. T., w terminie do dnia 05.09.2023r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w powyższym zakresie, Konsorcjum pismem z dnia 05.09.2023r. wyjaśnień nie złożyło. W to miejsce wyłącznie Konsorcjum poinformowało Zamawiającego, że podmiot, na którego zasoby wykonawca Konsorcjum powołało się w ofercie cytuję: „wycofał się z postępowania przetargowego (...),Wykonawca zastępuje w/w podmiot i składa dokumenty firmy AQUA-SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, jako podmiotu udostepniającego zasoby."

Przede wszystkim, wykonawca wezwany w trybie art. 128 ust. 4 PZP do złożenia wyjaśnień nie jest uprawniony do samodzielnego uznania, że został, niejako, zwolniony ze złożenia wyjaśnień co do zakresu i sposobu korzystania z zasobów P.P.H.U. DANAMA L. T., ponieważ Zamawiający nie unieważnił swojej czynności wezwania do złożenia wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie mógł w ten sposób postąpić, dlatego że odstąpiłby tym samym od obowiązkowej czynności zbadania i oceny, czy Konsorcjum na dzień upływu terminu składania ofert spełniło warunek udziału w przetargu sic!), albowiem na zasoby tego podmiotu Konsorcjum powołało się w ofercie dla wykazania spełnienia warunku.

Wobec nie złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, weryfikacja przez Zamawiającego, czy podmiot pierwotnie

udostępniający zasoby faktycznie miał wymaganą wiedzę i doświadczenie, czyli tym samym czy Konsorcjum spełniło warunek udziału w przetargu, jest absolutnie niemożliwa na postawie dokumentów jakimi dysponuje Zamawiający.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą dotyczącą art. 122 Pzp wykonawca może powołać się na nowe zasoby podmiotu trzeciego lub podmiotów trzecich wyłącznie w zakresie, w jakim w ofercie powoływał się na udostępniane zasoby. Zasada ta jest spójna z wyrażonym w art. 123 Pzp zakazem powoływania się przez wykonawcę, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postepowaniu albo ofert, na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Zatem na podstawie tego przepisu, po upływie terminu składania ofert posiłkowanie się zdolnościami lub sytuacją podmiotu trzeciego nie może wykraczać ponad pierwotny zakres korzystania z tego zasobu, wynikający z oferty.

Dlatego Konsorcjum nie był w prawie odmawiając Zamawiającemu złożenia wyjaśnień co do zakresu i sposobu udostępnienia mu na potwierdzenie spełnienia warunku zasobów podmiotu trzeciego PPHU DANAMA L. T. . Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp: art. 122 Pzp, art. 123 Pzp, art. 128 ust. 4 P Pzp a contrario, poprzez przyjęcie od wykonawcy Konsorcjum podmiany podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby dla wykonania zamówienia i dla wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu na czas upływu terminu składania ofert w tym postępowaniu.

Zdanie Odwołującego, prawidłowa analiza zobowiązania podmiotu trzeciego PPHU DANAMA L. T. oraz podstawionego za ten podmiot po upływie terminu składania ofert AQUA-SYSTEM Sp. z o.o. powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W pierwotnym oświadczeniu podmiotu trzeciego, wymóg doświadczenia dla zadania 5 spełniony jest wyłącznie dla doświadczenia w wykonaniu sieci wodociągowej o długości całkowitej co najmniej 5000 m. Dla kanalizacji w ilości całkowitej 4 500 m wymóg ten nie jest spełniony przez udostępniającego zasoby. Z POTOKOLU ODBIORU KOŃCOWEGO dla inwestycji „Modernizacja systemu kanalizacyjnego w rejonie Osiedla Zimowego w Katowicach”

z 13.12.2019 r. wynika, że konsorcjum: F.H.U. DAMEKS D. T. i BWP Sp. z o.o. wykonało ponad 4500 m kanalizacji; z tego protokołu nie wynika jednak jaki zakres robót na tej inwestycji zrealizowała firma F.H.U. DANIEKS D. T., a jaki zakres firma BWP Sp. z o.o. (sic). Na podstawie tych informacji należało stwierdzić, że w złożonej w tym przetargu ofercie, wybrane do realizacji zadania Konsorcjum w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczącego wykonania 4 500 m kanalizacji miało polegać na własnym doświadczeniu, a tylko dla wodociągu o długości 5000 m na doświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby P.P.H.U. DANAMA L. T. .

Odwołujący przywołał treść postanowienie SWZ str. 16, dział VI ust. 2.

Skoro, Konsorcjum złożyło w ofercie (wadliwe, ale jednak złożyło) zobowiązanie podmiotu trzeciego P.P.H.U. DANAMA L. T. do udostępnienia zasobów w zakresie zdolności technicznej/ zawodowej do wykonania zamówienia, a tym samym spełnienia postawionego warunku wykonaniu budowy/przebudowy sieci wodociągowej o długości całkowitej co najmniej 5000 m. oraz sieci kanalizacyjnej w ilości całkowitej co najmniej 4 500 m, to powinno w tym zakresie podlegać badaniu i ocenie Zamawiającego celem ustalenia w sposób niezbity, że podmiot trzeci w całości spełnia ten warunek aby wykonawca Konsorcjum mogło następnie wykazać jego spełnienie oraz, jak wyżej wskazano, w jakim zakresie i sposobie zasób podmiotu trzeciego będzie Konsorcjum udostępniony przez wzgląd na wykazywanie spełnienia warunku zdolności technicznej/zawodowej przez podmiot trzeci.

Z treści nowego zobowiązania innego podmiotu Aqua — System Sp. z o.o. wynika, że podmiot trzeci udostępnia zasoby wykonawcy zarówno dla wymogu 4500 m wodociągu, jak i 5000 m kanalizacji. Zakres treści nowego zobowiązania jest zatem szerszy, niż pierwotnie złożonego z ofertą zobowiązania P.P.H.U. DANAMA L. T., tj. rozszerzony o kanalizację.

Należy wyciągnąć z tego wniosek, że Konsorcjum na dzień złożenia oferty nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt a), b) PZP oferta ta podlegała odrzuceniu, jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu i podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jeśli chodzi o brak podpisu na zobowiązaniu podmiotu trzeciego to zgodnie z §6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzenia i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, poświadczenia dokumentu powinien dokonać podmiot udostępniający zasoby lub notariusz, co w rozpoznawanym konkretnym przypadku nie miało miejsca. Nie wiadomo czy wykonawca dysponował również stosownym umocowaniem —

pełnomocnictwem wydanym przez ten podmiot dla wykonawcy do podpisania w zastępstwie tego zobowiązania.

Odwołujący wskazał również, że w wyjaśnieniach wykonawcy z 5.09.2023 r. Konsorcjum na str. 3 pisma przewodniego zawarło informację, że firma — podmiot pierwotnie udostępniający wycofał się z udziału w postępowaniu, a zobowiązanie nowego po[d]miotu AQUA-SYSTEM Sp. z o.o. posiada datę podpisu 5.09.2023 r. Wobec braku podpisanego oświadczenia P.P.H.U. DANAMA L. T. złożonego z ofertą 2.08.2023 r. oraz datą z jaką AQUA-SYSTEM Sp. z o.o. udostępniła zwoje zasoby wykonawcy należy stwierdzić, że na dzień składania ofert tj. 2.08.2023 r. Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia do udziału w postępowaniu przetargowym.

II. W zakresie zarzutu 3) petitum odwołania.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10.08.2023 r. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny nie powołuje się na szczególne możliwości i dostępności, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwoliłyby ustalić, że faktycznie zdolny jest wykonać przedmiot zamówienia w pełnym zakresie za cenę zaoferowaną. Okoliczności, na jakie powołuje się Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach RNC, nie są niczym nadzwyczajnym w odniesieniu do sytuacji innych wykonawców. Przywołane przez Konsorcjum okoliczności odnośnie RNC, które miałyby mieć istotny wpływ na tak niską cenę wykonania zamówienia, tj.:

- lokalizacja — nie jest niczym szczególnym, między innymi dla odwołującego, bowiem dla niego miejsce świadczenia zamówienia jest także położone w bliskiej odległości (około 2 godz.), co również uwzględnia oferta odwołującego

- umowa zakupu paliwa ze stacją Orlen — nie jest niczym szczególnym, między innymi dla odwołującego, bowiem również posiada analogiczną umowę upustową dla swojej floty. Poza tym, w kontekście wskazywanej wcześniej jako argument za obniżeniem ceny bliskiej odległości od siedziby i zaplecza Konsorcjum do miejsca wykonania zamówienia, koszt paliwa nie powinien być czynnikiem istotnie wpływającym na cenę oferty, bowiem powoływanie się na obydwa te czynniki jako obniżające cenę oferty (z jednej strony - bliska odległość, z drugiej strony - koszt paliwa potrzebnego do pokonania tej odległości) jest argumentacją wewnętrznie sprzeczną.

- własny sprzęt (zaplecze sprzętowe) — nie jest doprawdy niczym szczególnym, między innymi dla odwołującego, który posiada dużo więcej własnego sprzętu używanego dla realizacji tego rodzaju zamówień, jako firma działająca w branży wod.-kan. nieprzerwanie od kilkudziesięciu lat na rynku, niż tylko tyle ile wykazało Konsorcjum: koparki, koparko ładowarki, zagęszczarki, walce, spycharki, obudowy

do wykopów czy też samochody ciężarowe oraz kontenery budowlane. Reasumując, to żaden koszt w stosunku do ok. 2 % wartości całego kontraktu.

Wskazane w wyjaśnieniach RNC przez Konsorcjum okoliczności mające przemawiać za niską ceną oferty, w żaden sposób nie dowodzą, że wykonawca ten rzeczywiście wykazał się szczególnymi możliwościami i warunkami wyłącznie jemu dostępnymi tak taniego wykonania zamówienia w pełnym zakresie, a nie tylko takimi, które są dostępne każdemu innemu wykonawcy.

Ponadto, w wyjaśnieniach Konsorcjum dot. RNC brak jest istotnych elementów robót i ich kosztu, wymaganych zapisami PFU, to jest:

- koszt pracy Projektanta — K. A.: w ofercie (zał. Nr 16 do SWZ), Konsorcjum wskazało Projektanta skierowanego do realizacji zamówienia pana K. A. (posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych), jako „Zasób własny", podczas gdy w wyjaśnieniach dot. RNC powołuje się na objętą tajemnicą przedsiębiorstwa oferty z trzech biur projektowych. Co wskazuje, że w zakresie wymaganej SWZ osoby z uprawnieniami bud. do projektowania Konsorcjum nie posiada zasobu własnego a tylko będzie korzystało z podwykonawcy. Tymczasem, kosztu wynagrodzenia projektanta p. K. A., Konsorcjum nie wykazało.

- próby szczelności kanalizacji, wodociągu i jego dezynfekcji, koszt tylko wody wyliczony z objętości rur: wodociąg 1010 m3 x 3 (próba, dezynfekcja, płukanie) + kanalizacja sanitarna 331 m3 + kanalizacja tłoczna 480 m3 = 3 841 m3, koszt m3 wody grupa taryfowa G4 stawki opłat w Jaworznie 6,29 zł netto, koszt 3 841 m3 x 6,29 zł/m3 24 159,89 zł netto, robocizna zakładając że można to wykonać w 1 miesiące przez 3 pracowników (na pewno nie krócej), to koszt wyliczony na podstawie ich stawki to co najmniej 3 osoby x 20 dni roboczych x 8 godzin x 30 zł/h = 14 400 zł, łącznie koszt 24 159,89 + 14 400 = 38 559,89 zł netto.

- obsługa geologiczna, to koszt ok. 50 000 zł netto.

- projekt i wykonanie odciążenia torów — wymagane przy ich przekroczeniu, które z całą pewnością będzie w ilości nie mniejszej niż 6 szt., to koszt netto 200 000 zł.

- posadowienie na płycie odcinka kanalizacji DN 1000 L ok. 360 m., który pełni funkcję zbiornika retencyjnego ścieków (zgodnie z PFU kanał jest wykonany z tworzywa sztucznego więc zgodnie ze sztuką budowlaną będzie wymagał wykonania płyty i wzmocnienia gruntu), to koszt 586 484,76 zł netto.

- koszty kierownictwa budowy, samo wynagrodzenie rzędu ok. 390 000 zł.

- kredyt (Uwaga! W wyjaśnieniach RNC są wymienione tylko 4 płatności, podczas gdy termin realizacji zadania to 29 miesięcy przed jakąkolwiek zapłatą przez Zamawiającego), na podstawie doświadczenia własnego i rynkowego, szacowany koszt obsługi bankowej kredytu wynosi ok. 300 000 zł.

Łączne braki w kosztach nie ujętych przez Konsorcjum w wybranej ofercie dla zadania w części 5 to: 1 565 044,60 zł netto (38 559,89 + 50 000 + 200 000 + 586 484,76 +390 000 + 300 000).

Ponadto, w wyjaśnieniach Konsorcjum dot. RNC znajdują się następujące pozycje kosztów zaniżonych i nie wyjaśnionych tak niskich stawek— brak dowodów:

- koszty polis ubezpieczeniowych, należytego zabezpieczenia kontraktu oraz gwarancji wad i usterek, wskazany jako 59 400 zł. — nie udowodniony.

Podczas gdy rynkowy koszt tego rodzaju polis wynosi ponad 100 000 zł., w tym

ubezpieczenia CAR, którego wykonawca w ogóle nic ujął w wyjaśnieniach.

- droga dojazdowa do obu pompowni z nawierzchni utwardzonej spełniającej wymagania spółki Wodociągi Jaworzno Sp z .o.o. kwota z RNC 320 000 zł. Zgodnie z PFU str. 83 pkt. 1.3 należy zaprojektować i wykonać drogę zapewniającą dojazd służb technicznych od północy jak i południa, co wg. wliczeń opartych o wytyczne biura projektowego do wykonania będzie ok. 1500 m drogi o powierzchni ok. 5000 m2. Szacowany koszt rynkowy to: 1 750 000 zł netto. Za kwotę podaną przez Konsorcjum tj. 320 000 zł netto nie ma realnej możliwości wykonania dróg dojazdowych w wymaganym przez Zamawiającego zakresie i standardzie.

- zasilenie pompowni ścieków P1 i P2 — to jest czynnik cenotwórczy, kształtujący, ponieważ na podstawie informacji z PFU należycie oszacowany stanowi koszt rzędu 490 000 zł. Konsorcjum w swych wyjaśnieniach nie podało tego kosztu, podało natomiast pozycję „Infrastruktura techniczna" za kwotę łączną 240 000 zł., którą ewentualnie można podciągnąć pod ten element i jak widać jest o ponad połowę zaniżona względem realnej wartości tego kosztu, który powinien zgodnie z PFU uwzględnić koszt „zasilania pompowni ścieków P1 i P2".

Łączne zaniżone koszty (59 400 - 100 000) + (320 000 - 1 750 000) + (240 000 - 490 000) = 40 600 + 1 430 000 + 250 000 = 1 720 600 zł netto

Odnośnie do wyjaśnień w zakresie RNC - Rezerwy i zysk (łącznie 1 046 841,90 zł):

- rezerwa: 200 000 zł na nie przewidziane wydatki

- zysk: 846 841 , 90 zł. netto

Wykazane zostało powyżej, że koszty braków i niedoszacowań w kosztach oferty wybranej wynoszą kwotę rzędu 3 285 644,60 zł netto. Wobec czego nierealnym do wykonania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia jest pokrycie z planowanej rezerwy, a nawet z zysku.

Rezerwy i zysk Konsorcjum na tym zadaniu w łącznej kwocie 1 046 841,90 zł. nie pokrywają kosztów braków i niedoszacowań w kosztach niezbędnych do należytej realizacji zamówienia w wysokości 3 285 644,60 zł netto (różnica wynosi 2 238 802,70 zł netto).

W złożonej pismem z 26 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

<u>W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in:</u>

I. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP.

W ocenie zamawiającego twierdzenia odwołującego się bezpodstawne, a w sprawie brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia istnienia wiarygodnych przesłanek zmowy przetargowej.

Zamawiający przywołał szereg wyroków Krajowej Izby Odwoławczej dot. zmowy przetargowej.

Zamawiający zwrócił uwagę, że stanowisko odwołującego się w sprawie rzekomej zmowy opiera się na podejrzeniach i wątpliwościach uzasadnionych wyłącznie powiązaniami rodzinnymi, tożsamością adresu prowadzenia działalności i hipotetycznie możliwym nieusunięciem braków oferty przez jednego z wykonawców. Odwołujący ponad swe podejrzenia nie zaoferował żadnego innego potwierdzenia istnienia niedozwolonego porozumienia między wykonawcami.

W ocenie zamawiającego w sprawie brak jest jakichkolwiek wyraźnych przesłanek zmowy przetargowej, a tylko takie uzasadniałyby wykluczenie wykonawców z postępowania.

II. Rażąco niska cena

Zamawiający przywołał szereg wyroków Krajowej Izby Odwoławczej dot. definicji rażąco niskiej ceny.

W ocenie zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy i dokumentów wynika ponad wszelką wątpliwość, że w spawie brak jest podstaw do przyjęcia, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Przedstawione wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości, że wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach rynkowych, a cena uwzględnia godziwy zysk wykonawcy.

Odnosząc się do stwierdzenia odwołującego, iż „rynek potwierdził, że występujące ceny są znacząco wyższe" należy zauważyć, iż dla przedmiotowego zadania złożono w postępowaniu 7 ofert z których najniższa, będąca przedmiotem odwołania, opiewa na kwotę 24.551.621,55 zł a najwyższa na kwotę 51.045.000,zł. Oznacza to, że najwyższa oferowana kwota wynagrodzenia, przewyższająca najniższą ponad dwukrotnie, oraz większa o ok. 45% od średniej wszystkich ofert spowodowała znaczące zawyżenie średniej, co skutkowało koniecznością badania rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazuje również, że twierdzenia zawarte w odwołaniu są dowolne i nie poparte żadnymi dowodami. Opierają się w przeważającej mierze na przekonaniach odwołującego się, nie zaś ofercie wykonawcy, jego wyjaśnieniach lub specyfikacji warunków zamówienia. I tak:

a) wbrew doświadczeniu życiowemu odwołujący się twierdzi, że umowa zakupu paliwa czy własny sprzęt nie mają wpływu na wysokość ceny ofertowej. Być może nie są to okoliczności szczególne jednak np. odległość siedziby Wykonawcy od placu budowy

w kontekście chociażby przerzutu ciężkiego sprzętu może mieć istotne znaczenie dla wysokości ceny oferty;

b) wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących oferowanej ceny podał, iż szacował koszt wykonania dokumentacji projektowej na 800.000zł co stanowi ok 3,4% wartości oferowanych przez niego robót budowlanych. Wartość ta według wiedzy Zamawiającego nie odbiega od rynkowej i zawiera koszt wynagrodzenia projektanta.

c) odwołujący wskazuje jako niewycenione koszty prób szczelności i dezynfekcji oraz kosztów obsługi geologicznej. Zamawiający wzywając do wyjaśnienia nie może wskazać Wykonawcy jakichkolwiek standardów czy normatywów wykonania kalkulacji i pisania wyjaśnień a co za tym idzie nie może na etapie badania rażąco niskiej ceny jednoznacznie ocenić, iż wskazane powyżej elementy nie zostały ujęte w cenie (np. koszty obsługi geologicznej mogły zostać ujęte w cenie dokumentacji projektowej);

d) wątpliwym wydaje się również zarzut nieuwzględnienia kosztów odciążenia torów. Według wiedzy Zamawiającego odciążenie nie jest wymagane dla przekroczeń rurociągami o średnicach wskazanych w PFU dla części 5.

e) trudno jest również zgodzić się z zarzutami dotyczącymi nieuwzględnienia kosztów kierownictwa budowy w sytuacji, gdy Wykonawca wskazał, że właściciele przedsiębiorstw tworzących konsorcjum będące Wykonawcą posiadają uprawnienia niezbędne do realizacji przedmiotu umowy;

f) zarzut stawiany przez Odwołującego a dotyczący wielkości kosztów obsługi bankowej oparty jest na nieprawdziwych przesłankach gdyż zakłada on, że „termin realizacji zadania to 29 miesięcy przed jakąkolwiek zapłatą przez Zamawiającego", co stoi w sprzeczności z zapisami wzoru umowy, które zakładają 4 płatności w określonym czasie i w określonej wielkości;

g) zarzut dotyczący niedoszacowania kosztów budowy dróg dojazdowych wydaje się wynikać z poczynionych przez Odwołującego przesadzonych założeń. Według bowiem założeń Zamawiającego do wykonania będzie nie ok 1.500m drogi a jedynie ok 500m.

Do pozostałych w opinii odwołującego niedoszacowanych lub nieudowodnionych kosztów trudno się Zamawiającemu odnieść gdyż odwołujący bazuje na wyliczonych przez siebie kosztach, których w żaden sposób nie dowodzi i nie uprawdopodabnia. Warto również podkreślić, że Zamawiający nie ma narzędzi do badania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w odniesieniu do pozostałych ofert, a zatem ocenia, czy wspomniane wyżej okoliczności mogą mieć wpływ na wysokość ceny oferty Wykonawcy, a nie jak się mają i czy są szczególne względem pozostałych ofert.

III. Naruszenie przepisów art. 122 i 123 ustawy PZP.

W ocenie zamawiającego zarzut jest bezpodstawny. Bezspornym jest, że w toku postępowania wykonawca przystępujący poinformował zamawiającego, że podmiot pierwotnie udostępniający zasoby wycofał swoją zgodę na udział w realizacji przedsięwzięcia. W jego miejsce zostało złożone zobowiązanie innego podmiotu do udostępnia zasobów w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Bezspornym jest również, że pierwotnie złożone zobowiązanie dotyczyło wymaganego doświadczenia w pełnym zakresie opisanym w SWZ. Taki stan rzeczy przyjmuje również odwołujący się –vide odwołanie str. 10 (trzeci akapit). Tym samym przystępujący wykonawca w zaistniałej sytuacji był w pełni uprawniony do złożenia zobowiązania innego podmiotu posiadającego wymagane doświadczenie w takim samym zakresie

Na marginesie tylko wypada zauważyć, że badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmiot udostępniający, który wycofał swą wolę udziału w realizacji zadania, byłoby nieracjonalne, jak również pozbawione jakichkolwiek podstaw. Z art. 123 ustawy PZP a contrario wynika jednoznacznie, że decydującym dla możliwości zmiany podmiotu trzeciego jest poleganie w określonym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na etapie składania ofert. Nie jest natomiast konieczne uprzednie badanie, czy ów wycofujący się podmiot rzeczywiście zdolnością dysponował. Bezsprzecznie taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie, a tym samym złożenie zobowiązania innego podmiotu było w pełni uprawnione.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia D. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. T. F.H.U. DAMEKS, A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AMP A. P. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W piśmie z 27 października 2023 r. odnieśli się do zarzutów odwołania i wnieśli o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty wykonawców, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedziach na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Mając na względzie art. 535 ustawy Pzp, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie: dowód Odwołującego przedłożony na posiedzeniu niejawnym, tj. Zestawienie kosztów z wyjaśnień RNC.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia D. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. T. F.H.U. DAMEKS, A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AMP A. P. skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest w części 5 zaprojektowanie i budowa sieci wod-kan na terenie JOG.

Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedziach na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3) w petitum odwołania.

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilku uwag natury ogólnej. Art. 516 ust. 1 pkt 7) - 10) ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Powyższe oznacza, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę.

Izba wskazuje również, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może domyślać się intencji odwołującego i domniemywać na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez odwołującego przepisów. Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jak już wyżej wskazano jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.

Nie jest rzeczą Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba pominęła podniesione przez Odwołującego na rozprawie nowe zarzuty dotyczące: niemożliwości wykonania pneumatycznej próby szczelności kanalizacji wodociągu, ubezpieczenia wadialnego, błędów rachunkowych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, nieskalkulowanych kosztów wskazanych przez Odwołującego w Zestawieniu kosztów z wyjaśnień RNC, w części zatytułowanej Braki istotnych elementów robót i ich koszt, poz. 7-10, jako zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zarzut nr 3)

Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień.

Izba zgadza się z twierdzeniami Uczestników postępowania, że Zamawiający skierował do wykonawców wezwanie o standardowej treści, bez skonkretyzowania swoich wątpliwości odnośnie ceny ofertowej. Nie zwalnia to jednak wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które w zakresie przedstawionych przez niego informacji są konkretne, spójne i wyczerpujące. Tymczasem Odwołujący wskazał argumentację, która powinna wzbudzić u Zamawiającego

wątpliwości co do wiarygodności ceny zaoferowanej przez Uczestników postępowania i którą Zamawiający obowiązany był przeanalizować.

Zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Co za tym idzie, wydając orzeczenie merytoryczne, skład orzekający bierze pod uwagę stan sprawy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Izba winna zatem wziąć pod uwagę dowody oraz informacje zgromadzone w toku postępowania odwoławczego.

W świetle powyższego Skład orzekający stwierdził, że zarzut oznaczony jako nr 3) w petitum odwołania zasługuje na uwzględnienie. Podniesione przez Odwołującego okoliczności wskazują, że Zamawiający przedwcześnie dokonał wyboru najkorzystniejszej

oferty. Brak kolejnego (szczegółowego) wezwania Uczestników postępowania do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny spowodował, że przed Izbą doszło do quasi postępowania wyjaśniającego, które powinno zostać przeprowadzone w toku badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie odwoławcze posiada charakter weryfikacyjny – Izba bada czy zamawiający prawidłowo dokonał czynności w postępowaniu. Zatem nie zastępuje zamawiającego w badaniu i ocenie ofert, a jedynie sprawdza czy czynność wyboru najkorzystniejszej oferty była prawidłowa i należy ją utrzymać.

Biorąc powyższe pod rozwagę, w przedmiotowej sprawie zaistniała konieczność skierowania do Uczestnika postępowania wezwania do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w zakresie dotyczącym: obsługi geologicznej; projektu i wykonania odciążenia torów; posadowienia na płycie odcinka kanalizacji, który ma pełnić funkcję zbiornika retencyjnego; kosztów polis ubezpieczeniowych, należytego zabezpieczenia kontraktu oraz gwarancji wad i usterek; drogi dojazdowej do obu pompowni oraz zasilania pompowni ścieków P1 i P2.

Izba za chybione uznała pozostałe zarzuty odnoszące się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. I tak:

- koszt pracy projektanta – z dokumentów oraz oświadczeń przedłożonych przez Uczestników postępowania wynika, że korzysta on z zasobu własnego w postaci projektanta. Wyjaśnienia w tym zakresie Izba uznała za wystarczające.

- Próby szczelności kanalizacji, wodociągu i jego dezynfekcji – Odwołujący wyliczył koszt tych prac przy założeniu wykonania próby szczelności na wodzie. Z kolei Uczestnicy postępowania skalkulowali koszty pneumatycznej próby szczelności. Na rozprawie Odwołujący twierdził, że zgodnie ze sztuką budowlaną nie ma możliwości wykonania pneumatycznej próby szczelności. Nadto, Zamawiający w dokumentacji wskazał wprost, że „zaleca" wykonanie próby szczelności na wodzie. W ocenie Izby „zaleca" nie oznacza obowiązku, a zatem nie wyklucza też innej metody dokonania tej próby. Dodatkowo, wskazane zarzuty są spóźnione.

- Koszty kierownictwa budowy, koszty kredytu – Odwołujący nie przedstawił argumentacji w tym zakresie.

Niejako na marginesie, Odwołujący na potwierdzenie zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu przedłożył Zestawienie kosztów z wyjaśnień RNC. Jak już wyżej wspomniano, Izba pominęła twierdzenia dotyczące błędów rachunkowych w wyjaśnieniach Uczestników postępowania dot. rażąco niskiej ceny. Izba postanowiła jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z wyliczeniami Odwołującego błędy rachunkowe zaniżające cenę wynoszą 234 765,40 PLN, z kolei błędy rachunkowe zawyżające cenę wynoszą 6 898 513,18 PLN, co

oznacza, że dokonane w tym zakresie przez Odwołującego wyliczenia nie potwierdzają zarzutu zaniżenia ceny oferty Uczestników postępowania.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Przechodząc do omawiania poszczególnych zarzutów Izba wskazuje:

Zarzut nr 1)

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nie jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, ale umożliwiającym ekskulpację przez wykazanie sporządzenia ofert niezależnie od siebie. Co za tym idzie, przed ewentualnym wykluczeniem wykonawców Zamawiający powinien dać szansę Uczestnikom postępowania na takie działanie. Odwołujący nie postawił odpowiedniego zarzutu w tym zakresie, a jak wiadomo Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Już tylko z tego względu zarzut nr 1) podlegał oddaleniu.

Abstrahując od powyższego, przepisy ustawy Pzp nie zabraniają udziału w postępowaniu wykonawcom, których łączy relacja rodzinna. Powiązania rodzinne oraz wspólne miejsce prowadzenia działalności to niewystarczająca poszlaka dla stwierdzenia, że doszło do zmowy przetargowej, muszą o tym świadczyć pozostałe okoliczności sprawy. Okolicznością podnoszoną przez Odwołującego, poza relacjami rodzinnymi i wspólnym miejscem prowadzenia działalności, jest istotna rozpiętość cenowa rzędu 10 mln złotych pomiędzy ofertami wskazanych wykonawców, przy czym tańsza z nich – oferta Uczestników postępowania - dotknięta była oczywistym brakiem w postaci wadliwego złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów. Jak zauważył Odwołujący, pomiędzy ofertami jest

istotna rozpiętość cenowa. Skład orzekający zaaprobował stanowisko wyrażone przez Uczestników postępowania, że ww. różnica cenowa przeczy możliwości wystąpienia zmowy przetargowej. Przy takiej rozpiętości cenowej wykonawcy musieli liczyć się z tym, że pomiędzy ich oferty mogą uplasować się inni wykonawcy. Co też miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Odnośnie zobowiązania podmiotu trzeciego, Izba nie podziela twierdzeń Odwołującego w tym zakresie, o czym szerzej w uzasadnieniu zarzutu nr 2).

Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej aby można było stwierdzić, że doszło do istnienia zmowy, w okolicznościach danej sprawy należy

rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmowy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1529/22).

Niewątpliwie wykazanie przez Odwołującego ziszczenia się przesłanek wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jest zadaniem trudnym. Nie zmienia to jednak faktu, że w ramach postępowania odwoławczego wywód Odwołującego i wyciągane na jego podstawie wnioski i tak byłyby niewystarczające dla jego uwzględnienia.

Zarzut nr 2)

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego udostępnienia zasobów i zmiany podmiotu udostępniającego zasoby oraz niewykazania spełnienia warunku udziału na dzień składania ofert - rozważania prawne Zamawiającego oraz Uczestników postępowania w tym zakresie są prawidłowe i jako takie również Krajowa Izba Odwoławcza uznaje je za własne.

W przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdują przepisy art. 118, art. 119, art. 122, art. 123, art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 1 i § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Za zbędne uznać należy przytaczanie treści ww. przepisów wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach procesowych Stron oraz Uczestników postępowania.

Zamawiający prawidłowo zastosował regulację wynikającą z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp i wezwał Uczestników postępowania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego L. T. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU DANAMA L. T. (dalej: „DANAMA"). Z uwagi na wycofanie się DANAMA z postępowania, Uczestnicy w sposób prawidłowy zastąpili wskazany podmiot drugim, tj. AQUA-SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej (dalej: „AQUA-SYSTEM").

Wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w sytuacji wycofania się DANAMA, stało się bezprzedmiotowe.

Odwołujący nie kwestionował, że przedstawione przez Uczestników postępowania zasoby podmiotu trzeciego - AQUA-SYSTEM potwierdzają spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowania.

Zdaniem Izby nie jest także trafne stanowisko Odwołującego, jakoby na dzień składania ofert zobowiązanie nowego podmiotu nie istniało. Bez wątpienia wykonawca musi spełniać warunek udziału w postępowaniu w dniu składania ofert, niemniej jednak złożony na potwierdzenie tego stanu środek dowodowy ma być aktualny na dzień jego złożenia. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła, by Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wskazane w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 2) w związku z § 2 ust. 2 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1) i 2), Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania.

W przedmiotowej sprawie, Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród trzech zarzutów jeden okazał się zasadny, zaś dwa – niezasadne.

Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 2/3 i Zamawiający w części 1/3. Na

koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 PLN, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 PLN, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 PLN. Łącznie koszty postępowania odwoławczego -27 200 PLN. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600 PLN, tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia swego pełnomocnika (20 000 PLN +3 600 PLN), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 18 134 PLN (27 200 PLN x 2/3). Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego

w wysokości 3 600 PLN tytułem wynagrodzenia swego pełnomocnika, tymczasem odpowiadała za nie do wysokości 9 067 PLN (27 200 PLN x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 467 PLN, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Zamawiającego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

Członkowie: