

Sygn. akt KIO 2730/24

Sygn. akt: KIO 2730/24

WYROK

Warszawa dnia 3 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 29 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2024r. przez odwołującego: Konsorcjum: ZISCO B. sp. z o.o. ul. Adama Mickiewicza 75, 43-250 Pawłowice – Lider i Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich Technik J. O. ul. Bławatkowa 59, 44-321 Markłowice – Członek w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Świerklany ul. Kościelna 85, 44-266 Świerklany z udziałem przystępującego: Szpec - Kop D. E. ul. Spacerowa 5, 44-321 Markłowice po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Konsorcjum: ZISCO B. sp. z o.o. ul. Adama Mickiewicza 75, 43-250 Pawłowice – Lider i Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich Technik J.O. ul. Bławatkowa 59, 44-321 Markłowice – Członek

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum: ZISCO B. sp. z o.o. ul. Adama Mickiewicza 75, 43-250 Pawłowice – Lider i Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich Technik J. O. ul. Bławatkowa 59, 44-321 Markłowice – Członek, tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od odwołującego: Konsorcjum: ZISCO B. sp. z o.o. ul. Adama Mickiewicza 75, 43-250 Pawłowice – Lider i Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich Technik J. O. ul. Bławatkowa 59, 44-321 Markłowice – Członek na rzecz zamawiającego: Gmina Świerklany ul. Kościelna 85, 44-266 Świerklany kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Odwołanie

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z ustawą Pzp/ustawy czynności Zamawiającego, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę D. E. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Szpec-Kop D. E. dalej jako „Szpec- Kop/przystępujący/ wykonawca wybrany oraz zaniechania odrzucenia oferty Szpec-Kop jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu, a niezależnie od tego - zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2 p.z.p. oraz art. 118 ust. 1, 2, 3, art. 119 oraz art. 122 w zw. z art. 128 p.z.p.- przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Szpec- Kop pomimo, że wykonawca Szpec- Kop nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej (doświadczenia) określonego w pkt 6.1.2 lit b) SWZ
2. art. 224 ust. 6 i 5 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. - przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Szpec-Kop, który nie sprostował ciężącemu na nim obowiązki i nie wyjaśnił Zamawiającemu w sposób konkretny i jednoznaczny sposobu kalkulacji ceny złożonej oferty, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty, co skutkować winno odrzuceniem oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,
3. art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. art. 17 ust. 2 p.z.p. i art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. - przez wybór jako najkorzystniejszej

oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę Szpec- Kop, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i legalizmu.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania przez nakazanie Zamawiającemu dokonania:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty,
3. odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Szpec- Kop,
4. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert.

Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

uzasadnienie odwołania

[interes prawny] Odwołujący ma niewątpliwie interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, bowiem działania i zaniechania Zamawiającego naruszają przepisy Ustawy, w tym podstawowe zasady, którymi rządzić się winno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Za najkorzystniejszą uznana została oferta, która powinna podlegać odrzuceniu, albowiem wykonawca Szpec - Kop nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącym posiadania wymaganego doświadczenia, określonego w pkt 6.1.2 SWZ, a niezależnie od tego-wykonawcy Szpec- Kop złożył ofertę zawierającą rażąco niską ceną. Po odrzuceniu oferty Szpec- Kop, najkorzystniejszą ofertą byłaby oferta złożona przez Odwołującego, a tym samym Odwołujący uzyskałaby zamówienie dla siebie. Sprzeczny z p.z.p. wybór oferty Szpec- Kop niweczy szanse Odwołującego na zawarcie umowy z Zamawiającym. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

[termin] Termin do złożenia niniejszego odwołania został zachowany, bowiem informacja o dokonaniu wyboru najkorzystniejszych ofert została przekazana wykonawcom w dniu 26 lipca 2024r.

[zarzuty- warunki udziału w postępowaniu] W ocenie Odwołującego wykonawca Szpec- Kop nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej (doświadczenia), określonego w pkt 6.1.2 lit b) SWZ.

Odwołujący jest świadomy, że wykonawca Szpec- Kop powoływał się na udostępnienie przedmiotowych zasobów przez P&B sp. z o.o. z siedzibą w Pawłowicach [dalej P&B], który to podmiot przedłożył (dwukrotnie) stosowne oświadczenie w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego jednak, oświadczenie P&B- pierwotne i skorygowane- nie może zostać uznane za wystarczający dowód pozwalający Zamawiającemu na ustalenie, że zasoby tego podmiotu zostaną realnie udostępnione wykonawcy Szpec- Kop, a zatem, iż wykonawca Szpec- Kop spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Po pierwsze, w treści oferty wykonawca Szpec- Kop oświadczył, że „zamówienie zrealizuje własnymi siłami”. Oferta datowana jest na dzień 08 lipca 2024r. (data podpisania). Nie ulega zatem żadnej wątpliwości, iż w dacie złożenia oferty wykonawca Szpec- Kop nie planował zaangażowania żadnego podwykonawcy, a w szczególności podmiotu udzielającego zasoby, tj. P&B. Wniosek taki w pełni koresponduje z treścią pierwszego zobowiązania tego podmiotu, w którym wskazane zostało, że P&B nie zrealizuje żadnych robót w ramach przedmiotu zamówienia. Tymczasem, już w piśmie z dnia 16 lipca 2024r.- po upływie zaledwie 8 dni- wykonawca Szpec- Kop stwierdził, że zamówienie wykona wspólnie z P&B.

Należy przyjąć, że oferta wykonawcy Szpec- Kop w sposób naturalny nie przewidywała kosztów związanych z zaangażowaniem podwykonawcy. Tak samo, P&B nie przewidywał wykonania prac przy realizacji zamówienia i prace te organizować musiałby w zasadzie w trybie pilnym, co z pewnością znalazłoby przełożenia na cenę prac. Takie okoliczności rodzą uzasadnione pytania odnośnie realnej możliwości podjęcia współpracy przez wskazane podmioty.

Po drugie, zastrzeżenia budzi sama treść zobowiązania do udostępnienia zasobów. Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający- tworząc załącznik nr 5 do SWZ, a zatem zobowiązanie w trybie art. 118 ust. 3 ustawy Pzp- zawarł w przedmiotowym zobowiązaniu następującą treść: „Oświadczam, że: xse) zrealizuję jako podwykonawca roboty, których wskazana zdolność zawodowa dotyczy w nw. zakresie: (należy podać szczegółowy zakres robót, który zobowiązuje się wykonać podmiot udostępniający zasoby)”.

Zamawiający żądał zatem wskazania „szczegółowego zakresu robót”, które zostaną wykonane przez podwykonawcę udostępniającego zasoby. Żądanie zostało wyróżnione innym kolorem czcionki i jest wyraźne. Przedmiotowe żądanie koresponduje z:

1. ogólnym wymaganiem wynikającym z przepisów prawa, tj. art. 118 ust. 4 pkt 3 p.z.p., zgodnie z którym zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności czy i w

jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą,

2. zapisem pkt 12.1.4 SWZ, w którym Zamawiający zapisał, iż Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w Formularzu Oferty części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani Wykonawcy. Należy w tym celu wypełnić punkt 11 Formularza Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ).

Jasnym jest, że kierując się przepisami prawa, a także dbając o swój interes, Zamawiający dążył do uzyskania dokładnych, konkretnych i możliwych do weryfikacji danych dotyczących zakresu zaangażowania podwykonawcy, w szczególności takiego, na zasobach którego polegać będzie wykonawca. Tymczasem, uzupełniając oświadczenie z pkt e), w treści zobowiązania wpisano „wykonanie robót instalacyjno- montażowych”. Z treści zobowiązania nie wynika jaki będzie zakres robót, ani na czym te roboty w istocie będą polegać. Odwołujący zwraca uwagę, że pojęcie „roboty instalacyjno- montażowe” jest tak dalece

ogólne, że bez jego doprecyzowania nie sposób określić zbioru desygnatów tego pojęcia. Mówiąc kolokwialnie - takie stwierdzenie może oznaczać wszystko i nic. Gdyby „roboty instalacyjno- montażowe” miały stanowić przedmiot umowy podwykonawczej, zapis umowy musiałby brzmieć- wykonawca Szpec- Kop zleca podwykonawcy P&B roboty montażowo- instalacyjne polegające na (tu należałoby wskazać jakie roboty wchodzi w skład przedmiotu umowy) w zakresie ... (tu należałoby wskazać zakres robót). Tylko wtedy można byłoby określić co w rzeczywistości zostało powierzone do wykonania podwykonawcy. Bez tego doprecyzowania zapis pozostaje pusty i nic nieznaczący.

Po trzecie należy zauważyć, że zobowiązanie P&B jest jedynym dowodem, przedłożonym przez wykonawcę Szpec-Bud dla wykazania, iż udostępnienie zasobów jest realne, a podmiot udzielający zasobów rzeczywiście będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia. Wykonawca w szczególności nie przedłożył oferty złożonej przez P&B, którą przecież musiał pozyskać przed 16 lipca 2024r., ani żadnej formy umowy podwykonawczej lub chociażby listu intencyjnego, wyrażającego wolę i zamiar zawarcia takiej umowy. Tym samym, analizując realność udostępnienia zasobów i rzeczywiste zaangażowanie podmiotu ich udzielającego w wykonanie przedmiotu umowy, Zamawiający musiał opierać się wyłącznie na treści tego oświadczenia, która jest wadliwa. Zamawiający w tym zakresie musi się opierać na dokumentach przedłożonych przez wykonawcę i nie może czynić w tym względzie żadnych własnych domysłów lub przypuszczeń. Co więcej - działania zarówno wykonawcy Szpec- Kop, jak i P&B musi być rozpatrywane z uwzględnieniem podwyższonego miernika staranności wynikającego z art. 355 ust. 2 k.c., bowiem oba podmioty to profesjonaliści, co dodatkowo wyklucza możliwość uznania zobowiązania za skuteczne.

Wobec wskazanych wad zobowiązania do udostępniania zasobów, jak i okoliczności jego złożenia, Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że wykonawca Szpec - Kop rzeczywiście będzie dysponował zasobami P&B, a wskazana firma wykona część przedmiotu umowy. Wręcz przeciwnie- zachodziła potrzeba odrzucenia oferty wykonawcy Szpec- Kop.

Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO:

1.,Wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu jest zobowiązany udowodnić, że stosunek łączący go z podmiotem udostępniający swoje zasoby gwarantuje rzeczywisty do nich dostęp. Składane przez wykonawcę zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, stanowiące podmiotowy środek dowodowy, zawierające oświadczenie woli tego podmiotu, nie może mieć zatem jedynie charakteru formalnego. Musi ono potwierdzać, że wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do określonych zasobów przez czas niezbędny do realizacji

zamówienia. W przypadku robót budowlanych zobowiązanie powinno zawierać oświadczenie co do tego czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty, do realizacji których te zdolności są wymagane.”- wyrok KIO z 20.03.2023 r., KIO 596/23, LEX nr 3511241,

2.,Dyspozycja art. 118 ust. 4 p.zp. wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony.” - wyrok KIO z 19.04.2022 r., KIO 892/22, LEX nr 3399608,

3.,Podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych art. 118 ust. 2 p.z.p. zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Wskazać należy, iż przepisy ustawy z 2019 r. Prawo zamówień publicznych wymagają zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego

podmiotu zostanie realnie udostępniony.” - wyrok KIO z 24.09.2021 r., KIO 2353/21, LEX nr 3271820.

Zobowiązanie P&B stoi wprost w sprzeczności z wymaganiami wynikającymi z przepisów prawa i orzecznictwa KIO. Nie można oprzeć się wrażeniu, że zobowiązanie zostało zmienione wyłącznie dlatego, że wymagał tego Zamawiający, zaś realnie zamierzenia stron nie zmieniły się. Okoliczności sprawy, jak również dokumenty nie pozwalają na wyciągnięcie innych wniosków. Wobec tego i wobec niemożności czynienia domysłów i przypuszczeń, ofertę należało odrzucić.

[zarzuty - rażąco niska cena] Zdaniem Odwołującego - po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę Szpec- Kop, zgodnie z pismem z dnia 16 lipca 2024r. -

Zamawiający powinien ocenić przedmiotowe wyjaśnienia jako nieuzasadniające ceny oferty złożonej przez Szpec- Kop, a w konsekwencji, Zamawiający powinien odrzucić ofertę tej firmy.

Z treści wezwania Zamawiającego z dnia 11 lipca 2024r. wynika, że Zamawiający oczekiwał wyjaśnień konkretnych, wyczerpujących i popartych stosownymi dowodami. Takich wyjaśnień Zamawiający z całą pewnością nie otrzymał.

Ma marginesie Odwołujący wskazuje, że w postępowaniu złożono 4 ofert, spośród których jedynie oferta wykonawcy Szpec- Kop w sposób wyraźny odstaje w dół (różnica 690.959,62 zł pomiędzy pierwszą, a drugą ofertą), zaś różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy Szpec-Kop, a średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosi aż niemalże 20%.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny nie dowodzą realności ceny. Swoje stanowisko Odwołujący opiera na analizie wyjaśnień i dowodów do nich załączonych, która zostanie zaprezentowana poprzez odniesienie się do poszczególnych fragmentów wyjaśnień:

-fragment pierwszy-

„Oświadczam, że przedłożona oferta cenowa uwzględnia i spełnia wszelkie wymagania określone w SIWZ, jak również jest pełna, tj. obejmuje wszystkie koszty i wydatki jakie zamierzam ponieść z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotowego zadania. Oferta została przygotowana z zachowaniem najwyższej staranności, według obmiarów załączonych do postępowania przetargowego. Zgodnie z zapisami SIWZ do złożonej oferty dołączone zostały kosztorysy ofertowe, które pokazują w jaki sposób została wyliczona przedstawiona cena”.

Przytoczony fragment stanowi ogólne, niekonkretne, niewyczerpujące zapewnienia, a zatem nie realizuje wymagań Zamawiającego co do treści wyjaśnień i nie może tym samym uzasadniać ceny.

-fragment drugi-

„Wszystkie elementy oferty są jak najbardziej realne i zostały wycenione na bazie aktualnie stosowanych przez moją firmę składników cenowych, otrzymanych ofert na zakup materiałów koniecznych do zrealizowania zadania (oferty w załączniku), faktur oraz zgodnie z SIWZ i załącznikami do SIWZ.”

Przytoczony fragment stanowi ogólne, niekonkretne, niewyczerpujące zapewnienia i nie może tym samym uzasadniać ceny. Co więcej, analiza data dokumentów dołączonych do

wyjaśnień prowadzi do wniosku, iż przedmiotowe dokumenty falsyfikują wyjaśnienia. Trzeba bowiem zauważyć, iż:

1. faktura VAT nr FS/50/05/2024 pochodzi sprzed prawie dwóch miesięcy od daty

złożenia oferty, a zatem nie ma żadnego związku z sposobem skalkulowania ceny. Co więcej, faktura dokumentuje zakup materiałów o niewielkiej wartości i w niewielkiej ilości, z czego można wyciągnąć wniosek, że zostały one zużyte w toku bieżącej działalności wykonawcy Szpec-Kop

2. faktura VAT nr FS/280/06/2024 pochodzi sprzed prawie dwóch tygodni od daty

złożenia oferty, a zatem nie ma żadnego związku z sposobem skalkulowania ceny. Co więcej, faktura dokumentuje zakup materiałów o niewielkiej wartości i w niewielkiej ilości, z czego można wyciągnąć wniosek, że zostały one zużyte w toku bieżącej działalności wykonawcy Szpec- Kop,

3. oferta nr 0204472029 została pozyskana w dniu 16 lipca 2024r., a zatem nie miała żadnego wpływu na wyliczenie ceny, bowiem oferta jest datowana na dzień 08 lipca 2024r.,

4. oferta nr 0204490537 została pozyskana w dniu 16 lipca 2024r., a zatem nie miała żadnego wpływu na wyliczenie ceny, bowiem oferta jest datowana na dzień 08 lipca 2024r.,

5. obie powyższe oferty dotyczą zakupu materiału za łącznie 207.467,13 zł podczas gdy cena oferty wykonawcy Szpec- Kop wynosi 3 582 434,87 zł,

6. obie powyższe oferty mają dwudniowy termin ważności (!), a zatem w praktyce nigdy

nie mogły zostać zrealizowane.

-fragment trzeci-

„Pragnę zauważyć, że posiadam kilkunastoletnie - doświadczenie w zakresie budowy sieci wodociągowo - kanalizacyjnych oraz przewiertów sterowanych, a co za tym idzie wypracowałem sobie liczne kontakty handlowe, pozwalające na uzyskanie korzystnych upustów oraz rabatów na zakup niezbędnych materiałów, które wykorzystuję odkąd zacząłem prowadzić własną działalność gospodarczą.”

Przytoczony fragment stanowi ogólne, niekonkretne, niewyczerpujące zapewnienia i nie może tym samym uzasadniać ceny. Co więcej, wykonawca Szpec- Kop prowadzi działalność gospodarczą od 08 czerwca 2022r., zaś przed rozpoczęciem działalności - według wiedzy Odwołującego – pracował w firmie wykonującej głównie instalacje gazowe.

-fragment czwarty-

„W ramach prowadzonego przedsiębiorstwa dysponuję doświadczoną i wykwalifikowaną kadrą. Przy wykonywaniu zamówienia zaangażowanych będzie ok. 5 osób zatrudnionych na umowę o pracę (Zgodnie z art.13 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego z dnia 27.04.2016 r. w sprawie ochrony danych osobowych KODO, wszystkie środki dowodowe, tj. umowy o pracę są dostępne do wglądu w siedzibie firmy), a do wyceny przyjęto stawkę roboczogodziny na poziomie 35 zł, która znacznie przekracza ustawową minimalną stawkę roboczogodziny, a co za tym idzie wszelkie koszty związane z opłaceniem wynagrodzenia pracowników zostały uwzględnione w ofercie.”

Przytoczony fragment stanowi ogólne, niekonkretne, niewyczerpujące zapewnienia, niepoparte żadnymi dowodami, pomimo, iż wykonawca Szpec- Kop takimi dowodami rzekomo dysponuje i nie może tym samym uzasadniać ceny. Poza tym, wyjaśnienia nie wytrzymują konfrontacji z zakresem zamówienia, albowiem pięciu pracowników nie jest w stanie wykonać zamówienia w terminie oczekiwanym przez Zamawiającego. Tytułem przykładu- Odwołujący delegować zamierzał od 20 do 30 pracowników.

-fragment piąty-

Zgodnie z przedłożonymi dokumentami, część zadania zostanie powierzona Podwykonawcy finnie: P&B Sp. z o.o. ul. Pszczyńska 143a 44-240 Żory

Jak zostało wyżej wskazane nie wiadomo jaka część zamówienia zostanie powierzona podwykonawcy. Niemniej, nawet gdyby było to wiadomo, to okoliczności ta nie miałyby żadnego znaczenia dla ustalenia ceny ofertowej, albowiem w dacie złożenia oferty wykonawca Szpec- Kop nie zamierzał angażować podwykonawcy (!), co wynika z jego własnych oświadczeń i oświadczeń firmy P&B.

-fragment szósty-

„zamówienie realizowane będzie w niedalekiej odległości od miejsca prowadzenia przeze mnie działalności gospodarczej, zatem nie będę zobligowany do ponoszenia żadnych kosztów dodatkowych, związanych chociażby z transportem długodystansowym, wypłatę należności z tytułu delegacji pracowników, itp.”,

Okoliczność de facto bez wpływu na cenę.

-fragment siódmy-

„przedmiot zamówienia mieści się w zakresie standardowo wykonywanych przez moją firmę usług, potwierdzają to liczne realizacje zleceń na rzecz GZWik Świerkiany”,

Okoliczność de facto bez wpływu na cenę. Oczywiścieścią jest, że przedmiot zamówienia co do zasady mieści się w katalogu usług standardowo świadczonych przez wykonawców.

-fragment ósmy-

„dysponuję odpowiednią, doświadczoną i wykwalifikowaną kadrą oraz odpowiednim własnym sprzętem (koparki, samochody samowładowcze, samochody brygadowe, zagęszczarki, zgrzewarki doczołowe oraz elektrooporowe, agregaty prądotwórcze, elektronarzędzia)”.

Przytoczony fragment stanowi ogólne, niekonkretne, niewyczerpujące zapewnienia, a zatem nie realizuje wymagań Zamawiającego co do treści wyjaśnień i nie może tym samym uzasadniać ceny. Warto podkreślenia, w „wykazie” sprzętu wykonawca Szpec- Kop nie wskazał ani jednej wiertnicy HDD, który to sprzęt jest kluczowy do możliwości wykonania zamówienia. Tytułem przykładu- Odwołujący wykorzystywać zamierzał nawet 5 sztuk tego typu sprzętu.

-fragment dziewiąty-

przewiertu sterowane będziemy realizowali we własnym zakresie,

Przytoczony fragment pozbawiony jest treści merytorycznej, a poza tym jest nielogiczny, albowiem nawet gdy

wykonawca sam (czytaj- bez podwykonawców) wykonuje jakiś zakres prac, to prace to generują koszty, których najwidoczniej wykonawca Szpec- Kop nie uwzględnił.

-fragment dziesiąty-

posiadam uprawnienia zgrzewacza PE bez ograniczeń wydane przez Urząd Dozoru Technicznego, co poświadcza o znajomości technologii oraz odpowiednim wyszkoleniu do realizacji zadania.

Przytoczony fragment pozbawiony jest treści merytorycznej - nie wiadomo jaki wpływ ma przedmiotowa okoliczność na cenę.

-fragment jedenasty-

posiadam własną kadrę kierowniczą

Przytoczony fragment pozbawiony jest treści merytorycznej-nie wiadomo jaki wpływ ma przedmiotowa okoliczność na cenę.

-fragment dwunasty-

„W odpowiedzi na pytanie o wskaźnik kosztów pośrednich na poziomie 35% informujemy, że zgodnie z definicją kosztów pośrednich, które można określić jako koszty ponoszone przez firmę budowlaną (a które nie są zaliczane do kosztów bezpośrednich) związane są z

działalnością produkcyjną firmy na placach budowy oraz zarządzania całym przedsiębiorstwem.

Koszty pośrednie, jako kalkulacyjne kategorie kosztów robót budowlanych, obejmują dwie podstawowe grupy kosztów firmy budowlanej, a mianowicie:

- koszty zarządu firmy, zajmujące w całości wskaźnika Kp ok. 40%
- koszty ogólne budowy, zajmujące w całości wskaźnika Kp ok. 60%

Koszty zarządu firmy obejmują wszystkie koszty ponoszone przez szeroko rozumiane kierownictwo firmy, a więc nie tylko dyrekcję, ale również komórki obsługujące całe przedsiębiorstwo (jak magazyn, laboratoria, produkcję pomocniczą, transport itp.).

W związku z powyższym oraz biorąc pod uwagę, że zaplecze mojej firmy znajduje się na terenie mojej prywatnej posesji oraz całe biuro firmy prowadzę w dzierżawionym pomieszczeniu w domu rodzinnym, całe koszty związane z zarządem firmy oraz zapleczem w moim przypadku odpadają, pozostają jedynie koszty ogólne budowy, a co za tym idzie w moim przypadku przyjęcie wskaźnika kosztów pośrednich na poziomie 35% jest jak najbardziej wytłumaczalne, realne i umożliwi mi uwzględnienie w kalkulacji zysku na satysfakcjonującym poziomie”.

Przytoczony fragment pozbawiony jest treści merytorycznej - w istocie nie wiadomo jak wykonawca wyliczył kwestionowane koszty pośrednie. Co więcej, część ogólna fragmentu zdaje się pozostawać w sprzeczności z częścią szczegółową.

-fragment dwunasty-

„Mając na uwadze powyższe, podkreślam i ponownie zapewniam, że złożona przeze mnie oferta jest w pełni zgodna z SIWZ i wszelką inną dokumentacją przetargową, zawiera koszty udzielonej gwarancji, czyni zasadność przepisom prawa (również przepisom z zakresu Ochrony Środowiska), Jest uzasadniona ekonomicznie oraz jest wiarygodna i realistyczna, a niezależnie od tego - pozwala na osiągnięcie przeze mnie zysku na satysfakcjonującym poziomie”.

Przytoczony fragment stanowi ogólne, niekonkretne, niewyczerpujące zapewnienia, a zatem nie realizuje wymagań Zamawiającego co do treści wyjaśnień i nie może tym samym uzasadniać ceny.

-podsumowanie- Zamawiający żądał wyjaśnień i dowodów, a zamiast tego otrzymał ogólne zapewnienia i dokumenty, które dowodami być nie mogą. W tym miejscu Odwołujący pragnie przywołać fragment uzasadnienia wyroku KIO z dnia 24 stycznia 2022r., KIO 3738/21 (LEX nr 3353136):

„Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 po.pzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 po.pzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13). Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że w tej sprawie przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 pzp wszczęło procedurę, w której Przystępujący (tu: wykonawca Szpec- Kop- przypis autora odwołania) obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno obowiązkiem odrzucenia jego oferty, bez stwarzania mu kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień."

Uzupełniająco należy dodać, że działalność wykonawcy Szpec- Kop musi być oceniana z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej.

W ocenie Odwołującego, powyżej zostały przedstawione argumenty nakazujące Zamawiającemu zakwestionowanie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Szpec- Kop, albowiem są one nierzetelne, niekompletne, gołosłowne i nieoparte żadnymi dowodami.

Wybrana została oferta wykonawcy, który nie udowodnił, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Aż prawie 50% rozbieżność pomiędzy kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia a cenę nakazuje szczególnie wnikliwą analizę ceny i wyjaśnień, czego niestety w niniejszej sprawie zabrakło.

Wykonawca Szpec- Kop miał wyjaśnić jak wyliczył cenę, a tego nie zrobił, oferując zamawiającemu w zamian puste deklaracje.

[zarzut- podstawowe zasady postępowania] W ocenie Odwołującego wybór oferty podlegającej odrzuceniu- z dwóch niezależnych przyczyn- godzi w podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców i legalizmu.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 22 sierpnia 2024r.

Działając w imieniu Zamawiającego Gminy Świerklany w oparciu o pełnomocnictwo, które załączam, na podstawie art. 521 ust.1 ustawy Pzp, wnoszę odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Konsorcjum Firm: ZISCO B. Sp. z o.o. z siedzibą w Pawłowicach (Lider) oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Technik J. O. od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja sieci wodociągowej w Gminie Świerklany". W związku z powyższym wnoszę o:

- 1) oddalenie odwołania w całości.
- 2) zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

I. Zagadnienia formalne

Przed wdaniem się w spór co do istoty spraw Zamawiający wskazuje, że odwołanie z dnia 31 lipca 2024r. zostało wniesione przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji Odwołującego i w związku z tym powinno zostać odrzucone. Wskazać należy, iż odwołanie zostało podpisane przez adw. S. D. dnia 31 lipca 2024r., jednak na udzielonym przez jego mocodawców pełnomocnictwie podpisy zostały umieszczone dopiero 2 sierpnia 2024r., czyli po upływie terminu na złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z art. 515 PZP „Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie: 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej". Podkreślić należy, iż Odwołujący się udzielił pełnomocnictwa 2 sierpnia 2024r., czyli po upływie 5 dniowego terminu do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, co w ocenie Zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 pkt. 2 PZP. Tym samym stwierdzić należy, że w terminie na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie nie doszło do skutecznego wniesienia odwołania. Postępowanie winno zatem zostać umorzone.

Dnia 20 czerwca 2024r. Zamawiający umieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie nr 2024/BZP 00374946/01 dotyczące zamówienia na roboty budowlane pt.: „Modernizacja sieci wodociągowej w Gminie Świerklany". Przedmiotem zamówienia była modernizacja polegająca na przebudowie sieci wodociągowej w Gminie Świerklany na wskazanych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia ulicach. W powyższym postępowaniu oferty złożyli Szpec - Kop D. E. (Wykonawca), Construction Development Center Sp. z o.o., Konsorcjum firm: ZISCO B. Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Technik J. O. (Odwołujący się), W. Sp. z o.o. dnia 26 lipca 2024r.

Zamawiający udostępnił informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą została oferta Szpec - Kop D.E. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swój wybór: „Oferta najkorzystniejsza wybrana została zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SWZ), tj. na podstawie kryteriów: „Cena" - 98 pkt., „Rozszerzona gwarancja i rękojmia" - 2 pkt. Wybrana oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w SWZ i uzyskała największą łączną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, obliczoną zgodnie z wzorem zamieszczonym w pkt. 23.3. SWZ".

Od powyższej decyzji Zamawiającego odwołanie z dnia 26 lipca 2024r. wniosło Konsorcjum Firm: ZISCO B. Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Technik J. O. W powyższym odwołaniu zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy prawo zamówień publicznych:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2 p.z.p. oraz art. 118 ust. 1, 2, 3, art. 119 oraz art. 122 w zw. z art. 128 p.z.p.- przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Szpec- Kop, pomimo że wykonawca Szpec- Kop nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej (doświadczenia) określonego w pkt 6.1.2 lit b) SWZ;
- 2) art. 224 ust. 6 i 5 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. - przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Szpec- Kop, który nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi i nie wyjaśnił Zamawiającemu w sposób konkretny i jednoznaczny sposobu kalkulacji ceny złożonej oferty, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty, co skutkowało winno odrzuceniem oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. art. 17 ust. 2 p.z.p. i art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. - przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę Szpec- Kop, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i legalizmu.

III. Zarzut nr 1

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Odwołującego się, Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca Szpec-Kop D. E. w pkt. 11 Formularza Oferty zadeklarował, że zamówienie wykona siłami własnymi, natomiast w załączniku nr 5 (Zobowiązanie a trybie art. 118 ust. 3 Pzp) podmiot udostępniający zasób doświadczenia (P&B Sp. z o.o.) zobowiązał się do merytorycznego wsparcia wiedzą i doświadczeniem Wykonawcy w trakcie realizacji kontraktu. Oświadczył również, że nie będzie realizował robót jako podwykonawca. Oświadczenie takiej treści jest niezgodne z przepisem art. 118 ust. 2 Pzp (W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane).

W związku z tym, że P&B Sp. z o.o. nie zobowiązała się do wykonania robót jako podwykonawca, których wskazana zdolność doświadczenia dotyczyła, Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. 6.1. lit. b) SWZ (O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy w dniu składania ofert oraz przez czasokres do dnia zawarcia umowy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowej (doświadczenia). Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, że Wykonawca wykonał (zakończył) w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane (każda winna zostać zrealizowana na podstawie odrębnej Umowy) polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie (modernizacji) sieci wodociągowej) o długości co najmniej 2 000 m każda.).

Zamawiający pismem z dnia 11.07.2024 r. wezwał Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 Pzp w związku z art. 122 Pzp do zastąpienia dotychczasowego podmiotu innym podmiotem, albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt. 6.1.2. lit. b) SWZ. W wyżej wskazanym piśmie Zamawiający wskazał, że „Podmiot udostępniający Panu swój zasób doświadczenia wskazał, iż sposób udostępnienia jego doświadczenia polegać będzie na merytorycznym wsparciu wiedzą i doświadczeniem w trakcie realizacji kontraktu i nie będzie on realizował robót, których wskazana zdolność doświadczenia dotyczy jako podwykonawca, a pełen zakres robót wykona Pan swoimi siłami”.

Podkreślić należy, że prawidłowość postępowania Zamawiającego potwierdza uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9.07.2019 nr KIO/KD 47/19: „Zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z powyższego wynika, że w sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby

nierozerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym (niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia) to podmiot udostępniający zasoby powinien w sposób wyraźny zobowiązać się do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, w postaci wykonania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Taki charakter mają niewątpliwie zasoby dotyczące doświadczenia, kwalifikacji zawodowych lub wykształcenia, które w przedmiotowej sprawie zostały udostępnione wykonawcy przez podmiot trzeci”.

Tym samym udostępnienie na rzecz Wykonawcy zasobów przez Budkom powinno przybrać postać faktycznej realizacji robót, do których udostępniane zdolności były wymagane. Z dokumentacji postępowania wynika natomiast, że Budkom zobowiązał się do udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia jedynie przez konsultacje i doradztwo przy wykonywaniu prac. W zaistniałej sytuacji Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia zobowiązania złożonego przez podmiot trzeci o wskazanie sposobu realizacji zamówienia zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, lub -stosownie do art. 22a ust. 6 Pzp do zastąpienia ww. podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, z jednoczesnym wykazaniem zdolności dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, czego Zamawiający nie uczynił. Powyższe potwierdza, że stanowisko Kontrolującego było prawidłowe, a stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp uzasadnione.

W odpowiedzi Wykonawca w dniu 16.07.2024 r. złożył Zamawiającemu ponowne zobowiązanie P&B Sp. z o.o. w trybie art. 118 ust. 3 Pzp. W zobowiązaniu tym P&B Sp. z o.o. określił sposób udostępnienia swoich zasobów jako merytoryczne wsparcie wiedzą i doświadczeniem w trakcie realizacji kontraktu oraz wykonanie robót montażowo-instalacyjnych oraz zadeklarował, że wykona roboty instalacyjno-montażowe jako podwykonawca.

Projektant w projekcie zagospodarowania terenu określił, iż prace związane z przebudową sieci wodociągowej z przyłączami należy wykonać zgodnie z normą PN-B-10725:1997 -Wodociągi - Przewody zewnętrzne - Wymagania i

badania oraz normą PN-B-10736:1999 Roboty ziemne - Wykopy otwarte dla przewodów wodociągowych i kanalizacyjnych - Warunki techniczne wykonania. Stąd jasnym jest dla Zamawiającego, iż zakres prac instalacyjno-montażowych zadeklarowanych przez podwykonawcę obejmować będzie wykonanie robót ziemnych wraz z pracami montażowymi wodociągu.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż w Specyfikacji Warunków Zamówienia nie skorzystał z prawa zastrzeżenia kluczowych robót do własnego wykonania przez

Wykonawcę (art. 121 Pzp: Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane). Zamawiający skorzystał zatem skutecznie z uprawnienia, które ustawodawca zastrzegł na jego korzyść. Sformułowanie „może” oznacza bowiem, że to Zamawiającemu pozostawiono wybór czy chce wprowadzić przytoczone zastrzeżenie, czy też go nie wprowadzi.

Podkreślić należy, iż w wyroku z dnia 2.04.2024r. o sygn. akt: KIO 896/24 Krajowa Izba Odwoławcza słusznie wskazała: „Prowadzenie inwestycji budowlanej jest procesem złożonym, wielowątkowym i nie polega jedynie na fizycznym wykonaniu robót wskazanych w projekcie. Jest to proces wymagający koordynacji, uzgodnień z wieloma podmiotami, jego dokumentowania i dokonywania szeregu czynności przewidzianych przepisami, ale i wynikającymi z istoty tego procesu. Nie można zatem sprowadzać inwestycji budowlanej do samych tylko robót budowlanych, których chronologiczne fizyczne wykonanie zagwarantuje sukces w postaci osiągnięcia zamierzenia budowlanego”. W związku z powyższym Zamawiający wskazuje, iż zobowiązanie P&B Sp. z o.o. jest jedynym dowodem dla wykazania udostępniania Wykonawcy zasobów doświadczenia, a podmiot udostępniający w tym dokumencie zobowiązał się do wykonania robót instalacyjno- montażowych jako podwykonawca.

Przepis art. 118 ust. 3 Pzp jasno wskazuje, że Wykonawca, który polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Wykonawca nie miał obowiązku przedłożenia oferty złożonej przez P&B Sp. z o.o., listu intencyjnego czy umowy podwykonawczej. Ustawa wyraźnie wskazuje w art. 118 ust. 3, iż Wykonawca składa zobowiązanie lub inny podmiotowy środek dowodowy.

Projekt umowy podwykonawczej z podmiotem udostępniającym zasoby Zamawiający owszem będzie wymagał od Wykonawcy ale, zgodnie z przepisem art. 464 ust. 1, w trakcie realizacji zamówienia (Wykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy), co potwierdza również zapis § 15 ust. 6 projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 8 do SWZ.

IV. Zarzut nr 2

W odniesieniu do zarzutu nr 2 dotyczącego rażąco niskiej ceny, wskazać należy, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej za rażąco niską cenę uważa się „cenę nierealistyczną, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Za cenę rażąco niską uważana jest cena niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać” (wyrok KIO z 21.10.2021r., sygn. akt KIO 2833/21). Zamawiający poddał wyjaśnienia przesłane przez Wykonawcę Spec-Kop D.E. wnikliwej analizie oraz uznał, iż wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie zaoferowanej ceny wykonania zamówienia publicznego, po przeanalizowaniu szeregu okoliczności, dowodzą jej realności.

Podkreślić należy, że na niekorzyść Wykonawcy Spec-Kop D. E. nie powinny działać wybrane przez Wykonawcę oszczędne metody wykonania zamówienia w postaci ograniczenia wielkości prywatnego zysku czy własnoręcznego dozoru robót, czy współwykonawstwa prac przez samego Właściciela firmy. Wyjaśnienia nie były ogólnikowe, ale zostały poparte fakturami i ofertami dot. materiałów zarówno sprzed dnia złożenia oferty w przetargu jak i bardziej aktualnych, bo pozyskanych w toku procedury wyjaśnień przed Zamawiającym.

Wskazać należy, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23.04.2013r. sygn. akt KIO 848/13 „sama zanotowana dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, tj. od około 14% do 25% nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Oznacza to również, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, kontakty handlowe, rozwiązania organizacyjne, ilość świadczonych jednocześnie usług -skali działalności), wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. Wykonawca może przedstawić cenę oferty nawet znacząco odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert - jeżeli potrafi ją uzasadnić”.

Powyższe oznacza, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest

ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po

drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaofferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”.

Wnoszący odwołanie jest niekonsekwentny w ocenie prawidłowości dat pozyskania dokumentów, ponieważ kwestionuje zarówno jedne jak i drugie (patrz str. 6 Odwołania „fragment drugi”). Podkreślenia wymaga również, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, wyjaśnienia Wykonawcy mają pokazać Zamawiającemu, że nie doszło do zaproponowania w ofercie rażąco niskiej ceny. Tym samym Wykonawca ma przekonać Zamawiającego a nie pozostałych wykonawców. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lutego 2024r. sygn. akt KIO 95/24 „Celem instytucji rażąco niskiej ceny nie jest kreowanie po stronie wykonawcy obowiązku wykazywania szczegółowych kalkulacji odnoszących się do nawet najdrobniejszych kosztów wykonania zamówienia, ale wymaganie przedstawienia takich wyjaśnień, które przekonają zamawiającego co do powodzenia realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie poprzez zaakcentowanie aspektów mających wpływ na daną wycenę i wykazanie, że te okoliczności są realne i uzasadnione poprzez złożenie dowodów”. Przedstawione wyjaśnienia okazały się zaś w pełni przekonujące dla Zamawiającego.

Wskazać należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19.05.2023r. sygn. akt KIO 1240/23 trafnie podkreśliła, że „jeżeli wyjaśnienia wykonawcy wraz z załączonymi dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę, to tym samym wykonawca wywiązał się należycie ze spoczywającego na nim ciężaru wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Za oczywiste uznała przy tym, że uzasadniając cenę zaofferowaną w postępowaniu, wykonawca ma obowiązek wykazać rzeczywiste koszty, jakie poniesie na realizację zamówienia oraz przychody, jakie planuje uzyskać z tytułu realizacji zamówienia w odniesieniu do całego okresu realizacji, a także zysk. Wykonawca powinien wykazać, że przychody, jakie spodziewa się osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia, co najmniej w całości pokryją koszty związane z jego realizacją”.

W ramach sprawdzenia ceny przez Zamawiającego zarówno Wnoszący Odwołanie jak i wybrany Wykonawca Szpec-Kop przedstawili oferty cenowe dotyczące poziomu cen przewidzianych dokumentacją przetargową do wykonania robót budowlanych. Podstawowym materiałem do wykonania zadania będą rury wodociągowe PE100 RC SDR11 PN160 średnicy 110. W wyjaśnieniach Wykonawcy Szpec-Kop są one zawarte w ofercie nr 0204472029 z dnia 16.07.2024 w pozycji nr 4 („RURA TYTAN typ 2/2 wodociągowa PE100-RC 110x10.0mm, sztanga 12 m, PN16 SDR 11 (...), dwuwarstwowa”), gdzie w Hurtowni Hydraulicznej ONNINEN sp. z o.o. Teolin 18b, Gmina Nowosolna, posiadającej 36 oddziałów

w Polsce (w tym magazyn Rybnik ul. Prosta 135c/1 oddalony tylko 9 km od miejsca realizacji kontraktu), cena jednostkowa wynosi 29,71 zł netto/m, przy zapotrzebowaniu na 3.000 m. Dla porównania w ofercie cenowej Wnoszącego Odwołanie w/w pozycja materiałowa jest zawarta w ofercie nr OF/41/06/2024 z dnia 27-06-2024 r. z Przedsiębiorstwa Handlowego „PROGRES” Michał Grzonka, ul. Jaśminowa 93K, Rybnik (porównywalna odległość do miejsca realizacji zadania publicznego) pod pozycją 1, gdzie przy porównywalnym zapotrzebowaniu (choć formalnie rzecz biorąc mniejszym) rzędu 2.877 m, został zaofferowany materiał o cenie jednostkowej 31.59 zł netto/m. Z porównania widać, że różnica cenowa jest niewielka rzędu 6.35% i wynosi 1.88 zł netto/m. Drugim podstawowym materiałem w realizacji zadania publicznego będzie rura do wody PE100-RC32 PN16 SDR11, której cena w/w ofercie Hurtowni Hydraulicznej Onninen dla Wykonawcy Szpec-Kop w pozycji nr 3 wynosi 2.94 zł netto/m, natomiast w w/w ofercie Firmy „Progres” dla Wnoszącego Odwołanie wynosi 3.45 zł netto/mb (poz. nr 5). Różnica wynosi 51 groszy netto (metr), czyli 17.5%.

Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że różnica w cenach materiałów rzędu kilku-kilkunastu procent jest zjawiskiem normalnym i wynika z różnicy marż Dostawców materiałowych, na które rzutują koszty prowadzenia działalności, zakładane zyski, operatywność bądź uzyskane rabaty Wykonawców. Wyżej przedstawione oferty Dostawców dla Wykonawcy Szpec-Kop D. E. jak i Wnoszącego Odwołanie są w istocie porównywalne pod względem ilościowym jak i cenowym. Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2021r. sygn. akt KIO 3357/21 „podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego”.

Za chybiony należy uznać argument Wnoszącego odwołanie (str. 7, pkt 3), że „obie powyższe oferty dla Szpec-Kop mają dwudniowy termin ważności”, a zatem w praktyce nigdy nie mogły zostać zrealizowane. To co Wnoszący Odwołanie uznaje za dwudniowy termin ważności oferty, jest w istocie co najmniej terminem trzydniowym, ponieważ oferta Onninen nr 0204472029 z 16.07.2024 r. obowiązywała do 19.07.2024 r. a w praktyce prowadzenia działalności gospodarczej cztery dni robocze, bo 16, 17, 18, 19 lipca. Kolejny bezpodstawny argument Wnoszącego odwołanie zawarty jest na str. 7 pkt 5, gdzie wskazano, jakoby Wykonawca Szpec-Kop uzyskując korzystne dla siebie rabaty u Dostawców materiałowych na niewielkie zamówienia określone ofertą Dostawcy materiałowego nr 0204472029 oraz 0204490537, nie był w stanie co najmniej utrzymać podobnych rabatów na rozszerzony asortyment armatury wodociągowej i większe

zamówienie. Przeczy to ogólnie znanym zasadom prowadzenia działalności gospodarczej, ofertowania z upustami oraz nade wszystko zdrowego rozsądku i logiki.

Jako niczym nieoparte należy uznać twierdzenia Odwołującego (str. 7, pkt 5) zawarte w zdaniu: „obie powyższe oferty dotyczą zakupu materiału za łącznie 207.467,13 zł, podczas gdy cena oferty wykonawcy Szpec-Kop wynosi 3 582 434,87 zł”, ponieważ wnoszący Odwołanie narzuca retorykę sensacji i chce porównywać rzeczy nieporównywalne: z jednej strony oferty materiałowe Wykonawcy Szpec-Kop, potwierdzające jego zdolność do uzyskania korzystnych ofert materiałów wodociągowych na kluczowy materiał do wykonania zamówienia publicznego a z drugiej strony przytaczając kwotę całkowitej realizacji zadania Wykonawcy Szpec-Kop w postępowaniu.

Zamawiający uważa, że wykazana ilość Pracowników Szpec-Kop, daje rękojmię terminowego wykonania zamówienia publicznego (oczywiście przy normalnych warunkach pogodowych, ale to dotyczyłoby każdego wybranego Wykonawcy). Podkreślenia wymaga, iż oprócz 5 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę wskazanych w ofercie Wykonawcy, pracę będzie wykonywał również sam właściciel Szpec-Kop Pan D.E. będący w jednej osobie kierownikiem robót i wiertniczym, co w ocenie Zamawiającego również ma wpływ na zaoferowaną przez Wykonawcę cenę. Zamawiający podzielił Zamówienie publiczne na kilka części po to, aby nie zaburzać funkcjonowania społeczności lokalnej (zajęcie pasa dróg) jak i prawidłowej eksploatacji sieci wodociągowej z przepinkami i włączeniami dostaw wody. Zamawiający nie żądał przedstawienia „WYKAZU SPRZĘTU” wykazanie, że Odwołujący się skieruje do jednoczesnego wykonania zamówienia 5 wiertnic ma za zadanie stwarzać jedynie wrażenie dominacji na części lokalnego rynku, a w sytuacji tego konkretnego zamówienia, podzielonego na kilka części, nie znajduje uzasadnienia.

V. Zarzut nr 3

W ocenie Zamawiającego poprzez wybór oferty Szpec - Kop jako najkorzystniejszej nie naruszył on art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. art. 17 ust. 2 p.z.p. i art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. Podkreślić należy, iż Zamawiający przez czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego przedmiotem była modernizacja sieci wodociągowej w Gminie Świerklany traktował wszystkich potencjalnych wykonawców równo, sprawiedliwie, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów ani środków dyskryminujących z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Podkreślenia wymaga, to że na każdym etapie przedmiotowego postępowania Zamawiający prowadził je w sposób przejrzysty co w sposób znaczny wspierało zachowanie zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Przeprowadzenia przez Zamawiającego niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty oraz zgodny z przepisami Ustawy prawo zamówień

publicznych doprowadziło do wyboru oferty Szpec - Kop jako najkorzystniejszej. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swój wybór „Oferta najkorzystniejsza wybrana została zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SWZ), tj. na podstawie kryteriów: „Cena” - 98 pkt., „Rozszerzona gwarancja i rękojmia” - 2 pkt. Wybrana oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w SWZ i uzyskała największą łączną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, obliczoną zgodnie z wzorem zamieszczonym w pkt. 23.3. SWZ”. W ocenie Zamawiającego zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania Wykonawców jest w pełni niezasadny.

Wobec powyższych wnoszę jak w petitum.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołujący zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej - przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego, wykonawcy wybranego. Odwołujący uważa, że wykonawca wybrany nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jego oferta zawiera rażąco niską cenę, a przez to jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2 p.z.p. oraz art. 118 ust. 1, 2, 3, art. 119 oraz art. 122 w zw. z art. 128 p.z.p.- przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Szpec- Kop pomimo, że wykonawca Szpec- Kop nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej (doświadczenia) określonego w pkt 6.1.2 lit b) SWZ.

W ocenie Izby trudno zaakceptować pogląd odwołującego co do tego, że z treści złożonej oferty przez wykonawcę wybranego wynika, że podmiot ten nie będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego. Jak sam odwołujący przyznaje do oferty było załączone oświadczenie podmiotu trzeciego, które zostało skorygowane na wezwanie zamawiającego. W wyniku tego wezwania wykonawca wybrany złożył poprawione oświadczenie podmiotu trzeciego, co do podwykonawstwa robót określonych w zakresie doświadczenia zawodowego, posiadanego przez podmiot udostępniający zasoby.

Tak więc trudno zaakceptować w świetle złożonej oferty, w rozumieniu oferty sensu largo, przez wykonawcę wybranego pogląd odwołującego, że (cytat odwołania) „Po pierwsze, w treści oferty wykonawca Szpec- Kop oświadczył, że „zamówienie realizuje własnymi siłami”. Oferta datowana jest na dzień 08 lipca 2024r. (data podpisania). Nie ulega zatem żadnej

wątpliwości, iż w dacie złożenia oferty wykonawca Szpec- Kop nie planował zaangażowania żadnego podwykonawcy, a w szczególności podmiotu udzielającego zasoby, tj. P&B sp. z o.o. Wniosek taki w pełni koresponduje z treścią pierwszego zobowiązania tego podmiotu, w którym wskazane zostało, że P&B nie zrealizuje żadnych robót w ramach przedmiotu zamówienia. Tymczasem, już w piśmie z dnia 16 lipca 2024r. - po upływie zaledwie 8 dni-wykonawca Szpec-Kop stwierdził, że zamówienie wykona wspólnie z P&B sp. z o.o. Należy przyjąć, że oferta wykonawcy Szpec- Kop w sposób naturalny nie przewidywała kosztów związanych z zaangażowaniem podwykonawcy. Tak samo, P&B sp. z o.o. nie przewidywał wykonania prac przy realizacji zamówienia i prace te organizować musiałby w zasadzie w trybie pilnym, co z pewnością znalazłoby przełożenia na cenę prac. Takie okoliczności rodzą uzasadnione pytania odnośnie realnej możliwości podjęcia współpracy przez wskazane podmioty” (koniec cytatu). Tak więc, w ocenie Izby, z jednej strony odwołujący twierdzi, że oferta wykonawcy wybranego nie przewiduje podwykonawstwa, które jest naturalną konsekwencją przepisów ustawy Pzp, w przypadku robót budowlanych, gdy występuje podmiot trzeci to jest tutaj P&B sp. z o.o. Z drugiej strony odwołujący też nie zauważa konsekwencji, jakie wynikają gdy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, przedstawiając jego doświadczenie zawodowe, niezbędne do spełnienia warunków udziału

w postępowaniu. Tym bardziej gdy zamawiający wezwał wykonawcę wybranego w trybie art.128 ust.1 ustawy Pzp. Podsumowując sporne zagadnienie, Izba stwierdza, że nie można zgodzić się z argumentacją odwołującego co do jego interpretacji treści oferty wykonawcy wybranego jako rzekomo realizującego zamówienie siłami własnymi, czyli bez podmiotu trzeciego.

Izba nie zgadza się również z poglądem odwołującego, że pojęcie „roboty instalacyjno – montażowe” jest nie zdefiniowane, niedookreślone, któremu nie można przypisać konkretnego znaczenia, chociażby przeciwstawiając tego rodzaju robotom np. roboty ziemne-odkrywkowe czy też przewiertowe, niezbędne do ułożenia i montażu przedmiotowych instalacji.

Tak więc Izba nie podzieliła poglądu odwołującego w zakresie udziału, w realizacji przedmiotowego zamówienia, podmiotu udostępniającego zasób to jest (cytat odwołania) „Wobec wskazanych wad zobowiązania do udostępniania zasobów, jak i okoliczności jego złożenia, Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że wykonawca Szpec - Kop rzeczywiście będzie dysponował zasobami P&B sp. z o.o., a wskazana firma wykona część przedmiotu umowy. Wręcz przeciwnie- zachodziła potrzeba odrzucenia oferty wykonawcy Szpec- Kop.” (koniec cytatu). Bowiern, w ocenie Izby, odwołujący nie dostrzega skutków prawem przewidzianych czynności zamawiającego, to jest obowiązku wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust.1 ustawy Pzp, czemu sprostął

zamawiający. Przepis ten stosuje się do błędnych oświadczeń wykonawców, przewidując obowiązek zamawiającego wezwania do złożenia poprawionych oświadczeń o charakterze podmiotowym składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podsumowując zarzut dotyczący podmiotu trzeciego (P&B sp. z o.o.), a właściwie co do gwarantowanego jego udziału w realizacji zamówienia stwierdza, że wykonawca wybrany składając wyjaśnienia jak i załączone oświadczenie i zobowiązanie podmiotu trzeciego (do pisma z dnia 16.07.2024r.), na wezwanie zamawiającego z dnia 11.07.2024r. wyczerpał obowiązującą procedurę art.128 ust.1 ustawy Pzp. Tym samym zarzut odwołania nie potwierdził się.

2. art. 224 ust. 6 i 5 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. - przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Szpec- Kop, który nie sprostął ciążącemu na nim obowiązkowi i nie wyjaśnił Zamawiającemu w sposób konkretny i jednoznaczny sposobu kalkulacji ceny złożonej oferty, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty, co skutkowało winno odrzuceniem oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,

W ocenie Izby wykonawca wybrany złożył odpowiednie i wyczerpujące oraz konkretne wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny. Podobny pogląd reprezentuje zamawiający, zwłaszcza gdy wyjaśnienia są adekwatne do wezwania zamawiającego. Istotne znaczenie ma także okoliczność, że wykonawca wybrany złożył oferty, jakie otrzymał od hurtowni na konieczne materiały do wykonania zamówienia. Zdaniem Izby nie jest właściwa argumentacja odwołującego, który jako zarzut do przedstawionych ofert hurtowni postawił kwestię, że są ważne kilka dni. Według wiedzy i doświadczenia życiowego Izby normalną praktyką handlowców jest skracanie terminów ważności oferty, aby przekonać potencjalnych, zainteresowanych klientów do przystąpienia niezwłocznego do oferty/zakupu. Skoro takie praktyki stosują handlowcy wobec detalicznych klientów, to tym bardziej ze względu na tzw. strategię korzyści „hurtu/masy” stosują hurtownie wobec klientów hurtowych. Z kolei co do argumentacji odwołującego, że wykonawca wybrany przedstawił faktury na zakup „małych” ilości materiałów w stosunku do ilości materiałów niezbędnych do przedmiotowego zamówienia, to taka argumentacja jest nieprzekonywująca co do jej podzielenia jako zasadnej. Nie można oczekiwać, wymagać od wykonawców, aby składając ofertę mieli zgromadzone na magazynie materiał niezbędny, to jest wystarczający do pełnego wykonania zamówienia i jego gromadzenia co najmniej do ostatecznego rozstrzygnięcia przetargu. Izba wzięła pod uwagę przy rozstrzygnięciu przedmiotowego zarzutu dowody składane przez przystępującego na posiedzeniu/rozprawie, które potwierdzały porównywalność cen w

okresie od składania oferty, do rozpoznania sprawy przez Izbę, z których wynika stabilizacja cen na rynku.

Co do zarzutu odwołującego, że wykonawca wybrany dysponuje tylko 5 (pięcioma) pracownikami, to Izba tę argumentację uznaje za nieuprawnioną i bezskuteczną, ponieważ żadne standardy nie wymagają, aby oferent składając ofertę, posiadał odpowiednią ilość zatrudnionych osób. Tym bardziej argumentacja bezzasadna, że na taki wymóg jako obowiązujący w tym postępowaniu, co do ilości zatrudnionych osób na etapie składania oferty, odwołujący się nie powołał.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że wyjaśnienia zarzutu rażąco niskiej ceny powinny zawierać tylko szczegółowe informacje, kalkulacje, kosztorysy oraz dowody takie jak faktury, oferty, umowy, które to elementy i tak znajdowały się w wyjaśnieniach wykonawcy wybranego. Bowiern ważne są także ogólne wyjaśnienia, przedstawiające warunki w jakich działa wykonawca to jest czy jest przedsiębiorcą wykorzystującym tylko pracę najemną, czy też w dużym zakresie wykonuje pracę własnymi siłami jako właściciel firmy, czy prowadzi działalność w wynajętym, dzierżawionym obiekcie, czy we własnej nieruchomości, co ma bezpośredni i znaczący wpływ na koszty prowadzonej działalności. Również Izba wzięła pod uwagę okoliczności, na które powoływał się w wyjaśnieniach wykonawca wybrany, świadczące o tym, że prowadzi działalność gospodarczą w pobliskiej okolicy z miejscem realizacji robót, co obniża koszty delegacji, czy też koszty transportu pracowników, sprzętu technicznego, czy też materiałów budowlanych. Odwołujący nie zakwestionował zgodności tych wyjaśnień wykonawcy wybranego z rzeczywistym stanem rzeczy, tylko zanegował jakkolwiek ich wpływ na wycenę robót będących przedmiotem zamówienia, co w ocenie Izby ma znaczenie przy wycenie zamówienia.

Izba nie podzieliła oceny odwołującego, wyjaśnień wykonawcy wybranego co do wynagrodzenia oferty wykonawcy wybranego, tak jak to oczekiwał odwołujący, który sam przyznał, że oferta wykonawcy wybranego waha się od średniej arytmetycznej złożonych ofert na poziomie niespełna 20%. Natomiast w ocenie Izby, przy warunkach w jakich

funkcjonuje wykonawca wybrany, wynagrodzenie jakiego oczekuje ten wykonawca jest usprawiedliwione i nie wskazuje na rażąco niską cenę złożonej oferty.

Podsumowując zarzut rażąco niskiej ceny, w ofercie wykonawcy wybranego, nie został skutecznie wykazany przez odwołującego, a uczestniczący w toku postępowania odwoławczego zamawiający i wykonawca wybrany skutecznie bronili zasadności skalkulowanego wynagrodzenia, co potwierdziło właściwą ocenę wyjaśnień wykonawcy wybranego przez zamawiającego. W tym stanie rzeczy zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego nie potwierdził się.

3. art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. art. 17 ust. 2 p.z.p. i art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. - przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę Szpec- Kop, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i legalizmu.

W ocenie Izby zarzut trzeci jest konsekwencją zarzutu 1 i 2, powyżej ocenionych przez Izbę jako niezasadnych oraz niewykazanych. W tym miejscu Izba stwierdza, że podziela w tym zakresie argumentację zamawiającego przedstawioną powyżej w uzasadnieniu (odpowiedź zamawiającego na odwołanie) co do zarzutu trzeciego

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 złotych oraz zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot kwoty 3.600,00 zł na rzecz zamawiającego stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący:.....