

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 29 października 2024 r. przez **wykonawcę General Development sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Będzinie z siedzibą w Rogoźniku działającego na rzecz wspólnych zamawiających Powiatowego Zarządu Dróg w Będzinie z siedzibą w Rogoźniku oraz Gminy Siewierz**

przy udziale **wykonawcy Silesia Trans Service sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę General Development sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę General Development sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 4018/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiatowy Zarząd Dróg w Będzinie z siedzibą w Rogoźniku - prowadzi na rzecz wspólnych zamawiających: Powiatowego Zarządu Dróg w Będzinie z siedzibą w Rogoźniku oraz Gminy Siewierz postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Zadanie nr 1: „Przebudowa drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu” Zadanie nr 2: „Budowa sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej”, nr postępowania: ZP.272.19.2024. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lipca 2024 r., za numerem 2024/BZP 00427286.

W dniu 29 października 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca General Development sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania wezwania wykonawcy Silesia Trans Service sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach – dalej Przystępujący, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie zażądania od Silesia Trans Service sp. z o.o. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie ceny lub kosztu lub istotnych części składowych kosztorysu ofertowego na wodociąg,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Silesia Trans Service sp. z o.o., mimo że istotna część składowa kosztorysu ofertowego zawiera rażąco niską cenę, która to rażąco niska cena nie została wyjaśniona zgodnie z art. 224 ustawy pzp,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Silesia Trans Service sp. z o.o., mimo że wadium nie zostało wniesione w sposób prawidłowy,
- 4) art. 239 ust. 1 ustawy pzp przez wybór oferty Silesia Trans Service sp. z o.o., tj. wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,
- 3) odrzucenia oferty Silesia Trans Service sp. z o.o.,

4) zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych przepisami prawa, w tym kosztów wpisu od odwołania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty 1 i 2 odwołania wskazał, że Zamawiający wymagał sporządzenia i przedłożenia wraz z ofertą 7 kosztorysów ofertowych, w tym kosztorysu obejmującego swoim zakresem wykonanie sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej. Odwołujący podniósł, że wskazana w kosztorysie cena jako istotna część składowa ceny ofertowej Silesia Trans Service sp. z o.o. jest o blisko 40% niższa od średniej arytmetycznej kosztorysów ofertowych na wykonanie sieci kanalizacyjnej złożonych przez pozostałych wykonawców, co stanowi kwotę przekraczającą 600.000,00 zł. Taki stan rzeczy przy uwzględnieniu globalnej wartości oferty Silesia Trans Service sp. z o.o. wynoszącej nieco ponad 8.500.000,00 zł netto stanowi o rażąco niskiej cenie istotnej części składowej oferty. Wartość kosztorysu Silesia Trans Service sp. z o.o. obejmującego wykonanie wodociągu wynosi bowiem 951.714,37 zł netto. Taki stan rzeczy winien w ocenie Odwołującego skutkować podjęciem przez Zamawiającego działań zmierzających do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny kosztorysu ofertowego złożonego przez Silesia Trans Service sp. z o.o. Wykonanie sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej wraz z przyłączami stanowi priorytetowy oraz niezbędny element realizacji całego zadania, a o który to element poszerzono zakres postępowania w dacie 16 września 2024 r. (po osiągnięciu w tym zakresie kompromisu pomiędzy Zamawiającymi). Ewentualne wykonanie prac związanych z wymianą wodociągu po wykonaniu prac związanych z przebudową ul. Częstochowskiej wiązałby się z naruszeniem prac wykonanych w ramach realizacji zadania nr 1, co wiązałoby się prawdopodobnie z utratą uprawnień z tytułu udzielonej rękojmi, gwarancji, co ostatecznie mogłoby stanowić przejaw niegospodarności. Nie bez znaczenia dla konieczności wyjaśnienia tak znaczących różnic wartości kosztorysów pomiędzy poszczególnymi wykonawcami pozostaje rodzaj wynagrodzenia przyjęty przez Zamawiającego (wynagrodzenie kosztorysowe, powykonawcze). Ewentualne niedoszacowania, nieścisłości w zakresie kosztorysu winny skutkować wystąpieniem po stronie Zamawiającego wątpliwości co do możliwości realizacji komplementarnej części zamówienia i stanowić osobną podstawę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Co do zarzutu nr 3 odwołania Odwołujący podniósł, że pierwotny zakres zadania będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pod numerem ZP.272.19.2024 obejmował swoim zakresem wyłącznie przebudowę drogi powiatowej nr 4801S i nie obejmował swoim zakresem budowy sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej. Nazwa zadania brzmiała: „Przebudowa drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu”. W dniu 16 września 2024 r. Zamawiający rozszerzył zakres przedmiotowy zadania o budowę sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej dokonując w tym zakresie modyfikacji SWZ polegającej na zmianie nazwy zadania z „Przebudowy drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu” na Zadanie nr 1: „Przebudowa drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu” Zadanie nr 2: „Budowa sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej”. W ślad za powyższym Zamawiający dokonał zmiany dokumentacji postępowania m.in. w zakresie terminu składania ofert, wadium, formularza oferty czy też okresu związania ofertą. Obok Zamawiającego 1 pojawił się również Zamawiający 2 – Gmina Siewierz. Zgodnie z SWZ Zamawiający 1 wymagał wniesienia wadium na poziomie 100.000,00 zł. Wykonawca Silesia Trans Service sp. z o.o. wybrał jako formę wadium poręczenie udzielone przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2024 r. poz. 419). Co istotne poręczenie wadialne udzielone przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. na rzecz Silesia Trans Service sp. z o.o. udzielone zostało w dacie 23 września 2024 r., tj. na 7 dni po modyfikacji SWZ przez Zamawiającego 1. Z treści załączonego do oferty oświadczenia (§ 2) wynika, że „Zobowiązanie do zapłaty wadium dotyczy przetargu: - nazwa: Przebudowa drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu, - numer: ZP.272.19.2024.”

Odwołujący wskazał, że w dacie 23 września 2024 r. Zamawiający 1 nie prowadził postępowania o udzielenie zamówienia pod nazwą „Przebudowa drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu” lecz pod nazwą Zadanie nr 1: „Przebudowa drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu” Zadanie nr 2: „Budowa sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej”. Dokonując oceny prawidłowości wniesienia wadium przez Silesia Trans Service sp. z o.o. należy zdaniem Odwołującego postawić i odpowiedzieć na pytanie, czy wobec rozszerzenia w dacie 16 września 2024 r. zakresu postępowania o budowę sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej oraz w świetle oświadczenia o udzieleniu poręczenia złożonego w dniu 23 września 2024 r. poręczyciel mógłby odmówić realizacji poręczenia wadialnego, a co za tym idzie czy istnieje ryzyko niezabezpieczenia interesu Zamawiającego 1. Istota wadium sprowadza się do zabezpieczenia oferty w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium musi zabezpieczać ofertę na wypadek zaistnienia przesłanek jego zatrzymania wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy pzp. Wadium wniesione w formie poręczenia musi dawać Zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. Do wadium w formie poręczenia stosuje się odpowiednie normy Kodeksu cywilnego – w tym co do jego zakresu, formy, wad oświadczeń woli. Pewność co do zabezpieczenia oferty

wadium Zamawiający musi mieć już od chwili otwarcia ofert. Wykładnia treści gwarancji (poręczenia) nie może służyć uzupełnieniu jej o elementy, których gwarant w niej nie zawarł, co oznacza, że w tym wypadku wykładnia ta nie może prowadzić do uzupełnienia gwarancji o oświadczenie o popełnieniu oczywistej omyłki pisarskiej i o zapewnienie, że wypłata kwoty wadium nastąpi w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy pzp. Dodatkowo wobec obowiązku stosowania restrykcyjnych reguł w stosunku do instytucji wadium, dokonanie takiej wykładni stanowiłoby naruszenie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. O wadliwości gwarancji przesądza już samo wynikające z niej ryzyko braku możliwości zaspokojenia się przez Zamawiającego. (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2023 r., KIO 736/23). Do wykładni oświadczeń o udzieleniu wadium stosuje się art. 65 Kodeksu cywilnego w myśl którego „§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. § 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.” Zawarte w art. 65 Kodeksu cywilnego kryterium zasad współżycia społecznego oznacza konieczność tłumaczenia oświadczeń woli z zachowaniem zasad etycznych, które wyłączają możliwość wykładni prowadzącej do nierównego traktowania przez ubezpieczyciela kontrahentów w podobnych sytuacjach faktycznych (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 czerwca 2003 r., sygn. akt: I CKN 473/01).

Odwołujący wskazał, że literalne brzmienie oświadczenia poręczyciela wskazuje bezsprzecznie, iż poręczyciel nie objął zakresem poręczenia zadania nr 2, tj. „Budowy sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej”. Odwołujący nie zna przyczyn takiego stanu rzeczy. Nie mniej oświadczenie o poręczeniu przedłożone przez Odwołującego wraz z ofertą (które również udzielone zostało przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o.) obejmuje pełny zakres prowadzonego postępowania, tj. Zadanie nr 1: „Przebudowa drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu” Zadanie nr 2: „Budowa sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej”. Powyższe potwierdza treść oświadczenia o poręczeniu udzielonym Odwołującemu przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. Z § 2 poręczenia wynika jednoznacznie, że obejmuje ono: „Zobowiązanie do zapłaty wadium dotyczy przetargu: - nazwa: Zadanie nr 1: „Przebudowa drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu” Zadanie nr 2: „Budowa sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej” - numer: ZP.272.19.2024.” Skoro Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. udzielił na potrzeby jednego postępowania (ZP.272.19.2024) poręczeń w dwóch różnych brzmieniach nie sposób przyjąć, że zakres poręczenia w przypadku poręczenia udzielonego Silesia Trans Service sp. z o.o. oraz Odwołującemu jest tożsamy. Z powyższych względów nie sposób uznać, by wykonawca Silesia Trans Service Sp. z o.o. wniósł wadium w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego – jedynie bowiem część oferty obejmująca przebudowę drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu została objęta poręczeniem wadialnym, druga część zadania obejmująca budowę sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej już nie. Jeżeli istnieje tym samym pole do dyskusji co do zakresu poręczenia, niewątpliwie istnieje ryzyko, że poręczyciel może odmówić realizacji poręczenia udzielonego Silesia Trans Service sp. z o.o. z uwagi np. na brak wiedzy o rozszerzeniu przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod numerem ZP.272.19.2024, brak możliwości należytej oceny ryzyka poręczeniowego, ewentualnie z uwagi na świadome nie objęcie zakresem poręczenia oferty w zakresie budowy sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej. Powyższe potwierdza m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 marca 2023 r. (KIO 728/23). Bez znaczenia pozostaje tym samym fakt postużenia się przez poręczyciela prawidłowym numerem postępowania. Zakres udzielonego poręczenia określa bowiem słowny opis zadania, na które poręczenie zostało udzielone. Jako że poręczyciel jest uprawniony - zgodnie z przewidzianą Kodeksem cywilnym zasadą swobody kontraktowej - do ograniczenia zakresu poręczenia należy ustalić czy taki zabieg w przedmiotowej sprawie miał miejsce.

Prawidłowa analiza stanu faktycznego, w tym oświadczeń złożonych przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. prowadzi do logicznego i zgodnego z zasadami prawidłowego rozumowania wniosku, że w przypadku poręczenia udzielonego Silesia Trans Service sp. z o.o. sytuacja taka miała miejsce, co oznacza, że wadium nie zabezpiecza w sposób pełny interesu Zamawiającego. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2015 r., KIO 1222/15. Uprzedzając ewentualne dywagacje oscylujące wokół zawinienia, niedopatrzienia, omyłki w zakresie tworzenia i składania oświadczenia o poręczeniu wadialnym Odwołujący wskazał, iż to od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekuje się działania ze starannością wymaganą od profesjonalisty. Taki stan rzeczy oznacza m.in., że w przypadku składania wraz z ofertą dokumentu sporządzonego przez podmiot trzeci (w tym wypadku Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o.), to Silesia Trans Service sp. z o.o. winna zadbać o to, aby dokument poręczenia odpowiadał wymogom postawionym przez Zamawiającego. Samo ewentualne przekazanie SWZ do wystawcy poręczenia wadialnego bez zweryfikowania przed złożeniem oferty, czy zastosował się on do wymogów w niej postawionych, nie wypełnia wymogów działania z należytą starannością.

W dniu 15 listopada 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego

stanowiska.

Ponadto, w dniu 13 listopada 2024 r. swoje stanowisko w sprawie przedstawił Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Silesia Trans Service sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego i Zamawiającego na posiedzeniu i rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba ustaliła, że w dniu 16 września 2024 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ i ogłoszenia przez rozszerzenie zakresu zamówienia o budowę sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej. Zamawiający dokonał m.in. zmiany nazwy postępowania z: „Przebudowa drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu” na: „Zadanie nr 1: „Przebudowa drogi powiatowej 4801S - ul. Częstochowska w Siewierzu” Zadanie nr 2: „Budowa sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej”. Numer postępowania pozostał bez zmian: ZP.272.19.2024.

Zgodnie z SWZ rozdz. XXII SWZ: WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADLIWYCH OFERT *Oferta musi być zabezpieczona wadium w wysokości 100 000,00 PLN, 2. Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert i utrzymywać nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w niniejszym rozdziale SWZ. (...)*5 przed zmianą SWZ: „5. Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacać przelewem na następujący rachunek bankowy: Bank Spółdzielczy w Będzinie 92 8438 0001 0020 0639 2000 0030 z dopiskiem „Wadium na zadanie: „Przebudowa drogi powiatowej 4801S ul. Częstochowska w Siewierzu”5 po zmianie SWZ „Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacać przelewem na następujący rachunek bankowy: Bank Spółdzielczy w Będzinie 92 8438 0001 0020 0639 2000 0030 z dopiskiem „Wadium dla postępowania ZP.272.19.2024”

Izba ustaliła, że termin realizacji zamówienia wynosił do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ (OPZ):

„5. Zakres robót: Zadanie 1: Przewidywany zakres zakłada przebudowę ul. Częstochowskiej w Siewierzu na całym jej odcinku tj. około 850 m wraz z budową kanalizacji deszczowej, kanału technologicznego oraz oświetlenia ulicznego. Inwestycja jest współfinansowana z Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg. Zadanie 2: Przewidywany zakres zakłada budowę sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej w Siewierzu wraz z przyłączami oraz wykonanie wszelkich robót ziemnych, przygotowawczych i rozbiórkowych, wynikających z dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, w tym również wywóz i utylizacja zbędnych materiałów (zdemontowany wodociąg) oraz odwóz w miejsce wyznaczone materiałów nadających się do ponownego wykorzystania. Demontaż i utylizacja powinny odbywać się zgodnie z właściwymi przepisami dotyczącymi odpadów.”

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia wynosiła: 11 222 858,41 zł netto. Kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosiła: 11 500,00 zł brutto. Wartość szacunkowa zadania 2 wynosiła: 1 702 186,17 zł netto.

Izba ustaliła, że ceny brutto ofert w postępowaniu po poprawie omyłek rachunkowych kształtowały się następująco:

INFRA X sp. z o.o.: 13 342 080,83 zł, Berger Bau Polska sp. z o.o.: 11 684 741,09 zł, TRANSKOM BIAŁDYGA sp. z o.o.: 15 515 220,00 zł, Konsorcjum firm: Lider: ML CONSTRUCTION sp. z o.o., Partner: ZRD i TZ „ROMUS” sp. z o.o.: 11 003,66 zł, Przystępujący: 10 480 455,01 zł, MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.: 11 720 426,92 zł, P.U.H. „BUD-MET” Jarosław Kałmuk: 13 377 770,75 zł, Konsorcjum firm: Lider: PRDM sp. z o.o., Partner — BRUK S.A.: 13 803 631,04 zł, ZRB Tyskie Drogi sp. z o.o.: 13 388 359,38 zł, Silesia Invest sp. z o.o. Szmitka Kamiński sp.k.: 15 699 530,21 zł, Odwołujący: 11 015 296,06 zł, Hucz sp. z o.o., sp. k.: 13 321 610,55 zł, P.U.H. „DOMAX” Arkadiusz Mika: 12 380 134,98 zł.

Izba ustaliła, że ceny netto ofert dla zadania 2 po poprawie omyłek rachunkowych kształtowały się następująco: INFRA X sp. z o.o.: 1 807 086,22 zł, Berger Bau Polska sp. z o.o.: 1 414 914,81 zł, TRANSKOM BIAŁDYGA sp. z o.o.: 2 000 000,00 zł, Konsorcjum firm: Lider: ML CONSTRUCTION sp. z o.o., Partner: ZRD i TZ „ROMUS” sp. z o.o.: 1 749 194, zł, Przystępujący: 951` 714,37 zł, MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.: 1 381 136,16 zł, P.U.H. „BUD-MET” Jarosław Kałmuk: 2 557 799,90 zł, Konsorcjum firm: Lider - PRDM sp. z o.o., Partner — BRUK S.A.: 1 283 832,84 zł, ZRB Tyskie Drogi sp. z o.o.: 1 199 997,21 zł, Silesia Invest sp. z o.o. Szmitka Kamiński sp.k.: 1 410 178,06 zł, Odwołujący: 1 244 050,82 zł, Hucz sp. z o.o., sp. k.: 2 007 642,33 zł, P.U.H. „DOMAX” Arkadiusz Mika: 1 245 996,40 zł.

Przystępujący do oferty dołączył wadium w formie poręczenia z dnia 23 września 2024 r.: „Powiatowy Zarząd Dróg w Będzinie z/s w Rogoźniku ul. Węgroda 59 42- 582 Rogoźnik Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium, § 1. Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (40 203), Al. Roździeńskiego 188, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (...), zwana dalej „Poręczycielem”; (...) udziela niniejszym poręczenia za zobowiązanie:

SILESIA TRANS SERVICE Sp. z o.o., z siedzibą: 40 748 Katowice, ul. Konwalii 32, (...) wobec

Zamawiającego, którym jest Powiatowy Zarząd Dróg w Będzinie z/s w Rogoźniku, z siedzibą: 42 582 Rogoźnik, ul. Węgroda 59,

do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Zobowiązanego do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego. Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacjach przewidzianych w ustawie dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 t. j. z późn. zm.) w szczególności w art. 98 ust. 6.

§ 2. Zobowiązanie do zapłaty wadium dotyczy przetargu:

- nazwa: Przebudowa drogi powiatowej 4801S ul. Częstochowska w Siewierzu,

- numer: ZP.272.19.2024.

§ 3. 1. Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100 % aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby Zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie. Odpowiedzialność Poręczyciela jest ograniczona do kwoty maksymalnej w wysokości 100 000,00 zł.

2. Zakres odpowiedzialności Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia nie obejmuje: odsetek, prowizji, opłat ani innych kosztów związanych z przystąpieniem do przetargu należnych Zamawiającemu.

3. Poręczenie niniejsze jest terminowe i udzielone na okres 30 dni, tj. od dnia 30.09.2024 r. do dnia 29.10.2024 r., powiększony o 1 miesiąc, z zastrzeżeniem, iż termin jednego miesiąca oznacza termin techniczny wyłącznie do wezwania Poręczyciela przez Zamawiającego do wykonania obowiązku realizacji poręczenia.

4. W razie braku wezwania Poręczyciela przez Zamawiającego w terminie technicznym do wykonania poręczenia, uznaje się, że Poręczyciel jest zwolniony z obowiązku wypłaty poręczenia, a poręczenie wygasa z końcem okresu związania ofertą.

§ 4. 1. Poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3. 2. Poręczyciel wypłaca na rzecz Zamawiającego środki stanowiące przedmiot udzielonego poręczenia niezwłocznie po dniu otrzymania wezwania do zapłaty wadium, nie później niż w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SWZ bądź w inny sposób.

§ 5. 1. Poręczyciel oświadcza, że jest podmiotem, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2023 r. poz. 462 t. j. z późn. zm.), co kwalifikuje

niniejszą formę wniesienia wadium zgodnie z przepisem art. 97 ust. 7 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. (...)"

Dowody Przystępującego:

- Wniosek o udzielenie poręczenia wadialnego z dnia 10 września 2024r opatrzony podpisem Przystępującego: „2. INFORMACJE NA TEMAT PRZETARGU: Dane na temat zamawiającego/organizatora przetargu: Powiatowy Zarząd Dróg w Będzinie z/s w Rogoźniku, Wartość przetargu: 10 000 000,00 zł, Wartość wymaganego wadium: 100 000,00 zł, Nr przetargu: ZP.272.19.2024.”

- Mail Przystępującego do Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o. wraz z załącznikami (pismem Zamawiającego z dnia 16 września 2024 r. znak ZP.272.19.2024 o zmianie SWZ): z dowodu wynika, że Przystępujący poinformował Poręczyciela o zmianach.

- oświadczenie Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o. z dnia 5 listopada 2024 roku, znak ŚRFP/W/LK/2024/951; „Działając w imieniu spółki Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, przy Al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice, KRS: 0000005627, REGON: 277483759, NIP: 954236740; (dalej: Fundusz) jako poręczyciel spółki Silesia Trans Service Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach, ul. Konwalii 32, 40-748 Katowice, KRS: 0000704367, NIP: 9542784534, REGON: 368762549 (dalej: STS, Klient), w postępowaniu w którym Zamawiającym jest Powiatowy Zarząd Dróg w Będzinie z/s w Rogoźniku, ul. Węgroda 59, 42-582 Rogoźnik i Gmina Siewierz, ul. Żwirki i Wigury 16, 42-470 Siewierz pod nazwą: „Zadanie nr 1: „Przebudowa drogi powiatowej 4801S, ul. Częstochowska w Siewierzu”, Zadanie nr 2: „Budowa sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej””, Nr referencyjny postępowania: ZP.272.19.2024, niniejszym oświadczam, że wolą Funduszu było objęcie poręczeniem zapłaty wadium co do całości przetargu, w którym udział brał Klient, tj. zarówno w zakresie Zadania 1 jak i Zadania 2. Na powyższe wskazuje ujęcie w treści Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium numeru przetargu, tj. ZP.272.19.2024. Powyższe oznacza brak podstaw do uchylenia się Funduszu od zapłaty wadium w przypadku zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium dotyczącego przedmiotowego przetargu. Tym samym Fundusz oświadcza, że nie będzie kwestionował i uchylił się od zapłaty poręczonego wadium dla przetargu o numerze ZP.272.19.2024.”

Dowody Odwołującego:

1. Umowa o udzielenie poręczenia pakietu wadialnego nr UP/07/11/2023/FPW:

- par. 3 Zakres poręczenia: „1. Poręczyciel zobowiązuje się poręczyć w ramach pakietu wadialnego za zobowiązanie Zobowiązanego do zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego, w związku z przystąpieniem przez Zobowiązanego do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego. 2. Ilekroć Zobowiązany będzie zamierzał skorzystać z poręczenia Poręczyciela w ramach pakietu wadialnego, Zobowiązany będzie musiał każdorazowo złożyć Poręczycielowi wniosek o udzielenie przez niego indywidualnego poręczenia zapłaty wadium w ramach pakietu wadialnego. Wniosek powinien być złożony w terminie umożliwiającym Poręczycielowi jego analizę oraz złożenie Oświadczenia o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium, czyli nie później niż 3 dni robocze (dni pracy Poręczyciela) przed upływem terminu do złożenia oferty. Wniosek o udzielenie indywidualnego poręczenia w ramach pakietu wadialnego musi zawierać szczegółowe dane na temat przetargu, a w szczególności: a) wartość przetargu, b) wartość wymaganego wadium, c) datę do jakiej Zobowiązany powinien otrzymać poręczenie oraz dane umożliwiające Poręczycielowi zidentyfikowanie przetargu. 3. Zobowiązany będzie zobligowany do dołączenia do składanego wniosku o udzielenie indywidualnego poręczenia zapłaty wadium w ramach pakietu wadialnego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub dokumentu tożsamego wraz ze wszystkimi wydanymi do niej zmianami mającymi wpływ na wnioskowane poręczenie. W przypadku ogłoszenia przez Zamawiającego ww. zmian po wystawieniu przez Poręczyciela Oświadczenia o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium, Zobowiązany będzie zobligowany do przedstawienia ich Poręczycielowi w celu naniesienia zmian do wystawionego dokumentu. Poza opisanym przypadkiem, Poręczyciel nie ma obowiązku dokonywania jakichkolwiek zmian w sporządzonym Oświadczeniu o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium, choćby nie zostało wydane, o ile jest ono zgodne z informacjami podanymi we wniosku o udzielenie indywidualnego poręczenia zapłaty wadium w ramach pakietu wadialnego. Oświadczenie o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium wydane Zobowiązanemu nie podlega zwrotowi. 4. Poręczyciel każdorazowo będzie analizował wniosek Zobowiązanego o udzielenie poręczenia, a także upoważniony jest do dokonania ponownej oceny sytuacji finansowej Zobowiązanego.”

- par. 4 Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia: „1. W razie podjęcia przez Poręczyciela pozytywnej decyzji o udzieleniu poręczenia i ustaleniu wysokości udzielanego poręczenia, Poręczyciel złoży Oświadczenie o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium i przekaze je Zobowiązanemu w formie elektronicznej na wskazany przez Zobowiązanego adres poczty elektronicznej.”

2. Regulamin udzielania poręczeń przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach:

- „1. Regulamin określa zasady udzielania przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. poręczeń zapłaty wadium na rzecz podmiotów przystępujących do przetargów, realizowanych na zasadach określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm. (dalej: ustawa Prawo zamówień publicznych), zobligowanych przez organizatora przetargu do wniesienia wadium.”

- „14 ŚRFP dokonuje analizy wniosku wraz z załącznikami, na podstawie której Zarząd ŚRFP ustala maksymalną wartość udzielanego poręczenia. O ile zaistnieje potrzeba, ŚRFP może zwrócić się do Zobowiązanego lub jakiegokolwiek innej instytucji o dostarczenie dodatkowych informacji na temat sytuacji prawnej i ekonomicznej Zobowiązanego.”

- „24. Wniosek o udzielenie poręczenia pakietu wadialnego poddawany jest analizie dokonywanej przez ŚRFP.”

- „33 Wniosek o udzielenie indywidualnego poręczenia w ramach pakietu wadialnego musi zawierać szczegółowe dane na temat przetargu, a w szczególności: a) wartość wymaganego wadium, b) datę do jakiej Zobowiązany powinien otrzymać poręczenie, c) dane umożliwiające ŚRFP zidentyfikowanie przetargu.”

- „34. Wniosek o udzielenie indywidualnego poręczenia w ramach pakietu wadialnego poddawany jest analizie dokonywanej przez ŚRFP.”

- „48. Oświadczenie ŚRFP o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium będzie zawierało co najmniej następujące elementy: (...) oznaczenie postępowania przetargowego”.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Przystępujący powinien być zostać wezwany do wyjaśnienia ceny oferty w zakresie wykonania prac dotyczących sieci wodociągowej oraz czy oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę istotnej części składowej i z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy. Analiza dokumentacji postępowania jak również zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu 1 odwołania Odwołujący podnosił, że w jego opinii porównanie ceny Przystępującego z cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców w postępowaniu za realizację prac związanych z siecią wodociągową, w tym średnią arytmetyczną tych cen powinno skłonić Zamawiającego do skierowania do Przystępującego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący akcentując kosztorysowy charakter wynagrodzenia argumentował, że wykonanie sieci wodociągowej stanowi priorytetowy element przedmiotowego zamówienia, o który został rozszerzony zakres prac modyfikacją z dnia 16 września 2024 r. stąd Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do tej części ceny Przystępującego i wezwać go do wyjaśnień.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie zasługuje jednak na uwzględnienie, a podnoszony zarzut nie został udowodniony.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy pzp: „1. Jeżeli 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.” Nie ulega wątpliwości, że powyższy przepis determinuje konieczność skierowania do wykonawcy wezwania w zakresie wyjaśnienia ceny w sytuacji, gdy zamawiający nabierze podejrzeń co do realności całkowitej ceny oferty, kosztu lub ich istotnych części składowych, co może wpłynąć negatywnie na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonuje analizy cen w oparciu o własne doświadczenie, czy też wiedzę w zakresie cen funkcjonujących na rynku w danym obszarze co prowadzi do wniosków dotyczących realności zaoferowanej ceny bądź też konieczności skierowania do wykonawcy wezwania celem jej wyjaśnienia, w sytuacji, gdy istotne jej zaniżenie mogłoby skutkować nieprawidłową realizacją zamówienia jako całości.

Formułując zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy pzp Odwołujący winien więc wykazać, że takie wątpliwości Zamawiający powinien powziąć. Zaznaczenia wymaga za Przystępującym, że przedmiotem dowodzenia w takim przypadku nie jest brak wystąpienia rażąco niskiej ceny, który obciążałby Przystępującego w myśl art. 537 ustawy pzp, ale wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający powinien mieć wątpliwości i wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia ceny, która została zaniżona w stopniu wpływającym na możliwość powodzenia realizacji przedsięwzięcia (zamówienia) jako całości. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3393/22: „Odwrócony ciężar dowodu wynikający z art. 537 ustawy nie ma zastosowania w tej sprawie. W spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający nie podejrzewał oferty przystępującego o to, że zawiera cenę rażąco niską i nie wzywał przystępującego do złożenia w tym przedmiocie wyjaśnień. Tym samym przedmiotem dowodzenia w tym postępowaniu nie jest dowód, że oferta przystępującego nie zawiera ceny rażąco niskiej, ale dowód, że zamawiający mimo różnic

w cenach ofertowych i wartości szacunkowej zamówienia nieuzasadniających obligatoryjnego wezwania powinien być mieć wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną przez przystępującego cenę. Taka okoliczność nie korzysta z odwróconego ciężaru dowodu i powinna być wykazana przez odwołującego.” To na Odwołującym spoczywał więc ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 534 ust. 1 ustawy pzp, a któremu to obowiązki zdaniem Izby Odwołujący nie podołał.

Odwołujący ograniczył swoje stanowisko wyłącznie do porównania cen zaoferowanych w postępowaniu w zakresie części zamówienia dotyczącej sieci wodociągowej wskazując, że przekroczenie progu 30% średniej arytmetycznej tych cen powinno skutkować wezwaniem do wyjaśnienia składowej ceny. Zdaniem Izby argumentacja taka nie jest wystarczająca dla uznania, że po stronie Zamawiającego powinny wystąpić wątpliwości co do ceny Przystępującego zaoferowanej za wykonanie sieci wodociągowej. Podkreślić należy, co było bezsporne w sprawie, że cena całkowita oferty Przystępującego nie odbiegała znacząco od cen pozostałych oferentów i nie ziszcili się przesłanki obligatoryjnego wezwania z art. 224 ust. 2 ustawy pzp. Odwołujący odnosił się więc do ceny zaoferowanej za część prac objętych zamówieniem podkreślając ich znaczący i priorytetowy charakter. Izba nie podzieliła jednak stanowiska Odwołującego, że wykonanie sieci wodociągowej stanowi wyróżniającą się część zamówienia na tle pozostałych. Jak wskazano w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3005/21: „Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.” W ocenie Izby w świetle przedmiotu zamówienia (branża drogowa, kanał technologiczny, kanalizacja deszczowa, branża teletechniczna, linie elektroenergetyczne, słupy Orange, oświetlenie, sieć wodociągowa) trudno uznać, aby któryś z zakresu prac był bardziej kluczowy czy priorytetowy, a już na pewno, każdy z nich jest niezbędny dla osiągnięcia planowanego przez Zamawiającego celu jakim jest przebudowa drogi powiatowej 4801S na ul. Częstochowskiej wraz z budową sieci wodociągowej. Tym samym, Odwołujący winien był wykazać, że niska cena jednego z tych elementów może wpłynąć na powodzenie całej realizacji, czego nie uczynił. Całkowicie niezrozumiałe pozostają twierdzenia Odwołującego, że: „Ewentualne wykonanie prac związanych z wymianą wodociągu po wykonaniu prac związanych z przebudową ul. Częstochowskiej wiązałby się z naruszeniem prac wykonanych w ramach realizacji zadania nr 1, co wiązałoby się prawdopodobnie z utratą uprawnień z tytułu udzielonej rękopmi, gwarancji, co ostatecznie mogłoby stanowić przejaw niegospodarności.” Nie wiadomo z jakich przyczyn Odwołujący uznał, że wykonanie prac dotyczących sieci wodociągowej mogłoby nastąpić po wykonaniu pozostałych prac. Jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „W przypadku budowy sieci wodociągowej (o wartości 1 170 608,68 zł brutto) nie ma jednak takiego ryzyka, ponieważ roboty budowlane dotyczące tej branży nie mogą być wykonywane na samym końcu, co więcej muszą one poprzedzić wykonanie robót, których wartość stanowi znacznie większą część składową ceny – tj. wykonanie robót drogowych, kanału technologicznego, robót elektrycznych, słupów Orange oraz prac związanych z oświetleniem (wg kosztorysu wykonawcy Silesia Trans Service Sp. z o.o. są to prace warte łącznie 9 309 846,33 zł brutto).” Jak słusznie więc podnosił Zamawiający, nie istnieje ryzyko, że Wykonawca po realizacji prac o znacznej wartości odstąpi od wykonania zakresu robót o niższej wartości co ewentualnie mogłoby stanowić podstawę do nabrania podejrzeń co do niższej ceny i konieczności kierowania wezwania do wyjaśnień. Ponadto Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że pomimo kosztorysowego charakteru wynagrodzenia, mając na względzie, że zamówienie nie zostało podzielone na części, a wszystkie jego elementy (zakresy prac) składają się na realizację jednego zamierzenia inwestycyjnego, to Wykonawca mógł w różny sposób rozłożyć koszty wspólne dla całej realizacji oraz zysk.

Co jednak kluczowe, Odwołujący nie podjął próby dowodzenia, że wyliczona przez niego cena ok. 503,00 zł netto za metr wykonania sieci wodociągowej z oferty Przystępującego jest tak niska, że nie odpowiada realiom rynkowym i nie jest możliwe wykonanie tego zakresu prac w sposób prawidłowy za zaoferowaną cenę, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i zostać przez Wykonawcę wyjaśnione. (tak też: w wyroku z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3393/22: „Aby wykonawca mógł skutecznie wykazać zamawiającemu, że takie wątpliwości istniały powinien wykazać, że nawet najbardziej minimalistyczny wariant cenowy przy najkorzystniejszych dla wykonawcy założeniach nie może być pokryty za zaoferowaną cenę.”). Przystępujący złożył w postępowaniu kosztorys na wykonanie sieci wodociągowej, stąd Odwołujący mógł wskazać elementy tej wyceny, które świadczą o znacznym zaniżeniu ceny, zaoferowaniu cen nierealnych, niegwarantujących należytej realizacji zamówienia i budzących wątpliwości, czego Odwołujący zaniechał. Zarzut należało więc uznać za nieudowodniony. Jak już zostało to podkreślone, samo porównanie cen zaoferowanych przez innych wykonawców za dany element zamówienia z ceną Przystępującego nie jest wystarczające dla wykazania naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Jak zresztą podnosił Zamawiający, to porównanie również nie ukazuje znaczących różnic cenowych, które mogłyby świadczyć o ryzyku niewykonania przez Przystępującego zamówienia jako

całości. Nie biorąc bowiem pod uwagę oferty odrzuconej za błędne wyliczenia to cena oferty Przystępującego za wykonanie sieci wodociągowej jest niższa od średniej arytmetycznej tych cen w postępowaniu o ok. 35%. Co więcej, Odwołujący w odwołaniu wskazuje na zaniżenie na poziomie ok. 600 tys. zł, co przy różnicy pomiędzy ceną Odwołującego a Przystępującego ok. 300 tys. zł za tą część prac świadczyłoby również o niskiej cenie oferty Odwołującego (choć Odwołujący uważa, że jego cena jest realna) oraz innych wykonawców (Partner — BRUK S.A., ZRB Tyskie Drogi sp. z o.o., P.U.H. „DOMAX” Arkadiusz Mika), przy czym nie jest wiadome, gdyż nie wynika to z kosztorysu Odwołującego, jaki Odwołujący założył zysk dla tych prac. Dodatkowo Izba zauważa również, że różnica ok. 300 tys. zł pomiędzy ceną oferty Odwołującego i Przystępującego stanowi jedynie ok. 3% ceny całkowitej za realizację zamówienia. Nie jest to zdaniem Izby różnica, która powinna budzić wątpliwości determinujące wezwanie do wyjaśnień. Jak wskazał Zamawiający na rozprawie, cena ta odpowiada realiom rynkowym. Zamawiający odwołał się do ceny oferty najkorzystniejszej za podobną realizację przy ul. Piłsudskiego, gdzie zamówienie wykonywane jest należycie i dotyczy podobnego zakresu prac, a za wykonanie sieci wodociągowej wykonawca zaoferował cenę brutto: 1 004 993,47 zł (817 067,86 zł netto). Przyjmując długości sieci podane na rozprawie przez Odwołującego: 1581 metrów dla ul. Piłsudskiego i 1891 metrów dla ul. Częstochowskiej (obecne postępowanie) to przy cenie Przystępującego ok. 503 zł netto za metr (951 714,37 zł netto/1891 metrów) cena za realizację przy ul. Piłsudskiego wyniosłaby ok. 795 tys. zł netto i zdaniem Izby jest to cena porównywalna do ceny 817 067,86 zł netto. (Odwołujący błędnie na rozprawie dokonał porównania z ceną brutto 1 004 993,47 zł).

Zamawiający właściwie, więc dokonał porównania cen funkcjonujących na rynku i stwierdził, że cena za wykonanie sieci wodociągowej zaoferowana przez Przystępującego nie budzi wątpliwości, które wymagałyby skierowania wezwania do jej wyjaśnienia. Odwołujący natomiast nie wykazał, że takie wątpliwości Zamawiający powinien powziąć, dlatego też zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy pzp należało oddalić.

Mając na względzie, że Przystępujący nie był w postępowaniu wzywany do wyjaśnienia ceny oferty, co było okolicznością bezsporną to zarzut 2 odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp stanowiącego o odrzuceniu oferty jako zawierającej rażąco niską cenę należało uznać za przedwczesny, a w konsekwencji podlegający oddaleniu. Izba w tym zakresie w całości podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 123/22: „Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 „Impresa Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że „Jeżeli 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”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości Izby, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp), o czym będzie mowa poniżej. Zatem żądanie odrzucenia jego oferty należało ocenić jako przedwczesne.”

Przechodząc do zarzutu 3 odwołania to Odwołujący podnosił, iż wadium w formie poręczenia zostało wniesione przez Przystępującego w sposób nieprawidłowy co powinno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp. Odwołujący nieprawidłowości upatrywał w niepełnej nazwie postępowania wskazanej w poręczeniu, co zdaniem Odwołującego rodziło ryzyko odmówienia realizacji poręczenia wadialnego. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, aby podnoszona w odwołaniu okoliczność mogła skutkować uznaniem wadium za wniesione w sposób nieprawidłowy, co potwierdzają także dowody złożone w postępowaniu odwoławczym przez Odwołującego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.”

W pierwszej kolejności podnieść należy, że Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż treść dokumentu wadialnego nie powinna budzić wątpliwości co do jego wniesienia w określonym postępowaniu. Zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy pzp: „6.

Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej; 2) wykonawca, którego oferta została wybrana: a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.” Zauważyć więc należy, że celem wniesienia wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed uchylaniem się przez wykonawcę od zawarcia umowy, a także stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, który przez określone działania lub zaniechania mógłby chcieć wpłynąć na wynik postępowania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2015 r., sygn. akt KIO 368/15). Niewątpliwie, wadium ma zabezpieczać ofertę oraz prawidłowy przebieg postępowania, dyscyplinując wykonawców i zapewniając ich lojalne współdziałanie z zamawiającym (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 października 2017 r., sygn. akt KIO 2023/17). W ocenie Izby prawidłowość wniesionego przez Przystępującego wadium w postępowaniu nie budziła wątpliwości, jak wskazywał Odwołujący.

Bezsporna była pomiędzy Stronami okoliczność, iż w nazwie postępowania w treści dokumentu poręczenia wadialnego złożonego przez Przystępującego pominięto treść: „Zadanie nr 2: „Budowa sieci wodociągowej na ul. Częstochowskiej”. Niemniej jednak powyższe stanowi w ocenie Izby nieistotną omyłkę, nie wpływającą na możliwość zidentyfikowania postępowania, w którym wadium zostało wniesione, a tym samym na skuteczność wadium i ewentualnego roszczenia o jego wypłatę. Zauważyć należy, że również Zamawiający nie uznawał nazwy postępowania za istotną w kontekście obowiązku wniesienia wadium, gdyż w postanowieniach dotyczących wadium wnoszonego w pieniądzu po modyfikacji SWZ Zamawiający wymagał wskazania w tytule przelewu wyłącznie numeru postępowania. Żadne z postanowień dokumentów zamówienia nie obligowały wykonawcy, aby we wnoszonym dokumencie wadialnym została wskazana nazwa postępowania. Uznać więc należy, że koniecznym dla stwierdzenia prawidłowości wniesionego wadium było podanie takich danych w dokumencie wadialnym, które identyfikowały postępowanie w sposób niebudzący wątpliwości w jakim postępowaniu wadium zostało wniesione. Izba zwraca uwagę, że w dokumencie wadialnym złożonym przez Przystępującego prawidłowo został określony podmiot, któremu udzielono poręczenia – Przystępujący, podmiot, wobec którego udzielono poręczenia – Zamawiający, przesłanki zatrzymania wadium, kwota poręczenia ograniczona do kwoty 100 000,00 zł, co odpowiada kwocie wadium wymaganej postanowieniami SWZ oraz okres na jaki udzielono poręczenia i te istotne elementy dokumentu wadialnego nie były przez Odwołującego kwestionowane. Poręczyciel udzielił poręczenia z uwzględnieniem zmian SWZ na co wskazuje zmodyfikowany okres ważności poręczenia, a także nazwa pliku dokumentu wadialnego „ZMIANA(...)”. Potwierdza to jedynie dodatkowo treść wiadomości e-mail z dnia 23 września 2024 r. do Poręczyciela złożonej przez Przystępującego jako dowód, z którego wynika, że Przystępujący przekazał załączonym plikiem modyfikację SWZ Poręczycielowi z prośbą o naniesienie zmian w dokumencie wadialnym. Nie jest więc tak jak twierdził Odwołujący, że nie jest wiadome czy Poręczyciel wiedział o modyfikacji SWZ. Co więcej, jak wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego, Poręczyciel po przekazanych zmianach może dokonać ponownej oceny wniosku o poręczenie, ale ocena dotyczy sytuacji finansowej wnioskującego a nie zakresu zamówienia po ewentualnych modyfikacjach SWZ. Odwołujący podnosił bowiem, że niepełna nazwa postępowania rodzi ryzyko, że wadium nie zabezpiecza całości oferty Przystępującego i w sytuacjach określonych art. 98 ust. 6 ustawy pzp może nie zostać z tego powodu wypłacone. Zdaniem Izby, prawidłowość i skuteczność wniesionego wadium powinna być jednak oceniana w tym przypadku pod względem możliwości ustalenia, w jakim postępowaniu wadium zostało wniesione. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż brak części nazwy postępowania jest jednoznaczny z niemożliwością zidentyfikowania postępowania w sytuacji, gdy prawidłowo określono nr postępowania. Nie ulega bowiem w ocenie Izby wątpliwości, że wadium zabezpiecza ofertę w przedmiotowym postępowaniu i przypadki zatrzymania wadium w trakcie jego trwania zaistniały, co nie wymaga uzupełnienia oświadczenia wadialnego i co byłoby niedopuszczalne na tym etapie jak podnosił Odwołujący. Wykładnia oświadczenia woli Poręczyciela przeprowadzona przez Odwołującego prowadziłaby do uznania, że wadium zostało wniesione w nieistniejącym postępowaniu, co przeczyłoby celowi udzielenia poręczenia i zamiarom Wnioskującego oraz Poręczyciela – Poręczyciel po analizie wniosku Przystępującego (w tym po zidentyfikowaniu przetargu) zdecydował się udzielić poręczenia. Odwołujący nie wykazał przy tym, aby przez tego samego Zamawiającego było prowadzone inne postępowanie o takim samym numerze. Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ przez rozszerzenie zakresu zamówienia o wykonanie sieci wodociągowej, ale postępowanie było kontynuowane i jego numer nie uległ zmianie. Nie można uznać za właściwą interpretację Odwołującego, że wadium nie

został objęty zakres zamówienia dotyczący zadania 2 – sieć wodociągowa, czy też, że wadium zabezpiecza tylko część oferty. Celem wadium nie jest bowiem zabezpieczenie wykonania robót budowlanych – sieci wodociągowej, a zabezpieczenie Zamawiającego przed wystąpieniem w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zachowań wykonawców oddziałujących w sposób negatywny na wynik postępowania. Co więcej, zamówieniem objęty był jeden przedmiot zamówienia niepodzielony na części i ofertę, a także wadium wykonawcy składali w jednym postępowaniu na cały przedmiot zamówienia. Izba zauważa, że z dowodów złożonych przez Odwołującego wynika, że analizując wniosek o udzielenie poręczenia Poręczyciel ocenia sytuację ekonomiczną i finansową wnioskującego, a nie przedmiot zamówienia i jego zakres.

Strony i Przystępujący były zgodne, że treść oświadczenia woli poręczyciela zawartego w dokumencie poręczenia podlega wykładni – jak każde inne oświadczenie woli – zgodnie z art. 65 § 1 k.c. W myśl tego przepisu, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. *„Znaczenie oświadczeń woli ujętych w formie pisemnej ustala się przyjmując za podstawę przede wszystkim tekst dokumentu. Przy jego interpretacji podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym. Wykładni poszczególnych wyrażen dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych występujących między zawartymi w tekście postanowieniami. Nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi, klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu autora oświadczenia. W ramach wykładni uwzględnieniu podlegają również okoliczności, w których oświadczenie woli zostało złożone, jeżeli dokument obejmuje takie informacje, a także cel oświadczenia woli wskazany w tekście lub zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień.”* (tak też: wyrok KIO z dnia 22 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1520/21). Jak słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 4 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1234/21, w odniesieniu do wykładni dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w oparciu o art. 65 § 1 k.c.: *„Oznacza to w szczególności, że dokonując wykładni oświadczenia woli należy mieć na uwadze reguły językowe, kontekst językowy (uwzględnienie pozostałej treści danego dokumentu) oraz kontekst sytuacyjny, tj. okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone.”*

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazuje, że oczywistym celem wystawienia poręczenia wadialnego w przedmiotowym postępowaniu było zabezpieczenie oferty składanej przez Przystępującego w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotne elementy dokumentu wadialnego, jak numer postępowania pozwalający na jego identyfikację, Zamawiający, Wnioskujący, kwota wadium, okres ważności poręczenia, przesłanki zatrzymania wadium zostały określone prawidłowo i wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zostały w żaden sposób ograniczone. W tej sytuacji niepełne wskazanie nazwy postępowania należało uznać za omyłkę, która pozostaje bez wpływu na właściwe odczytanie oświadczenia woli Poręczyciela o zabezpieczeniu wadium w przedmiotowym postępowaniu.

Izba zauważa, że potwierdzenie, iż wystarczającym dla uznania skuteczności wniesionego przez Przystępującego wadium i właściwej identyfikacji przetargu jest numer postępowania, w którym poręczenie wadialne zostało udzielone stanowią również dowody złożone przez samego Odwołującego: Umowa o udzielenie poręczenia pakietu wadialnego nr UP/07/11/2023/FPW oraz Regulamin udzielania poręczeń przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Jak Izba ustaliła, z dowodów tych wynika, że koniecznym dla udzielenia poręczenia wadialnego przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach jest podanie przez Wnioskującego danych umożliwiających identyfikację przetargu czy oznaczenie przetargu. Dokumenty te nie potwierdzają prezentowanego przez Odwołującego stanowiska, że niezbędnym dla udzielenia poręczenia jest wskazanie nazwy postępowania. Jakkolwiek nazwa postępowania stanowi element identyfikacji określonego postępowania, ale jest to jedna z danych pozwalających na ustalenie w jakim konkretnie przetargu poręczenie jest udzielane i może to być również numer postępowania, a ten został wskazany w dokumencie wadialnym prawidłowo. Jak wynika z dowodu złożonego przez Przystępującego – wniosku o udzielenie poręczenia wadialnego – to właśnie podania numeru a nie nazwy postępowania wymagał Poręczyciel celem udzielenia poręczenia, zgodnie z treścią wniosku. Za chybione Izba uznała również twierdzenia Odwołującego, że w sytuacji, gdy ten sam podmiot udzielił poręczenia Odwołującemu i Przystępującemu i są to dokumenty różniące się treścią co do wskazania nazwy postępowania to przesądza, że tylko jeden z tych dokumentów jest prawidłowy. Każdy z tych dokumentów podlega interpretacji i treść każdego z nich pomimo odmienności może zostać oceniona pozytywnie.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że rozstrzygając o zasadności poniesionego zarzutu należy dokonać analizy treści dokumentu wadialnego ocenianego przez Zamawiającego w postępowaniu. Dlatego też jedynie dodatkowym potwierdzeniem prawidłowości wniesionego wadium jest oświadczenie Poręczyciela złożone jako dowód przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym, że: *„wolą Funduszu było objęcie poręczeniem zapłaty wadium co do całości przetargu, w którym udział brał Klient, tj. zarówno w zakresie Zadania 1 jak i Zadania 2. Na powyższe wskazuje*

ujęcie w treści Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium numeru przetargu, tj. ZP.272.19.2024. Powyższe oznacza brak podstaw do uchylecia się Funduszu od zapłaty wadium w przypadku zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium dotyczącego przedmiotowego przetargu. Tym samym Fundusz oświadcza, że nie będzie kwestionował i uchylał się od zapłaty poręczonego wadium dla przetargu o numerze ZP.272.19.2024.”

W konsekwencji uznać należało, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp nie potwierdził się i jako taki podlegał oddaleniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: