

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Machnik Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski nr 7, 33-340 Stary Sącz** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Bukowina Tatrzańska, ul. Długa 144, 34-530 Bukowina Tatrzańska**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **KIERNIA Sp. z o.o. z siedzibą w Ratulowie, Ratulów 208, 34-407 Ciche**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu (zarzutu 2 odwołania) i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **KIERNIA Sp. z o.o. z siedzibą w Ratulowie** na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale 7, pkt 7.2., ppkt 3 lit. a SWZ.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Machnik Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski nr 7, 33-340 Stary Sącz** w części 2/3 i zamawiającego **Gminę Bukowina Tatrzańska, ul. Długa 144, 34-530 Bukowina Tatrzańska** w części 1/3 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Machnik Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski nr 7, 33-340 Stary Sącz** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Machnik Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski nr 7, 33-340 Stary Sącz** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **106 zł 47 gr** (słownie: sto sześć złotych czterdzieści siedem groszy) poniesioną przez zamawiającego **Gminę Bukowina Tatrzańska, ul. Długa 144, 34-530 Bukowina Tatrzańska** tytułem dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę;
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Machnik Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski nr 7, 33-340 Stary Sącz** na rzecz zamawiającego **Gminy Bukowina Tatrzańska, ul. Długa 144, 34-530 Bukowina Tatrzańska** kwotę **71 zł 00 gr** (słownie: siedemdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą 2/3 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę;
 - 3.3. zasądza od zamawiającego **Gminy Bukowina Tatrzańska, ul. Długa 144, 34-530 Bukowina Tatrzańska** na rzecz wykonawcy **Machnik Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski nr 7, 33-340 Stary Sącz** kwotę **6 200 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą 1/3 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 4263/24

Uzasadnienie

Gmina Bukowina Tatrzańska, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa I etapu kanalizacji sanitarnej w Białce Tatrzańskiej wraz z rozbudową drogi nr K420046 Nowa Białka – Białka, ul. Grapa i Pod Grapą i wykonanie odcinków sieci kanalizacyjnej sanitarnej w Gminie Bukowina Tatrzańska.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 sierpnia 2024 r. pod numerem 482093-2024.

W dniu 15 listopada 2024 r. wykonawca Machnik Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Kiernia Sp. z o.o. z siedzibą w Ratułowie, zwanego dalej „wykonawcą Kiernia”, jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Kiernia, w sytuacji gdy prawidłowa weryfikacja wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Kiernia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi dowodami powinna doprowadzić do wniosku, że złożone tak wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a w konsekwencji oferta wykonawcy Kiernia podlega odrzuceniu,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Kiernia pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej spełnienia warunku wskazanego w rozdziale 7. pkt 7.2. ppkt 3 lit. a SWZ, tj. brak spełnienia przez wykonawcę wymogu dysponowania przynajmniej jedną osobą posiadającą stosowne do zakresu zamówienia uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub inne uprawnienia, umożliwiające wykonywanie tych samych czynności, do wykonywania których w aktualnym stanie prawnym uprawniają uprawnienia budowlane w/w specjalności,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy Kiernia pomimo, iż w świetle wprowadzenia zamawiającego w błąd, przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale 7. Pkt 7.2. ppkt 3 lit. a SWZ, należało uznać, że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Kiernia,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Kiernia,
- 5) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego,
- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (faktura zostanie złożona na rozprawie).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in., że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub, kosztu oznaczył zakres wymaganych wyjaśnień, tj. co w wyjaśnieniach należy uwzględnić (8 punktów) oraz wskazał w szczególności, które zakresy robót wzbudzają jego największe wątpliwości, tj.: budowa sieci oświetlenia ulicznego, przebudowa sieci energetycznej niskiego napięcia i stacji trafo oraz budowa sieci kanalizacji sanitarnej. Dodatkowo zamawiający poinformował, że kalkulacje winny zawierać szczegółowe pozycje kosztorysowe przyjęte do scalonej zryczałtowanej pozycji kosztorysu ofertowego. W uzupełnieniu powyższego zamawiający zalecił, aby wykonawca przedstawił kosztorys szczegółowy, sporządzony w programie kosztorysowym, w oparciu o obowiązujące katalogi nakładów rzeczowych. Kosztorys winien być sporządzony metodą szczegółową oraz zawierać zestawienie materiałów, robocizny i sprzętu oraz tabelę elementów scalonych z wyszczególnieniem narzutów. Ponadto zamawiający zwrócił się do wykonawcy z prośbą o potwierdzenie, że mimo braku odrębnej pozycji wyceny w kosztorysie ofertowym dotyczącym drogi, dla „wykonania czynności geodezyjnych, które będą polegały na okazaniu i stabilizacji granic pasa drogowego dla całego odcinka rozbudowywanej drogi”, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 24 „Projektu umowy o roboty budowlane”, usługi te zostały zawarte w kosztach obsługi geodezyjnej budowy oraz kosztach pośrednich i zostaną zrealizowane w ramach zaoferowanej ceny ofertowej.

W dniu 30 września 2024 r. wykonawca Kiernia złożył wyjaśnienia, których treść złożonych nie umożliwiła zamawiającemu weryfikacji oświadczeń tam zawartych i nie stanowi wystarczającego uzasadnienia, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że w treści wyjaśnień wykonawca Kiernia zawarł tezę: „wypracowane relacje handlowe oraz uzyskane znaczące upusty (sięgające od 30% do 60%) pozwalają Wykonawcy na zakup materiałów w bardzo atrakcyjnych cenach”, na potwierdzenie której przedłożył oświadczenie dostawców oraz przykładową fakturę VAT na trzy materiały z naliczonymi rabatami, w tym oświadczenie Ferrbud Sp. z o.o., w którym spółka ta oświadczyła m.in., że „posiada atrakcyjne rabaty oraz upusty cenowe na zakup materiałów, sięgające w zależności od rodzaju i skali zamówienia od 30 do 60 %”, a ponadto że „oferty wykonawcy zostały przygotowane na podstawie wcześniejszych zapytań ofertowych (cenowych) do producentów materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, którzy w odpowiedzi

na zapytanie ofertowe (cenowe) przedstawili oferty na materiały, które pozwoliły na skalkulowanie ceny wykonania przedmiotu oferty na poziomie wskazanym w ofercie Wykonawcy". Oświadczenie to nie dowodzi w żadnej mierze treści tam opisanych. Samo oświadczenie sformułowane jest w sposób absolutnie ogólny, do tego nie poparte dowodem. Nie może więc stanowić o udowodnieniu tych oświadczeń. Przykładowym dowodem na poparcie zaoferowanej ceny byłoby przedstawienie oferty na materiały od hurtowni czy producenta, na którą zresztą powołuje się spółka Ferrbud Sp. z o.o. Skoro rzekomo oferta taka została sporządzona, to z niewiadomych względów nie została załączona do wyjaśnień. W dalszej kolejności Ferrbud Sp. z o.o. oświadczyła, że rezerwuje część zmagazynowanych materiałów, celem osiągnięcia kolejnych „oszczędności przy wykonywaniu przedmioty zamówienia”. Podmioty nie wyjaśniają przy tym, jakie to oszczędności, na jakim poziomie i z czego de facto miałyby wynikać. Z niewiadomych względów firma będąca hurtownią materiałów oświadcza w imieniu wykonawcy Kiernia, że Kiernia wykona zamówienie za cenę wskazaną w złożonej przez ofertę. Nie do końca też jest jasne, kto złożył podpis pod oświadczeniem. W zarządzie spółki Ferrbud zasiadają osoby o nazwisku Czechowscy. Natomiast oświadczenie podpisała osoba o nazwisku zaczynającym się na literę: „W”, zatem osoba nieuprawniona do reprezentacji, na dowód czego złożył aktualny odpis z KRS wykonawcy Kiernia Sp. z o.o. Drugi dowód złożony na okoliczność posiadania przez wykonawcę „znaczących upustów”, to oświadczenie złożone przez Rabplast Sp. z o.o. Ten dokument z kolei w ogóle nie pokazuje nawet wysokości udzielanych rabatów. Co prawda podanie wysokości rabatów nie zmieniłoby sytuacji, niemniej podkreślenia wymaga, że w tym dokumencie są zawarte bardzo ogólne oświadczenia, nie udowadniające ani wysokości kosztów, jakie poniósłby wykonawca na zakup materiałów, ani wysokości oszczędności jakie wykonawca by poczynił wobec zakupu tańszych materiałów. Trzeci dowód złożony na powyższą okoliczność to: faktura wystawiona przez Grupę Chyżbet Sp. z o.o. Dowodzi ona jedynie fakt, że wykonawca Kiernia Sp. z o.o. w dniu 11.03.2024 r. kupiła krawężnik drogowy szary (90 szt.) oraz dwa rodzaje kostki brukowej w cenach określonych w tej fakturze.

Odwolujący odniósł się także do tezy wykonawcy: „Wieloletnie doświadczenie zdobyte przy realizacji podobnych zadań pozwala na przygotowanie kalkulacji ceny o wiele korzystniejszej, ponieważ Wykonawca może obliczyć jaki etap wykonania zadania będzie generować koszty wysokie, a na jakim etapie będą to koszty niskie. Takim przykładowym prawidłowo wykonanym przez Wykonawcę zadaniem była realizacja Przebudowy kanalizacji sanitarnej w ul. Kasprowiczka w Nowym Targu.” Powyższe – w jego ocenie - nie stanowi ani żadnego potwierdzenia, że wykonawca dobrze skalkulował cenę, ani tym bardziej nie stanowi dowodu na tę okoliczność. Każdy wykonawca, który składa ofertę na realizację przedsięwzięcia o wartości niespełna 40 milionów, winien posiadać przynajmniej kilkuletnie doświadczenie. Każdy wykonawca działający przy zachowaniu, przynajmniej należytej staranności, rozumie i potrafi oszacować tego typu ryzyka, o jakich pisze wykonawca, tj. który zakres jest bardziej kosztochłonny. Zatem, powołując się na okoliczności oczywiste, bezprzedmiotowe pozostaje przedkładanie listu referencyjnego z dnia 13.08.2024 r. przez Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Nowym Targu Sp. z o.o.

Odwolujący odniósł się także do tezy wykonawcy: „Bardzo duże zmechanizowanie i usprzętowanie przedsiębiorstwa pozwala skrócić i obniżyć koszty pracy ludzkiej, jej ulepszania i przyspieszania, co przekłada się na obniżenie.” Co prawda wykonawca w konsekwentny sposób wskazał, że przy posiadaniu odpowiedniego sprzętu, jest w stanie ograniczyć koszty pracownicze z 4 pracowników, do 1, niemniej ani nie powołał wysokości zarobków pracownika wykonującego obowiązki na takim stanowisku, co pozwoliłoby na pokazanie oszczędności pracowniczych, ani nie udowodnił faktu posiadania maszyn jako środków trwałych, czy posiadania ich w ramach umowy leasingowej czy chociażby faktur zakupowych maszyn. Udowodnienie posiadania sprzętu jest niezwykle łatwe i nie wymaga skomplikowanego dowodzenia, wystarczą faktury zakupu sprzętu pozyskane z działu księgowości wykonawcy. Na potwierdzenie powyższej tezy wykonawca przedłożył „wykaz sprzętu”. Niemniej do wykonania tego rodzaju robót niezbędny dodatkowo jest niwelator oraz nie zostało doprecyzowane jakiej wielkości koparki są w posiadaniu wykonawcy Kiernia Sp. z o.o. Do wykopu o głębokości ok. 9 m niezbędna jest koparka o tonażu minimum 20-25 ton.

Odwolujący odniósł się także do tezy wykonawcy: „Funkcjonowanie firmy opiera się na sprawdzonych i rzetelnych pracownikach oraz profesjonalnej i efektywnej organizacji pracy. Jako firma działająca na rynku lokalnym, zatrudniamy pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, co sprowadza koszty dowozu pracowników do zera (...).” Wykonawca nie wskazał w tym miejscu, jakie koszty są ponoszone przy uwzględnieniu dowozu pracowników, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał jaką oszczędność osiąga dzięki zatrudnianiu pracowników zamieszkujących otoczenie wykonywania zamówienia.

Odwolujący odniósł się także do tezy wykonawcy: „Małe koszty utrzymania firmy z uwagi na fakt, iż jest to firma rodzinna.” Fakt, że firma skupia w swojej organizacji członków rodziny, a nie osoby postronne, nie powoduje, że osoby takie wykonują swoje czynności bezpłatnie czy przy utrzymaniu niższego wynagrodzenia, niż wynika to z przepisów prawa pracy. Zatem powyższe również nie dowodzi w żadnej mierze o udowodnieniu rażąco niskiej ceny.

Odwolujący odniósł się także do tezy wykonawcy: „Prace w zakresie robót oświetleniowych obliczane zostały na podstawie korzystnych ofert podwykonawców i przy założeniu, że istniejąca stacja transformatorowa wymaga jedynie demontażu i ponownego montażu.” „Do wyliczenia robocizny przyjęta została średnia miesięcznego wynagrodzenia z miesiąca lipiec, która wynosiła 55,00 zł brutto za roboczo- godzinę. (...)”. Wykonawca powołał się na „korzystne oferty podwykonawców”, nie przedkładając ich do pisma z wyjaśnieniami. Twierdzenie to jest absolutnie gołosłowne, nie poparte

żadnym dowodem, to zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania czy cena potencjalnego podwykonawcy, a także samego wykonawcy, jest zgodna z dokumentacją oraz przepisami prawa. Nie jest do końca jasne, który zakres zostanie zlecony podwykonawcy, a który będzie wykonywany siłami własnymi. W przedłożonym kosztorysie również nie zostały podane ceny zaoferowane przez podwykonawców, a przynajmniej nie ma możliwości dokonania takiej weryfikacji. Ponadto w zakresie wyjaśnień zamawiający wskazał na konieczność „wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy”, brak takiego wyjaśnienia ze strony wykonawcy. Wykonawca skupił się tylko i wyłącznie na wskazaniu wynagrodzeń brutto 24 pracowników. Nie wskazał czy zestawienie to obejmuje wszystkich pracowników wykonawcy czy w tabeli przedstawił tylko część etatów, nie określił też czy wszyscy będą wykonywali roboty przez cały okres realizacji inwestycji, czy rotacyjnie.

Odwolujący odniósł się także do tezy wykonawcy: „Kalkulacje kosztów materiałów niezbędnych do realizacji Zamówienia obliczone zostały na podstawie ofert od stałych dostawców z dużymi rabatami”. Niezwykle łatwym udowodnieniem powyższego twierdzenia jest przedłożenie oferty od takiego dostawcy. Wykonawca nie podparł swoich twierdzeń ofertą na ani jeden materiał. Zatem powyższą okoliczność należy traktować jako nieudowodnioną. Mało tego, wykonawca nie przedłożył oferty na materiały od hurtowni innej, niż współpracującej, aby zweryfikować wysokość zniżki. Ewentualnie nie przedstawił tzw. cen katalogowych, które również w jakimś zakresie pokazałyby oszczędność na realizacji zamówienia.

Odwolujący odniósł się także do tezy wykonawcy: „Odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego co do wyceny w załączeniu przedstawiamy szczegółowe kalkulacje poszczególnych pozycji (zał. Nr 5 - szczegółowe kosztorysy).” Analiza kosztorysów nie powinna doradzić zamawiającego do wniosku, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Odnosząc się do samej metodologii sporządzonej kalkulacji podniósł, że załączony do wyjaśnień kosztorys nie został sporządzony w oparciu przykładowo o bazę cen Sekocenbud. Co prawda wykonawca Kiernia w swoim piśmie nie wskazał jakie ceny zostały przyjęte w kosztorysie (ani nie wynika to z ofert), niemniej z analizy wykonanej przez kosztorysanta odwołującego wynika, że są lub mogą to być ceny własne, wynikające z doświadczenia wykonawcy Kiernia. Z pewnością nie ułatwia przyjęcie innego wniosku brak przedłożenia przez wykonawcę dowodów w tym zakresie. Jako wystraszające nie mogą też być uznane ogólne i lakoniczne wyjaśnienia do tych kosztorysów. Celem porównania cen przyjętych przez wykonawcę Kiernia w zakresie budowy sieci kanalizacji sanitarnej odwołujący sporządził zestawienie pozycji cenowych z kosztorysu wykonawcy Kiernia z pozycjami cenowymi w oparciu o stawki Sekocenbud. Zestawienie zostało sporządzone w dwóch wariantach, tj. z przyjęciem cen minimalnych Sekocenbud, jak i cen średnich Sekocenbud. I tak: wartość cen przyjętych przez tego wykonawcę dla zakresu sieci sanitarnych wyniosła 4.578.883,81 zł, natomiast te same pozycje zgodnie z minimalnymi stawkami Sekocenbud wyniosły 6.964.960,10 zł. Natomiast wartość cen przyjętych przez wykonawcę Kiernia dla zakresu sieci sanitarnych wyniosła 4.578.883,81 zł, natomiast te same pozycje zgodnie ze średnimi stawkami Sekocenbud wyniosły 10.731.579,20 zł. Przyjęcie cen, nawet tych minimalnych prowadzi do wniosku, że cena kosztorysu na budowę sieci kanalizacji sanitarnych wykonawcy Kiernia jest dużo niższa, niż cena minimalna określona w Sekocenbud. Przykładowe nieprawidłowości w kalkulacji ceny w ofercie wykonawcy Kiernia:

- Wykonawca przyjął do kalkulacji jednakowy nakład robocizny na montaż rury o średnicy fi 160 mm, fi 200 mm, fi 250 mm, jak i fi 500 - na tę samą głębokość. Takie przyjęcie wysokości kosztów robocizny bez względu na wielkość średnicy jest błędne. Z doświadczenia wynika, że inny zakres prac trzeba wykonać dla rury o mniejszej średnicy, niż jak dla rury o prawie dwukrotnie większej. Przykładowo: rura PCV o średnicy 160 mm waży ok. 13 kg, a rura o średnicy 500 mm waży ok. 100 kg. Czas, a siłą rzeczy cena montażu będzie inna. Nieuzasadnione jest więc przyjmowanie takiego samego nakładu czasu pracy na położenie rur o różnych średnicach. Zarówno z kosztorysu, jak i z punktu 2 pisma stanowiącego wyjaśnienia wykonawcy Kiernia wynika, że cena została uzależniona tylko i wyłącznie od głębokości wykopu. Wyjaśnienia Wykonawcy: „Do obliczenia ceny za 1 mb wykonania kanalizacji sanitarnej przyjęto następujące założenia: 1 ekipa 4 osobowa wykona w czasie dniówki 25 mb kanalizacji przy wykopie głębokości 3m i 15 mb kanalizacji przy wykopie gł. 6m.” Taką samą metodologię zastosował wykonawca w załączonym do wyjaśnień kosztorysie dot. kanalizacji sanitarnej, mianowicie: poz. 3.d.I. rura 200 mm - wykop do 6 m, cena robocizny: 117,33 zł oraz poz. 6.d. 1. rura 500 mm - wykop do 6 m, cena robocizny również 117,33 zł. Powyższe nie może stanowić prawdziwego stwierdzenia. Potwierdzenie tej tezy znajduje się również w normach KNR, gdzie różnica nakładu robocizny na wykonanie kanału rurą fi 160 mm, a fi 500 mm jest trzykrotna. Dowód: załącznik C - normy dla rur PCV o różnych średnicach.
- Średnia cena wymiany gruntu przyjęta do wyjaśnień wykonawcy wynosi w przeliczeniu na 1 m³ 110,35 zł/m³, natomiast średnia cena przyjęta przez tego wykonawcę w kosztorysie złożonym wraz z ofertą na tego typu roboty wynosi np. wg pozycji 257 d.3.5.1. - 150 zł/m³. W tym konkretnym przypadku różnica wynosi ponad 30%, dowodem czego jest załącznik A - przeliczenie cen dla poszczególnych pozycji z mb na m³ oraz załącznik B - część kosztorysu ofertowego wykonawcy Kiernia.
- Średnia cena robót ziemnych w deskowaniu systemowym przyjęta dla potrzeb wyjaśnień w przeliczeniu na 1 m³ wynosi 15,4 zł/m³, natomiast wykopy dla kanalizacji deszczowej w deskowaniu systemowym wg pozycji kosztorysu ofertowego 237 d.3.5.1 zostały skalkulowane na poziomie 45 zł/m³, a więc rozbieżność w tym wypadku

jest prawie trzykrotna/ 300%/ a dotyczy tego samego rodzaju robót, dowodem czego jest załącznik A - przeliczenie cen dla poszczególnych pozycji z mb na m3 oraz załącznik B - część kosztorysu ofertowego wykonawcy Kiernia.

- Średnia cena wykonania podsypki i obsypki rur kanalizacyjnych przyjęta do wyjaśnień w przeliczeniu na 1 m3 wynosi 23,35 zł/m3, natomiast wykonanie podsypki i obsypki dla tego typu robót przyjęta w kosztorysie ofertowym - poz. 256 d.3.5.1 wynosi 180 zł/m3, rozbieżność w tym wypadku jest ośmiokrotna /800%/, dowodem czego jest załącznik A - przeliczenie cen dla poszczególnych pozycji z mb na m3 oraz załącznik B - część kosztorysu ofertowego wykonawcy Kiernia.
- Średnia cena wykonania podsypki i obsypki rur kanalizacyjnych przyjęta do wyjaśnień w przeliczeniu na 1 m3 wynosi 23,35 zł/m3. Zgodnie z projektem materiałem przeznaczonym do podsypki i obsypki rur kanalizacyjnych jest piasek. Cena piasku przyjęta przez wykonawcę Kiernia, dowodem czego jest załącznik A - przeliczenie cen dla poszczególnych pozycji z mb na m3 oraz oferty na piasek.

Brak jest więc udowodnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny a załączone przez wykonawcę dowody: „wykaz sprzętu” - załącznik nr 3 do pisma oraz „wynagrodzenia 07/2024” - załącznik nr 4 do pisma, nie stanowią dowodu. Są to stworzone tabele z danymi, podpisane przez Zarząd wykonawcy. Równie dobrze takie oświadczenie mogłoby zostać wplecione w treść pisma wyjaśniającego. Oświadczenia te nie stanowią dowodu w sprawie. Treści tam podniesione mogłyby być udowodnione wykazem środków trwałych lub fakturami zakupowymi — w przypadku wykazu sprzętu, a w zakresie wysokości wynagrodzeń: zanonimizowanych umów o pracę. Natomiast w przypadku uznania, że byłaby to czynność zbyt czasochłonna, innym równoważnym dowodem dla umów o pracę mogłyby być potwierdzenia uiszczenia składek do ZUS. Nie zostały również złożone dowody w postaci, np. ofert hurtowni, ofert podwykonawców, oferty geodety (co do którego wykazania wprost wzywał zamawiający) oraz przykładowych kosztów ogólnych przedsiębiorstwa wykonawcy. Zbyt duży poziom ogólności wyjaśnień wykonawcy Kiernia zostały złożony w sposób niezwykle ogólny i lakoniczny. Nie zostały podane właściwie żadne szczegóły, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i kosztów z nimi związanych. Ogólne opisanie argumentów uniemożliwia ocenę jakie założenia przyjął wykonawca co do danego kosztu realizacji. Czyni to niewykonalną i niemożliwą merytoryczną ocenę przez zamawiającego złożonych wyjaśnień, który zamiast otrzymania szczegółowego zestawienia okoliczności, ofert, wyjaśnień i dowodów, otrzymuje jedynie dość ogólny opis o korzystnych, przynajmniej w ocenie wykonawcy Kiernia, okolicznościach realizacji zamówienia.

Brak uwzględnienia w wyjaśnieniach czy wykonawca ujął koszty geodety. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy prośbą o potwierdzenie, że mimo braku odrębnej pozycji wyceny w kosztorysie ofertowym dotyczącym drogi, dla „wykonania czynności geodezyjnych, które będą polegały na okazaniu i stabilizacji granic pasa drogowego dla całego odcinka rozbudowywanej drogi”, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 24 „Projektu umowy o roboty budowlane”, usługi te zostały zawarte w kosztach obsługi geodezyjnej budowy oraz kosztach pośrednich i zostaną zrealizowane w ramach zaoferowanej ceny ofertowej. Wykonawca nie ustosunkował się w żaden sposób do powyższego wezwania, niewiadomych więc względów zamawiający uznał powyższą okoliczność jako wyjaśnioną i udowodnioną
https://epuap.gov.pl/warehouse/feDocContent?id=308571628&type=EPUAP_XML

6/12

Brak przedstawienia oszczędności wobec podniesionych twierdzeń przez wykonawcę Wykonawca powołał co prawda dość ogólne powody, dla których w jego ocenie zaoferowana cena jest niższa, niemniej nie przedstawił, jaka jest jego oszczędność wobec wszystkich podniesionych przez niego twierdzeń.

Wątpliwości w zakresie cen zaproponowanych przez podmioty trzecie, którymi zamierza posługiwać się wykonawca przy realizacji zamówienia wykonawcy Kiernia. W swoich wyjaśnieniach oświadczył, że otrzymał korzystne oferty cenowe od podwykonawców, przynajmniej w zakresie robót oświetleniowych. Skoro wykonawca Kiernia zamierza korzystać z zasobów zewnętrznych, przynajmniej w powyższym zakresie, niewątpliwie powinna była sporządzić swoją kalkulację w oparciu o oferty otrzymane od tych podmiotów, a w konsekwencji powinna była te oferty czy umowy dołączyć do wyjaśnień, aby potwierdzić sposób wyliczenia ceny ofertowej. Wykonawca Kiernia w powyższym zakresie nie potwierdziła sposoby sporządzonej kalkulacji zaoferowanej ceny. Pomimo, iż wykonawca ten zamierza realizować pracę przy udziale podwykonawców, w wyjaśnieniach nie poczynił nawet starań, aby wykazać, że jego podwykonawcy również będą pracować po stawkach nie niższych niż wymagane ustawą.

Wykonawca nie przedłożył również tych ofert, zatem sam zamawiający nie mógł zweryfikować wysokości kosztów podwykonawcy oraz tego, czy wykonawca ten na zakresie zleconym podwykonawcom będzie osiągał zysk. Stawka przyjęta przez podwykonawców również winna być zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienia.

Brak uwzględnienia ryzyka wzrostu kosztów, gdyż kalkulacje przedstawione w wyjaśnieniach przez wykonawcę Kiernia nie wskazują, aby uwzględniał on w swojej ofercie ryzyko wzrostu kosztów prowadzenia prac czy zakupu

materiałów. Zamówienie ma być realizowane przez okres 14 miesięcy. Biorąc pod uwagę obecny trend związany ze wzrostem cen niemal wszystkich produktów i usług trudno zakładać, aby w tym okresie nie doszło do podwyżki np. cen paliwa, prądu czy kosztów pracowniczych. Profesjonalista z doświadczeniem winien tego rodzaju koszty uwzględnić w swojej ofercie. Z wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę Kiernia nie wynika, aby takie ryzyko zostało przez niego uwzględnione.

Nieprawidłowości przy określeniu kosztów pracowniczych (inne niż brak dowodów) - zamawiający określił czas realizacji na okres 14 miesięcy. Powyższy czas przeznaczony na prowadzenie robót budowlanych, jak i znaczna ich wartość, świadczy jednoznacznie o tym, że całość robót jest czasochłonna i wymaga od wykonawcy podjęcia dużych nakładów robocizny, jak i poniesienia kosztów ogólnych związanych z pracą biura oraz podejmowaniu czynności administracyjnych. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca Kiernia nie dookreślił czy powyższe koszty, jak np. pracownicy administracyjni czy koszty prowadzenia biura zostały ujęte w kosztorysach, a ponadto nie wyszczególnił na liście przedłożonych etatów, ile etatów stanowi kadra techniczna, ile biurowa, ile kierownicza.

W zakresie podpisanej przez Zarząd spółki liście 24 etatów stwierdzić należy, że spółka nie wyjaśniła czy są to wszystkie etaty i czy wszyscy ci pracownicy będą dedykowani do pracy przy tej inwestycji.

Właściwy termin na udzielenie wyjaśnień – Wezwanie zamawiającego do wykonawcy Kiernia dotyczące wyjaśnienia ceny oferty zostało sporządzone 20.09.2024 r. Zamawiający wskazał termin na udzielenie odpowiedzi do 30.09.2024 r. Tym samym wybrany wykonawca miał ponad tydzień (10 dni) na przygotowanie swojej odpowiedzi, której udzielił ostatecznie ostatniego dnia terminu. Jest to stosunkowo długi termin na udzielenie odpowiedzi i uzyskanie chociażby dowodów potwierdzających przedstawione przez wykonawcę koszty. Z pewnością jest on wystarczający, by przy zachowaniu należytej staranności wykonawca zdołał przygotować odpowiedź, która dawałaby realną szansę na poparcie swoich twierdzeń dowodami, jak chociażby zwrócenie się do księgowej o przesłanie dokumentów potwierdzających przedstawioną kalkulację zatrudnienia czy przesłania faktur potwierdzających zakup maszyn.

Brak możliwości uzupełnienia wyjaśnień - cena powinna zostać wyjaśniona w sposób szczegółowy i konkretny, a przytoczone okoliczności pozwalające na jej obniżenie powinny być podparte wyliczeniami w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący wskazał na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do zdolności technicznej lub zawodowej.

W SWZ, rozdział 7. Pkt 7.2. ppkt 3 lit. a zamawiający wskazał następujący warunek udziału w postępowaniu: „3. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował przynajmniej jedną osobą, (kierownik budowy, kierownik robót), posiadającą stosowne do zakresu zamówienia uprawnienia budowlane, tj.: a. posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń [pogrubienie własne] lub inne uprawnienia, umożliwiające wykonywanie tych samych czynności, do wykonywania których w aktualnym stanie prawnym uprawniają uprawnienia budowlane w/w specjalności, (kierownik budowy)”.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca Kiernia wskazał w przedstawionym do oferty „Wykazie Osób” osobę p. A.K.. Na potwierdzenie uprawnień budowlanych p. A.K. do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, wykonawca Kiernia przedstawił Decyzję nr GPA-7342- 130/94 o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z 10 grudnia 1994 r., zwaną dalej „Decyzją”. Z Decyzji wynika, że na podstawie § 5 ust. 2, § 6 ust. 2, § 7, § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46) (dalej jako rozporządzenie MGTIOŚ) p. A.K. technik budowlany (wykształcenie średnie) posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych. W punkcie 4 Decyzji, który odnosi się wprost do uprawnień w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, a zatem warunku udziału w postępowaniu, który miał wypełnić p. A.K., wskazano, że jest on upoważniony jedynie do: „4/ do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych [pogrubienie własne]”. Osoba ta nie spełnia podstawowego warunku jakiego spełnienia oczekiwał zamawiający, a to okazania się osobą posiadającą uprawnienia w danej specjalności bez ograniczeń. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że p. A.K. ma wykształcenie średnie. Tymczasem jak wynika z wyroku KIO z 15 lipca 2011 r., KIO 1361/11 tylko osoby posiadające wyższe wykształcenie mogą uzyskać uprawnienia bez ograniczeń, natomiast osoby z wykształceniem średnim mogą je realizować w ograniczonym zakresie. W związku z powyższym już z samego stopnia wykształcenia da się wyprowadzić wniosek, że p. A.K. posiada uprawnienia w danej specjalności w ograniczonym zakresie. Niemal identyczną kwestię jak w niniejszej sprawie Izba rozstrzygała w sprawie o sygn. KIO 456/18..” Podobne stanowisko Izba zajęła w wyroku z 27 lipca 2015 r., KIO 1320/15. Powyższe znajduje także potwierdzenie na portalach branżowych. W artykule „Powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne” opublikowanego na łamach portalu Inżynier Budownictwa

(Artykuł na łamach portalu Inżynier Budownictwa - „Powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne” autorstwa dr inż. Mariana Płacheckiego i dr hab. Joanna Smarż z 05.08.2016 r., link <https://inzynierbudownictwa.pl/powszechnie-znane-rozwiazania-konstrukcyjne-2/> - Powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne - Inżynier Budownictwa) czytamy: „Podkreślić należy jednak, że użycie w treści decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych, tj. stwierdzeniu przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zwrotu „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych” oznacza, że mamy do czynienia z uprawnieniami odpowiadającymi uprawnieniom w ograniczonym zakresie. Oznacza to, że osoba posiadająca takie uprawnienia nie została upoważniona do wykonywania samodzielnych funkcji w zakresie całej specjalności, lecz wyłącznie w jej części”. W świetle przedstawionych przez wykonawcę Kiernia dokumentów na okoliczność posiadanych uprawnień dla osoby wskazanej na spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz stanowiska Izby oraz specjalistów branżowych, zasadnym jest stwierdzenie, że p. A.K. posiada uprawnienia w ograniczonym zakresie, co nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 7. Pkt 7.2. ppkt 3 lit. a SWZ, tj. posiadania uprawnień w specjalności bez ograniczeń. W związku z powyższym oferta wykonawcy Kiernia powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że art. 109 ustawy Pzp opisuje przesłanki fakultatywnego wykluczenia wykonawców z postępowania, które jeżeli zostaną wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia są obowiązujące w danym postępowaniu. Zamawiający uwzględnił wprost przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W niniejszym stanie faktycznym stan taki powstał z powodu wprowadzenia zamawiającego przez wykonawcę Kiernia w błąd co do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej w stosunku do uprawnień posiadanych przez p. A.K.. Pan A.K. nie posiada bowiem uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń. Mimo to wykonawca Kiernia zdecydował się legitymować uprawnieniami p. Kaczmarczyka dla wywołania u zamawiającego przekonania, że posiada on uprawnienia bez ograniczeń, a co za tym idzie chciał w ten sposób wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca Kiernia zawarł wprowadzające w błąd informacje w kilku miejscach. Po pierwsze w „Wykazie Osób” dołączonym do oferty. Po raz drugi, przedstawiając decyzję nadającą uprawnienia p. Andrzejowi Kaczmarczykowi. I po raz ostatni 28.10.2024 r. przedstawiając oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym oświadczył, że nie podlega on wykluczeniu m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Cały pakiet tak przedstawionych danych spowodował, że zamawiający przyjął, że wykonawca Kiernia nie podlega wykluczeniu.

Na intencjonalne działanie wykonawcy Kiernia wskazuje kilka okoliczności. Po pierwsze, w „Wykazie Osób” dołączonym do oferty tego wykonawcy tylko przy opisie kwalifikacji zawodowych p. A.K. brakuje dopisku „bez ograniczeń”. Przy pozostałych osobach taki dopisek widnieje. Świadczy to o tym, że wykonawca Kiernia potrafił odróżnić, kiedy dana osoba może legitymować się uprawnieniami w specjalności bez ograniczeń, a kiedy z ograniczeniami. Potwierdza to choćby fakt, że o ile w decyzjach stwierdzających nabycie uprawnień przez p. Ł.K. oraz p. K.K. sformułowanie „bez ograniczeń” zostało użyte wprost, o tyle w decyzji przyznającej uprawnienia p. Januszowi Majewskiemu takiego sformułowania brak. Mimo to w „Wykazie Osób” wykonawca Kiernia potrafił określić, że p. J.M. posiada uprawnienia bez ograniczeń. Skoro brak użycia w decyzji sformułowania „bez ograniczeń” nie stanowił dla wykonawcy przeszkody w ocenie zakresu uprawnień danej osoby, trudno zakładać, aby wykonawca miał trudności w ocenie rzeczywistych kwalifikacji p. A.K.. Dodatkowo, jak wynika z decyzji nr MAP OI1B/KK/0055-0018/17 z 26 czerwca 2017 r., p. Ł.K. jest inżynierem budownictwa i posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń. Pan Łukasz jako osoba z wyższym wykształceniem oraz posiadająca uprawnienia budowlane musiał wiedzieć (a przynajmniej powinien wiedzieć) jakimi uprawnieniami legitymuje się p. A.K.. Dowód: Decyzji nr MAP OI1B/KK/0055-0018/17 z 26 czerwca 2017 r. W świetle powyższych informacji można wyciągnąć wniosek, że działanie wykonawcy Kiernia mogło nosić znamiona zamierzonego działania lub działania z rażącym niedbalstwem wprowadzające zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W sytuacji, w której wykonawca Kiernia zostałby uznany za podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (a za takiego powinien być uznany na etapie oceny ofert) jego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Brak odrzucenia oferty przy wystąpieniu podstaw wykluczenia danego wykonawcy stanowi naruszenie obowiązku spoczywającego na zamawiającym.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 18 listopada 2024 r. w sposób elektroniczny przez platformę zakupową: <https://epropublico.pl>.

W dniu 21 listopada 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Kiernia Sp. z o.o. z siedzibą w Ratułowie, zwany dalej „przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 4 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Kiernia Sp. z o.o. z siedzibą w Ratułowie, zwanego dalej „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

- 1)kosztorysy odwołującego,
- 2)oferta piasek.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

- 1)odpis z KRS Przedsiębiorstwa „FERRBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- 2)Opinia Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 4 listopada 2024 r.,
- 3)Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 26 lutego 1978 r.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony oraz przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Kiernia, w sytuacji gdy prawidłowa weryfikacja wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Kiernia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi dowodami powinna doprowadzić do wniosku, że złożone tak wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a w konsekwencji oferta wykonawcy Kiernia podlega odrzuceniu (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość szacunkową zamówienia zamawiający oszacował na kwotę 33 026 822,86 zł, co stanowi równowartość 7 122 301,19 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 35 000 000,00 zł brutto.

W postępowaniu złożono 4 oferty, a ich ceny brutto były następujące: oferta nr 1 złożona przez wykonawcę MACHNIK Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu - cena brutto 32 055 923,49 zł; oferta nr 2 złożona przez wykonawcę EKOINSTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Suchoj Beskidzkiej - cena brutto 45 448 261,84 zł; oferta nr 3 złożona przez KIERNIA Sp. z o.o. z siedzibą w Ratułowie - cena brutto 26 283 967,09 zł i oferta nr 4 złożona przez wykonawcę TPB ŁUKASZCZYK spółka jawna z siedzibą w Szaflarach - cena brutto 33 783 962,59 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 15 grudnia 2023 r., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny wykonania przedmiotowego zamówienia, wskazując dodatkowo że „same wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe twierdzenia, nie mogą stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie. Złożone wyjaśnienia powinny być odpowiednio umotywowane oraz przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wyjaśnienia wykonawcy odnośnie zaoferowanej ceny powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego wyliczenia. Zaleca się przedstawienie szczegółowej kalkulacji wykonania zamówienia, obejmującej m.in. koszty materiałów, dojazdów, zysk Wykonawcy oraz inne koszty mające wpływ na cenę. (...) wyjaśnienia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy (...)”.

Zamawiający, pismem z dnia 20 września 2024 r., wezwał wykonawcę Kiernia do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. wskazując że zaoferowana przez wykonawcę cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości

zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W piśmie tym wskazał m.in., zakres wymaganych wyjaśnień, podając że:

„1. W wyjaśnieniach należy uwzględnić:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

2. Wątpliwości co do możliwości wykonania w oferowanej cenie, budzą w szczególności zakresy robót związanych z: budową sieci oświetlenia ulicznego, przebudową sieci energetycznej niskiego napięcia i stacji trafo oraz budową sieci kanalizacji sanitarnej:

I. Dla robót związanych z budową kanalizacji sanitarnej, proszę o podanie szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych ułożenia sieci kanalizacji sanitarnej i montażu studni kanalizacyjnych dla następujących pozycji:

1) W kosztorysie pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z odgałęzieniami sieciowymi w miejscowości Białka Tatrzańska, w rejonie ul. Grapa i Środkowej

- etap Ia część 1”, następujące pozycje: Poz. 1, poz. 2, poz. 3, poz. 4, poz. 5, poz. 6, poz. 19, poz. 23.

2) W kosztorysie pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z odgałęzieniami sieciowymi w miejscowości Białka Tatrzańska, w rejonie ul. Grapa i Środkowej

- etap Ia część 2” następujące pozycje: Poz. 1, poz. 2, poz. 6.

3) W kosztorysie pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w Białce Tatrzańskiej - etap Ia i Ib” następujące pozycje: Poz. 1, poz. 2, poz. 3, poz. 4, poz. 16.

4) W kosztorysie pn.: „Uzbrojenie sanitarne terenu w zakresie rozbudowy sieci kanalizacji sanitarnej Etap I” następujące pozycje: Poz. 1, poz. 2, poz. 3, poz. 4, poz. 5, poz. 6, poz. 7, poz. 8, poz. 11, poz. 14, poz. 15, poz. 19.

Kalkulacje winny zawierać szczegółowe pozycje kosztorysowe przyjęte do wyceny scalonej zryczałtowanej pozycji kosztorysu ofertowego, z wyszczególnieniem nakładów robocizny, poszczególnych materiałów i sprzętu, na jednostkę przedmiarową, oraz ceny jednostkowe, robocizny, materiałów i sprzętu, a także narzuty czyli koszty pośrednie i zysk.

Zamawiający zaleca, aby wykonawca przedstawił kosztorys szczegółowy, sporządzony w programie kosztorysowym, w oparciu o obowiązujące katalogi nakładów rzeczowych, gdzie w odpowiednich pozycjach sporządzonych według kalkulacji szczegółowej, przedstawi sposób obliczenia ceny, na zryczałtowaną jednostkę kosztorysu ofertowego. Kosztorys powinien zostać sporządzony metodą szczegółową oraz zawierać zestawienie materiałów, robocizny i sprzętu oraz tabelę elementów scalonych w wyszczególnieniu narzutów.

II. W kosztorysach na oświetlenie i przebudowę sieci prosimy o wyjaśnienie cen i przedstawienie kalkulacji szczegółowych następujących pozycji kosztorysowych:

1) Budowa sieci oświetlenia ulicznego w ciągu drogi gminnej nr K420046 Nowa Biała - Białka Tatrzańska w miejscowości Białka Tatrzańska - poz. 1, poz. 2, poz. 4, poz. 5. Poz. 8, poz. 9, poz. 10, poz. 11, poz. 22.

2) Przebudowa sieci energetycznej niskiego napięcia oraz stacji transformatorowej słupowej kolidujących z rozbudową drogi gminnej nr K420046 Nowa Biała - Białka Tatrzańska w miejscowości Białka Tatrzańska - poz. 1, poz. 2, poz. 3, poz. 7, poz. 12, poz. 13, poz. 24, poz. 25, poz. 32, poz. 35, poz. 36, poz. 39, poz. 43, poz. 44, poz. 45, poz. 46, poz. 47, poz. 48, poz. 49, poz. 50, poz. 51, poz. 55, poz. 56, poz. 57, poz. 59, poz. 61, poz. 62, poz. 64, poz. 67, poz. 68, poz. 70, poz. 72, poz. 74, poz. 76.

3. Proszę o potwierdzenie, że pomimo braku odrębnej pozycji wyceny w kosztorysie ofertowym dotyczącym drogi, dla „wykonania czynności geodezyjnych, która będą polegały na okazaniu i stabilizacji granic pasa drogowego dla całego odcinka rozbudowywanej drogi”, o których mowa w §3, ust. 2, pkt 24 „Projektu umowy o roboty budowlane”, usługi te zostały zawarte w kosztach obsługi geodezyjnej budowy lub kosztach pośrednich i zostaną zrealizowane w ramach zaoferowanej ceny ofertowej.

(...), Wykonawca może przedstawić dodatkowe informacje i dowody według własnego uznania.”.

W dniu 30 września 2024 r., pismem z tej samej daty, wykonawca Kiernia złożył wyjaśnienia, w którym podał m.in., że:

„w żadnej mierze zaoferowana przez nas cena oferty, nie jest skalkulowana w taki sposób aby można było uznać ją za

ofertę z niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożona przez spółkę oferta uwzględnia wszystkie wymogi realizacji przedmiotu zamówienia określone przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej i zapewnia wykonanie wszystkich elementów zakresu zamówienia z należytą starannością. Pomimo wątpliwości jakie wzbudza wysokość ceny brutto zaoferowana przez naszą spółkę, która odbiega od wartości przedmiotu zamówienia, pragniemy podkreślić, że cena oferty jest skalkulowana prawidłowo i nie jest nierealistyczna i niewiarygodna oraz uwzględnione są wszystkie wymogi kompleksowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia:

1) Na kalkulację ceny ofertowej mają wpływ następujące czynniki:

a. Wypracowane relacje handlowe oraz uzyskane znaczące upusty (sięgające - od 30% do 60%) pozwalają Wykonawcy na zakup materiałów w bardzo atrakcyjnych cenach.

(zał. 1 oświadczenie dostawców o rabatach oraz przykładowe fv z naliczonymi rabatami)

b. Wieloletnie doświadczenie zdobyte przy realizacji podobnych zadań pozwala na przygotowanie kalkulacji ceny o wiele korzystniejszej, ponieważ Wykonawca może obliczyć jaki etap wykonania zadania będzie generować koszty wysokie a na jakim etapie będą to koszty niskie. Takim przykładowym prawidłowo wykonanym przez Wykonawcę zadaniem była realizacja Przebudowy kanalizacji sanitarnej w ul. Kasprowicza w Nowym Targu.

(zał. 2 poświadczenie)

c. Bardzo duże zmechanizowanie i usprzętowanie przedsiębiorstwa pozwala skrócić i obniżyć koszty pracy ludzkiej, jej ulepszenia i przyspieszenia co przekłada się na obniżenie (...) (zał.3 wykaz sprzętu)

d. Funkcjonowanie firmy opiera się na sprawdzonych i rzetelnych pracownikach oraz profesjonalnej i efektywnej organizacji pracy. Jako firma działające na rynku lokalnym, zatrudniamy pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie co sprowadza koszty dowozu pracowników do zera. Co istotne, wszystkie osoby stanowią stały zasób Wykonawcy (są zatrudnione na podstawie umowy o pracę), występuje niska rotacja pracowników a zatem Wykonawca nie musi ponosić dodatkowych kosztów związanych z zatrudnieniem dodatkowych osób. Nasi pracownicy wykonują takie zadania na co dzień przez to mamy opracowaną technologię, która pozwala nam wykonać pracę w bardzo krótkim czasie.

e. Małe koszty utrzymania firmy z uwagi na fakt, iż jest to firma rodzinna

2) Przygotowując cenę za realizację całości zadania Wykonawca dokonał obliczeń branży drogowej w bardzo korzystnych cenach .

Do obliczenia ceny za lmb wykonania kanalizacji sanitarnej przyjęto następujące założenia: 1 ekipa 4 osobowa wykona w czasie dniówki 25 mb kanalizacji przy wykopie gł. 3m i 15 mb kanalizacji przy wykopie gł. 6m.

Prace w zakresie robót oświetleniowych obliczane zostały na podstawie korzystnych ofert podwykonawców i przy założeniu, że istniejąca stacja transformatorowa wymaga jedynie demontażu i ponownego montażu.

Do wyliczenia robocizny przyjęta została średnia miesięcznego wynagrodzenia z miesiąca lipiec, która wynosiła 55,00 zł brutto za roboczo - godzinę. Kwota 55,00 zł brutto jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego w oparciu o ustawę z dnia 10 października 2022r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

(zał. nr 4 - podstawa wyliczenia roboczo - godziny dla pracowników)

3) Wykonawca dysponuje dużymi zasobami sprzętowymi, kadrowymi oraz materiałowymi. Przy realizacji zadań korzysta z wiedzy i doświadczenia zdobytych przy poprzednich realizacjach oraz z dużej liczby kontaktów z innymi firmami jak i dostawcami co daje możliwość na wynegocjowanie bardzo korzystnych cen materiałów. Kalkulacje kosztów materiałów niezbędnych do realizacji Zamówienia obliczone zostały na podstawie ofert od stałych dostawców z dużymi rabatami.

4) Odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego co do wyceny w załączeniu przedstawiamy szczegółowe kalkulacje poszczególnych pozycji. (zał. nr 5 - szczegółowe kosztorysy)

(...) cena odzwierciedla rzeczywisty koszt realizacji całego przedmiotu zamówienia oraz co istotne zapewnia należyte wykonanie zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia z należytą starannością oraz zgodnie ze sztuką budowlaną.

Jednocześnie potwierdzamy, że dołożyliśmy należytej staranności przy obliczaniu ceny oferty, zgodnie z przyjętym opisem sposobu obliczania ceny w oparciu o informacje zawarte w opisie przedmiotu zamówienia."

Do powyższych wyjaśnień wykonawca Kiernia załączył: załącznik nr 1 rabaty, załącznik nr 2 poświadczenie, załącznik nr 3 wykaz sprzętu, załącznik nr 4 podstawa wyliczenia roboczo -godziny oraz załącznik nr 5 szczegółowe kosztorysy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi:

„Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.”.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nakazuje więc odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w sytuacji gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części

składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Jeśli natomiast cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie takich wyjaśnień.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Kiernia do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W wezwaniu tym wprost wskazał jakich informacji oczekuje, w tym odnosząc się szczegółowo do wyspecyfikowanych pozycji kosztorysowych. Tak więc złożone wyjaśnienia kwestie te powinny uwzględnić.

Pierwszy z podniesionych przez odwołującego argumentów dotyczył powołania się przez wykonawcę Kiernia w punkcie 1) litera a. wyjaśnień na „wypracowane relacje handlowe oraz uzyskane znaczące upusty (sięgające od 30% do 60%)”, które „pozwalają Wykonawcy na zakup materiałów w bardzo atrakcyjnych cenach”, na potwierdzenie którego wykonawca złożył dowody okoliczność tę potwierdzające. Obydwa oświadczenia (RABPLAST Sp. z o.o. i FERRBUD Sp. z o.o.) potwierdzają, że wykonawca Kiernia „posiada atrakcyjne rabaty, oraz upusty cenowe na zakup materiałów, sięgające w zależności od rodzaju i skali zamówienia od 30 do 60%”, jak również że „firma Kiernia osiągnęła (...) maksymalny poziom rabatowania”. Dlatego też „przy kolejnej inwestycji (...) wszystkie materiały będą najlepszej jakości, z maksymalnym rabatem”. Stanowią więc dowód uzyskania upustów, na które powołał się wykonawca.

Odnosząc się do oświadczenia FERRBUD Sp. z o.o. stwierdzić należy, że FERRBUD Sp. z o.o. ma siedzibę w Rzeszowie a – jak wynika z treści oświadczenia (papieru firmowego) – Filię w Krakowie i to w Krakowie „25.09.2024r.” zostało wystawione przedmiotowe oświadczenie. Istotnie jest ono opatrzone nieczytelnym podpisem i pieczęcią FERRBUD Sp. z o.o. Nie oznacza to jednak, że osoba podpisująca nie ma umocowania do działania w imieniu spółki. Okoliczności tej odwołujący nie wykazał. Wykazał jedynie, że w aktualnym odpisie z KRS figurują osoby o nazwisku Czechowscy (wspólnicy, członkowie zarządu spółki oraz prokurenci).

Z kolei przedłożona faktura, na co wskazał wykonawca Kiernia, stanowi „przykładowe fv z naliczonymi rabatami”. Wskazano w niej rabaty na poziomie „35,00%”, „27,92%” i „34,90%”. Tym samym dowodzi tego jakiej wysokości rabaty na wyspecyfikowane w niej produkty uzyskiwał wykonawca, potwierdzając nie tylko możliwość otrzymania rabatów, ale i ich wysokość.

Kolejny z podniesionych przez odwołującego argumentów dotyczył powołania się przez wykonawcę Kiernia w punkcie 1) litera b. wyjaśnień na „Wieloletnie doświadczenie zdobyte przy realizacji podobnych zadań pozwala na przygotowanie kalkulacji ceny o wiele korzystniejszej, ponieważ Wykonawca może obliczyć jaki etap wykonania zadania będzie generować koszty wysokie, a na jakim etapie będą to koszty niskie. Takim przykładowym prawidłowo wykonanym przez Wykonawcę zadaniem była realizacja Przebudowy kanalizacji sanitarnej w ul. Kasprowicza w Nowym Targu.”. Złożone na tę okoliczność referencje wystawione przez Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Nowym Targu Sp. z o.o. z dnia 13 sierpnia 2024 r. potwierdzają należyte wykonanie wskazanej w nim inwestycji a tym samym posiadane przez niego doświadczenie w realizacji tego typu prac i możliwość prawidłowego skalkulowania ceny oferty. Powołanie się na posiadane doświadczenie jako jednego z szeregu elementów złożonych wyjaśnień nie jest niczym błędnym.

Trzeci z podniesionych przez odwołującego argumentów dotyczył powołania się przez wykonawcę Kiernia w punkcie 1) litera c. wyjaśnień na „Bardzo duże zmechanizowanie i usprzętowanie przedsiębiorstwa pozwala skrócić i obniżyć koszty pracy ludzkiej, jej ulepszania i przyspieszania, co przekłada się na obniżenie.”. Na dowód czego wykonawca złożył „Wykaz sprzętu”, w którym wyspecyfikował koparki w ilości 11 sztuk, walce w ilości 4 sztuk, samochody ciężarowe w ilości 12 sztuk, zagęszczarki w ilości 1 sztuki oraz kontener biurowy oraz sanitarny w ilości 3 sztuk. Przedmiotowy wykaz podpisali panowie Mateusz Kiernia i Ł.K. a więc osoby umocowane do działania w imieniu spółki. Brak jest więc podstaw do jego kwestionowania. A ponadto dokument ten potwierdza fakt posiadania wskazanego w nim sprzętu. Okoliczność, iż wykonawca nie doprecyzował w wykazie wielkości posiadanych koparek nie oznacza, że przedłożony dowód nie potwierdza faktu posiadania wskazanego w wykazie sprzętu. Tym bardziej, że dowód ten został złożony na określoną okoliczność, tj. fakt „zmechanizowania i usprzętowania przedsiębiorstwa” celem „skrócenia i obniżenia kosztów pracy ludzkiej” a nie na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Fakt, iż jakieś urządzenie i sprzęt nie został wymieniony a – w ocenie odwołującego – jest niezbędny do wykonania zamawiającego, nie oznacza, że cena oferty została źle skalkulowana.

Czwarty z podniesionych przez odwołującego argumentów dotyczył powołania się przez wykonawcę Kiernia w punkcie 1) litera d. wyjaśnień na „Funkcjonowanie firmy opiera się na sprawdzonych i rzetelnych pracownikach oraz profesjonalnej i efektywnej organizacji pracy. Jako firma działająca na rynku lokalnym, zatrudniamy pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, co sprowadza koszty dowozu pracowników do zera (...).”. Na tę okoliczność wykonawca Kiernia złożył załącznik nr 4 obejmujący ponoszone przez niego koszty pracownicze na przykładzie „wynagrodzenia 07/2024” z wyliczeniem rzeczywistego kosztu pracodawcy, w tym kosztów godzinowych. Przedstawione

wyliczenia są szczegółowe, dokonane z podziałem na wynagrodzenie 24 pracowników oraz wyliczeniem wysokości średniego wynagrodzenia przy 22 etatach. Są to pracownicy – jak wskazał wykonawcy – stanowiący stały zasób wykonawcy, zamieszkujący w bliskim sąsiedztwie, co „sprowadza koszty dowozu pracowników do zera”. Okoliczność, iż koszt tych oszczędności nie został wykazany nie oznacza, że cena jest rażąco niska. Koszty zatrudnienia zostały bowiem szczegółowo wyliczone i przedstawione.

Piąty z podniesionych przez odwołującego argumentów dotyczył powołania się przez wykonawcę Kiernia w punkcie 1) litera e. wyjaśnień na „Małe koszty utrzymania firmy z uwagi na fakt, iż jest to firma rodzinna.”. Wbrew twierdzeniom odwołującego prowadzenie firmy rodzinnej często wiąże się z korzystaniem przez przedsiębiorcę z nieodpłatnej pomocy członków rodziny oraz nieodpłatnym użytkowaniem składników prywatnego, rodzinnego majątku. Nie jest to przy tym jedyny argument podniesiony jako taki, który ma obalić zarzut rażąco niskiej ceny.

Kolejny z argumentów odwołującego odnosił się do wyjaśnień wykonawcy Kiernia zawartych w punkcie 2) wyjaśnień, tj. treści „Prace w zakresie robót oświetleniowych obliczane zostały na podstawie korzystnych ofert podwykonawców i przy założeniu, że istniejąca stacja transformatorowa wymaga jedynie demontażu i ponownego montażu.” „Do wyliczenia robocizny przyjęta została średnia miesięcznego wynagrodzenia z miesiąca lipiec, która wynosiła 55,00 zł brutto za roboczo- godzinę. (...)”. W ramach tej części wyjaśnień wykonawca Kiernia – jak wynika z ich treści – powołał się bowiem na oszacowanie kosztów robót oświetleniowych na podstawie m.in. „korzystnych ofert podwykonawców”. Wskazał przy tym, że „istniejąca stacja transformatorowa wymaga jedynie demontażu i ponownego montażu”. Oznacza to tylko tyle, że w ramach tej kwestii istotne znaczenie ma także sposób realizacji a więc montaż i demontaż.

Jeśli zaś chodzi o kwestie ewentualnych podwykonawców to stwierdzić należy, że w w sytuacji gdy podwykonawstwo dotyczy etapu realizacji zamówienia to podanie nazw podwykonawców ma charakter wtórny, istotne znaczenie ma treść oferty, w rozumieniu opisu i wskazania zakresu zobowiązania, które wykonawca na siebie przyjmuje i, które zaciąga. Wykonawcy na etapie składania oferty nie muszą bowiem znać pełnej listy podwykonawców, a ich wskazanie może nastąpić także na etapie realizacji umowy. Trudno więc wymagać podania nazwy podwykonawcy, który może jeszcze się zmienić a w konsekwencji uzyskanych przez wykonawcę Kiernia ofert w tym zakresie. Równie chybione jest żądanie na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny sposobu wykonywania prac przez poszczególnych pracowników, którzy mają być zaangażowani do realizacji zamówienia.

Odwołujący odniósł się także do wyjaśnień wykonawcy Kiernia zawartych w punkcie 3) wyjaśnień, tj. treści „Kalkulacje kosztów materiałów niezbędnych do realizacji Zamówienia obliczone zostały na podstawie ofert od stałych dostawców z dużymi rabatami”. Podobnie jak w odniesieniu do pozostałych argumentów i w tym przypadku zarzut – argument odnosi się do jednego ze zdań wyciągniętych z kontekstu wyjaśnień złożonych jako całość, jak i ich punktu 3. Wykonawca Kiernia złożył bowiem dowody w postaci oświadczeń firm, w których korzysta z wysokich rabatów, jak i przykładową fakturę, wskazującą faktycznie jakiej wysokości rabaty są mu udzielane. Nie można więc twierdzić, że okoliczność ta nie została przez wykonawcę Kiernia udowodniona.

Kolejny z argumentów odwołującego odnosił się do wykonawcy Kiernia zawartych w punkcie 4) wyjaśnień, tj. treści „Odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego co do wyceny w załączeniu przedstawiamy szczegółowe kalkulacje poszczególnych pozycji (zał. Nr 5 - szczegółowe kosztorysy).”.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że wykonawca Kiernia złożył szczegółowe kosztorysy stanowiące załącznik nr 5 (a, b, c, d) do wyjaśnień oraz kosztorys dotyczący budowy oświetlenia ulicznego stanowiący załącznik nr 5 (e) do wyjaśnień i kosztorys dotyczący przebudowy sieci energetycznej niskiego napięcia stanowiący załącznik nr 5 (f) do wyjaśnień.

Okoliczność, iż kosztorysy przedstawione przez wykonawcę Kiernia zostały sporządzone według innej metodologii niż uczynił to odwołujący nie oznacza, że czyni to je już z założenia błędnymi. Istotne jest bowiem, że złożone kosztorysy dotyczą wszystkich wymaganych przez zamawiającego pozycji. Odwołujący tego nie kwestionuje. Kwestionuje natomiast wysokość robocizny niektórych z pozycji kosztorysowych. Podważa bowiem przyjętą przez wykonawcę metodologię oszacowania określonych prac, których sposób wykonania wykonawca Kiernia opisał w treści złożonych wyjaśnień. Wykonawca Kiernia do pozycji tych odniósł się także w treści wyjaśnień, do których odwołuje się także odwołujący. Nie są więc one ogólnikowe. Odpowiadają bowiem na pytania zamawiającego i wyjaśniają sposób kalkulowania ceny oferty tego wykonawcy.

Jeśli zaś chodzi o kwestie dotyczące kosztów obsługi geodezyjnej to zamawiający, jak wynika z punktu 3 wezwania z dnia 20 września 2024 r., wymagał jedynie potwierdzenia, że tego typu usługi zostały zawarte w kosztorysach lub kosztach pośrednich i zostaną zrealizowane w ramach zaoferowanej ceny. Takie też zapewnienie wykonawca Kiernia zawarł w złożonych wyjaśnieniach. Stwierdził bowiem, że „cena odzwierciedla rzeczywisty koszt realizacji całego przedmiotu zamówienia” oraz, że „uwzględnione są wszystkie wymogi kompleksowej realizacji przedmiotu zamówienia”. Zamawiający nie wymagał bowiem żadnych dodatkowych dokumentów w tym zakresie jedynie potwierdzenia ujęcia tych kosztów w cenie oferty i takie potwierdzenie wyjaśnienia zawierają.

Wykazanie określonych okoliczności, tj. złożenie wyjaśnień w inny sposób niż oczekuje tego odwołujący nie oznacza, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Kiernia są nieprawidłowe czy też nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny. Wykonawca złożył bowiem wyjaśnienia, jak również dowody potwierdzające podniesione przez niego argumenty, w tym szczegółowe kosztorysy w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Jest więc i była możliwość stwierdzenia w jaki sposób cenę oferty oszacowano. Dowody, do których w odniesieniu do niektórych z elementów ceny ofertowej wykonawca Kiernia się odwołał kwestie te bowiem wyjaśniają i potwierdzają.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Kiernia pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej spełnienia warunku wskazanego w rozdziale 7. pkt 7.2. ppkt 3 lit. a SWZ, tj. brak spełnienia przez wykonawcę wymogu dysponowania przynajmniej jedną osobą posiadającą stosowne do zakresu zamówienia uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub inne uprawnienia, umożliwiające wykonywanie tych samych czynności, do wykonywania których w aktualnym stanie prawnym uprawniają uprawnienia budowlane w/w specjalności (zarzut 2 odwołania) potwierdził się wyłącznie w zakresie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla zarzutu nr 2 i 3):

Zamawiający w rozdziale 7 SWZ INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, pkt 7.2. podał, że „Zamawiający, na podstawie art. 112 ustawy Pzp określa następujące warunki udziału w postępowaniu:”, wskazując że „O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. (...) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował przynajmniej jedną osobą, (kierownik budowy, kierownik robót), posiadającą stosowne do zakresu zamówienia uprawnienia budowlane, tj.:

a) posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, lub inne uprawnienia, umożliwiające wykonywanie tych samych czynności, do wykonywania których w aktualnym stanie prawnym uprawniają uprawnienia budowlane w/w specjalności, (kierownik budowy).”.

Z kolei w rozdziale 9 SWZ WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH wskazał, że wykonawca „W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu” złoży „Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował przynajmniej jedną osobą, (kierownik budowy, kierownik robót), posiadającą stosowne do zakresu zamówienia uprawnienia budowlane, tj.:

a) posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, lub inne uprawnienia, umożliwiające wykonywanie tych samych czynności, do wykonywania których w aktualnym stanie prawnym uprawniają uprawnienia budowlane w/w specjalności, (kierownik budowy); (...).”.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca Kiernia złożył „Wykaz Osób”, w którym wskazał p.A. - technika budowlanego, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjnobudowlanej oraz instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie Decyzji Nr GPA-7342-130/94 oraz 30 - letnie doświadczenie zawodowe oraz Decyzję nr GPA-7342- 130/94 o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z 10 grudnia 1994 r. W treści Decyzji wskazano, że p.A. „posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych” i w myśl punktu 4 Decyzji jest upoważniony do:

„1/ kierowania, nadzorowania i kontrolowania technicznego budowy i robót wyłącznie przy budowie budynków o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych,

2/ do kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz do kontrolowania stanu technicznego obiektów budowlanych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych,

3/ do sporządzania projektów w zakresie rozwiązań architektonicznych budynków inwentarskich i gospodarczych, adaptacji projektów powtarzalnych innych budynków oraz sporządzania planów zagospodarowania działki związanych z realizacją tych budynków,

4/ do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu”.

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolność technicznej i zawodowej, wskazując że „warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż „dysponuje przynajmniej jedną osobą, (kierownik budowy, kierownik robót), posiadającą stosowne do zakresu zamówienia uprawnienia budowlane, tj.:

a) posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, lub inne uprawnienia, umożliwiające wykonywanie tych samych czynności, do wykonywania których w aktualnym stanie prawnym uprawnniają uprawnienia budowlane w/w specjalności, (kierownik budowy).”.

W treści tego warunku, na co wskazał zamawiający, odwołując się do definicji wymaganych uprawnień według obecnie obowiązujących przepisów, zaznaczono wprost, że uprawnienia te mają być „bez ograniczeń”, lub też mogą to być „inne uprawnienia” o ile „*umożliwiają wykonywanie tych samych czynności, do wykonywania których w aktualnym stanie prawnym uprawnniają uprawnienia budowlane w/w specjalności, (kierownik budowy)*”. Oznacza to więc, że zakres tych uprawnień ma być niemal identyczny.

Tymczasem zakres uprawnień p.A. - co wprost wynika z przedłożonego przez odwołującego stanowiska Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 4 grudnia 2024 r. – „nie odpowiada literalnie zakresowi nadawanych współcześnie uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, w szczególności dlatego, iż obejmują one jedynie wskazane decyzją rodzaje sieci sanitarnych oraz nie obejmują w ogóle instalacji tego rodzaju”.

Uprawnienia p.A. nie odpowiadają więc uprawnieniom wymaganych w tym postępowaniu przez zamawiającego. Bez znaczenia jest to, że w okresie wydawania uprawnień zostały wydane mu uprawnienia najwyższe, jak również doświadczenie posiadane przez p.A.. Uprawnienia te – jak słusznie wskazał odwołujący – są najwyższe jakie mogły być i są wydane dla technika.

Zamawiający błędnie więc uznał, że wykonawca Kiernia spełnił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej postawiony w pkt 7.2. ppkt 3 lit. a SWZ. Nie uzasadnia to jednak automatycznego odrzucenia oferty tego wykonawcy. „Sytuacja, w której złożone formalnie poprawne podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania warunku, również objęta jest dyspozycją art. 128 ust. 1 Pzp. Takie środki dowodowe nie potwierdzające spełniania warunku należy uznać za niekompletne, błędne, a nawet za niezłożone, w rozumieniu ww. przepisu.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1521/23) Skoro więc w tym postępowaniu zamawiający nie korzystał jeszcze z trybu określonego w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zastosowanie którego jest obligatoryjne, zamawiający powinien wezwać wykonawcę Kiernia do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. To dopiero bezskuteczny upływ terminu na usunięcie wskazanego uchybienia, może stanowić podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp musi być poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, kierowanym do wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego też odrzucenie oferty wykonawcy Kiernia byłoby przedwczesne a tym samym naruszałoby przepisy ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy Kiernia pomimo, iż w świetle wprowadzenia zamawiającego w błąd, przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale 7. Pkt 7.2. ppkt 3 lit. a SWZ, należało uznać, że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

Stan faktyczny jest tożsamy ze stanem faktycznym ustalonym dla zarzutu nr 2.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych”.

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca Kiernia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 7, pkt 7.2., ppkt 3, lit. a SWZ złożył „Wykaz Osób”, w którym wskazał p.A. - technika budowlanego, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie Decyzji Nr GPA-7342-130/94, posiadającego 30 - letnie doświadczenie zawodowe oraz Decyzję nr GPA-7342- 130/94 o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z 10 grudnia

1994 r.

Co istotne uprawnienia wydawane na przestrzeni kilkudziesięciu ostatnich lat a właściwie ich zakres jest różnie interpretowany. Sytuacja ta dotyczy także uprawnień p.A., których zakres za właściwy uznawał nie tylko wykonawca Kiernia, ale także zamawiający. Tymczasem ich zakres w tym stanie faktycznym – jak już wyżej stwierdzono – nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu opisanemu w punkcie 7, pkt 7.2., ppkt 3 lit. a SWZ.

Niemniej jednak nie ziściły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Wypełnienia przesłanek tego przepisu odwołujący bowiem nie wykazał. Aby bowiem można było uznać, że przedstawione informacje były złożone w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa trzeba wykazać, że zamiarem wykonawcy było celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu albo też wykazanie, że wykonawca ten złożył informację wprowadzającą w błąd przez własne niedopatrzenie. Okoliczność, że złożony środek dowodowy nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie oznacza jeszcze, że w takim wypadku zachodzą przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....