Sygn. akt: KIO 1931/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez wykonawcę Ekobud Glinica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Glinicyw postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kuźnia Raciborska

Uczestnik po stronie Zamawiającego – wykonawca K.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.W. Firma Budowlano-Usługowa „WORWEX", zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Ekobud Glinica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Glinicy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Ekobud Glinica spółki z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Glinicy na rzecz Zamawiającego: Gminy Kuźnia Raciborska kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego w związku z wynagrodzeniem 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 1931/24

UZASADNIENIE

Gmina Kuźnia Raciborska, zwana dalej: „Zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", na realizację zadania pn.: *„Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w sołectwie Turze na ul. Raciborskiej.".* Postępowanie realizowane w ramach inwestycji, pn.: *„Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Kuźnia Raciborska na ul. Browarnej oraz w sołectwie Turze na ul Raciborskiej".* Zadanie współfinansowane jest ze środków Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych. Numer referencyjny postępowania: IB.271.7.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30.04.2024 r., numer: 2024/BZP 00306944/01. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 3 czerwca 2024 roku wykonawca: Ekobud Glinica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Glinicy (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego, polegających na wyborze w dniu 28 maja 2024 r., jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlano-Usługowa „WORWEX", podczas gdy Zamawiający winien:

1. odrzucić ofertę wskazanego podmiotu, jako ofertę z rażąco niską ceną, czym Zamawiający naruszył art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 oraz 2 Pzp;
2. odrzucić ofertę wskazanego podmiotu, jako ofertę nie spełniającą przewidywanego w pkt. VIII.2.3) SIWZ w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 Pzp warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy, bowiem przedłożona przez Wykonawcę polisa ubezpieczeniowa nr 920037144942 wystawiona przez TUiR Warta S.A. w Warszawie, nie stanowi odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 zł

(słownie złotych: pięćset tysięcy złotych, 00/100), czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
1. powtórzenia czynności wyboru ofert w Postępowaniu i odrzucenia oferty Wykonawcy jako niespełniającej przewidywanego w pkt. VIII.2.3) SIWZ w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 Pzp warunku udziału w postępowaniu wzakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy;
2. powtórzenia czynności wyboru ofert w Postępowaniu i odrzucenia oferty Wykonawcy jako oferty z rażąco niską ceną.

Ponadto Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym, a także o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił co następuje.

Zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz 2 Pzp z uwagi na to, że oferta Wykonawcy jest ofertą z rażąco niską ceną.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 15 maja 2024 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny oferty. W odpowiedzi Wykonawca – pismem z dnia 21 maja 2024 roku – wyjaśnił między innymi, że: „cena oferty została przez Wykonawcę sporządzona w sposób rzetelny zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia (tzw. SWZ), udostępnioną dokumentację przetargową i obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszystkie koszty towarzyszące jego wykonaniu" oraz, że „Zaoferowana cena, jest ceną rynkową, skalkulowaną w oparciu o otrzymane oferty, szczegółową kalkulację, która zawiera wszystkie składniki kosztowe (pośrednie jak i bezpośrednie), niezbędne do prawidłowego, terminowego, zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa i warunkami umowy wykonania całości przedmiotu zamówienia.". W oparciu o tak przedłożone wyjaśnienia Zamawiający uznał, że Wykonawca prawidłowo wytłumaczył brak zachodzenia przesłanki rażąco niskiej ceny w odniesieniu do oferty Wykonawcy, czego przejawem był brak odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego Wykonawca nie podołał obligowi przewidzianemu w art. 224 ust. 5 Pzp, bowiem nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przeciwnie, dokonując analizy przedłożonego przez Wykonawcę do oferty kosztorysu, który ponownie Wykonawca przedłożył jako załącznik do pisma z dnia 21 maja 2024 roku, Odwołujący stwierdził, że Wykonawca w ramach kosztorysu ujął ceny jednostkowe, które w sposób znaczący odbiegają od warunków rynkowych, a w stosunku do których Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż dysponuje ofertami (czy jakimikolwiek innymi środkami dowodowym) potencjalnych wykonawców, którzy są gotowi zrealizować prace przewidziane w ramach Postępowania według przyjętych przez Wykonawcę stawek.

Odwołujący przy tym wyjaśnił, iż dokonując porównania cen jednostkowych ujętych w kosztorysie Wykonawcy, posłużył się obowiązującym na rynku systemem baz cenowych „Ceny średnie RMS (Intercenbud) icbOnLine1 kw. 2024r" (odnośnie do przyjętej w tymże systemie metodologii i obiektywnego charakteru tego systemu vide: https://www.intercenbud.pl/footer/metodologia). Następnie Odwołujący wskazał na przykładowe rozbieżności przyjętych przez Wykonawcę cen jednostkowych (w ramach kosztorysu) a wspomnianym systemem:

Indeks	Nazwa	j.m.	Źródło ceny		Różnica	
			Ceny średnie RMS (Intercenbud) icbOnLine1 kw. 2024r https://www.intercenbud.pl/footer/metodologia	Ceny Wykonawcy	Różnica cen jednostkowych [zł]	Różnica procentowa [%]
			Cena jedn.	Cena jedn.		
39314	ciągnik siodłowy z naczepą 16t	m-g	135,63 zł	80,00 zł	55,63	58,98
11163	koparka 0.60 m3	m-g	133,30 zł	80,00 zł	53,3	60,02
11162	koparka gąsienicowa 0.40 m3	m-g	120,65 zł	80,00 zł	40,65	66,31
52314	rozkładarka mas bitumicznych o szer. 4.0 m	m-g	193,84 zł	90,00 zł	103,84	46,43
39511	samochód dostawczy 0.9 t	m-g	88,12 zł	48,00 zł	40,12	54,47

39811	samochód samowyładowczy 5 t	m-g	127,28 zł	48,00 zł	79,28	37,71
39500	samochód skrzyniowy	m-g	96,91 zł	48,00 zł	48,91	49,53
11333	spycharka gąsienicowa 55 kW (75 KM)	m-g	108,66 zł	80,00 zł	28,66	73,62
11334	spycharka gąsienicowa 74 kW (100 KM)	m-g	140,90 zł	130,00 zł	10,9	92,26
12160	walec statyczny samojezdny ogumiony	m-g	137,65 zł	90,00 zł	47,65	65,38
21813	wibromłot ZP-10D	m-g	48,16 zł	15,00 zł	33,16	31,15
21813	wibromłot ZW-10D	m-g	48,16 zł	15,00 zł	33,16	31,15

Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższe rozbieżności mają kluczowe znaczenie dla przyjęcia czy cena Wykonawcy ujęta w jego ofercie nie ma charakteru rażąco niskiej, bowiem w przypadku zestawienia wartości cen jednostkowych z ilościami zakładanymi przez Wykonawcę do wykonania zgodnie z ofertą, to cena ujęta w ofercie Wykonawcy byłaby wyższa o kwotę 158.096,13 zł.

Odwołujący zauważył również, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych. W tym zakresie powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:z dnia 4 czerwca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1187/13, z dnia 22 kwietnia 2013 roku, sygn. akt: KIO 810/13, z dnia 18 kwietnia 2013 roku, sygn. akt: KIO 772/13.

Odwołujący podkreślił, iż oferta Wykonawcy, pomimo jego wyjaśnień ujętych w piśmie z dnia 21 maja 2024 r., całkowicie abstrahuje od znacząco odbiegających od warunków rynkowych cen jednostkowych na wykonanie usług sprzętem technicznym. Okoliczność ta wpłynęła na radykalne obniżenie ceny oferty (o niemalże 10 %), co skutkowałoby całkowitym pozbawieniem Wykonawcy zysku z realizacji umowy zawartej w następstwie Postępowania, czy wręcz jego stratą. Ponadto, Odwołujący stwierdził, że mająca miejsce na rynku sytuacja niedoboru sprzętu specjalistycznego na potrzeby realizacji robót, w zestawieniu z tak znacząco niższymi stawkami realizacji usług na rzecz Wykonawcy, aniżeli możliwe do zaoferowania przez konkurencję, musi skutkować powstaniem istotnego ryzyka niemożności pozyskania przez Wykonawcę tychże usług, a w konsekwencji – niemożnością realizacji umowy zawartej w następstwie przeprowadzenia Postępowania. Odwołujący powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2017 roku, sygn. akt: KIO 545/17 oraz z dnia 11 stycznia 2017 roku, sygn. akt: KIO 2381/16, KIO 2382/16, a także na wyrok z dnia 31 maja 2016 roku, sygn. akt: KIO 820/16 i z dnia 20 kwietnia 2017 roku, sygn. akt: KIO 681/17.

Odwołujący podniósł, że obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. W ocenie Odwołującego Wykonawca nie zadośćuczynił temu obowiązkowi, dlatego też brak odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 oraz 2 Pzp stanowi dopuszczenie się przez Zamawiającego naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp w ramach czynności Zamawiającego w Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego powyższe stanowi o zasadności podnoszonego przez niego zarzutu w tym przedmiocie.

<u>Zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp wobec niespełnienia przez ofertę Wykonawcy przewidywanego w pkt VIII.2.3) SWZ w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 Pzp warunku udziału w postępowaniu.</u>

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. VIII.2.3) SWZ o udzielenie zamówienia w ramach Postępowania mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie ich sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiając jednoznacznie wskazał przy tym, że „…uzna że Wykonawca spełnia warunek, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada odpowiednie ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 zł (słownie złotych: pięćset tysięcy złotych, 00/100)".

Wykonawca, celem zadośćuczynienia powyższemu warunkowi udziału w Postępowaniu, przedłożył polisę nr 920037144942 wystawioną przez TUiR Warta S.A. w Warszawie, zgodnie z treścią której zakres ubezpieczenia Wykonawcy obejmuje: „Odpowiedzialność cywilna z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i posiadania mienia (odpowiedzialność deliktowa i kontraktowa) z wyłączeniem odpowiedzialności za szkody w związku z wprowadzeniem produktu do obrotu i powstałe po wykonaniu prac lub usługi".

Odwołujący dodał przy tym, że Zamawiający w pkt IV SWZ w sposób szczegółowy określił co wchodzi w zakres „Przedmiotu Zamówienia" wskazując, iż: „Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie udzieli Zamawiającemu gwarancji zgodnie z oświadczeniem stanowiącym załącznik do umowy (wzór umowy stanowi załącznik nr 6 do SWZ). Minimalny wymagany okres gwarancji na roboty objęte przedmiotem zamówienia wynosi 36 miesięcy licząc od daty wskazanej w protokole odbioru końcowego.". Odwołujący zauważył ponadto, że Zamawiający dodatkowo wskazał, iż: „Udzielając gwarancji wykonawca zapewnia bezpłatne czynności przeglądów gwarancyjnych w okresie udzielonej

gwarancji na cały przedmiot zamówienia, więc powinien te koszty uwzględnić w kalkulowaniu ceny ofertowej. Przeglądy będą odbywały się minimum raz w roku, chyba, że gwarancja producenta danego materiału lub urządzenia wymaga częstszych przeglądów gwarancyjnych."

Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiającego w sposób jednoznaczny uznał, iż w zakres Przedmiotu Zamówienia wchodzi również udzielenie przez Wykonawcę gwarancji jakości w stosunku do robót zrealizowanych na podstawie umowy zawartej po przeprowadzeniu Postępowania.

Następnie Odwołujący wywodził, iż skoro w zakres Przedmiotu Zamówienia wchodzi nie tylko wykonanie konkretnych prac budowlanych, lecz również gwarancja jakości, której istota sprowadza się do zgodności prac przez cały okres gwarancji jakości (nawet gdyby wada powstała po ich wydaniu Zamawiającemu), to uznać należy, iż Polisa Wykonawcy nr 920037144942 wystawiona przez TUiR Warta S.A. w Warszawie tego elementu Przedmiotu Zamówienia nie obejmuje, a zatem nie spełnia wymogu „posiada odpowiednie ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia…".

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy, a jego zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

W dniu 21 czerwca 2024 roku Zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołani wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego oraz o zasądzenie od Odwołującego na jego rzecz kosztó postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Także w dniu 21 czerwca 2024 roku Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył pisemne stanowisko w sprawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zgodnie z rozdziałem IV Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") -*Opis Przedmiotu Zamówienia* - przedmiotem zamówienia jest realizacja robót budowlanych w ramach zadania pn.: *„Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w sołectwie Turze na ul. Raciborskiej".* Zadanie realizowane jest w ramach inwestycji pn.: *„Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Kuźnia Raciborska na ul. Browarnej oraz w sołectwie Turze na ul. Raciborskiej".* Zadanie współfinansowane jest ze środków Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje: budowę sieci kanalizacji grawitacyjnej, przewierty ręczne pod przyłącza kanalizacyjne, budowę rurociągów, budowę studni rewizyjnych, budowę studni rozprężnych, a także wykonanie próby szczelności kanałów rurowych wraz z kamerowaniem.

Także w rozdziale IV SWZ Zamawiający określił:
„Wymagany okres gwarancji:
Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie udzieli Zamawiającemu gwarancji zgodnie z oświadczeniem stanowiącym załącznik do umowy (wzór umowy stanowi załącznik nr 6 do SWZ). Minimalny wymagany okres gwarancji na roboty objęte przedmiotem zamówienia wynosi 36 miesięcy licząc od daty wskazanej w protokole odbioru końcowego. Okres gwarancji stanowi kryterium oceny ofert. (…)
Udzielając gwarancji wykonawca zapewnia bezpłatne czynności przeglądów gwarancyjnych w okresie udzielonej gwarancji na cały przedmiot zamówienia więc powinien te koszty uwzględnić w kalkulowaniu ceny ofertowej. Przeglądy będą odbywały się minimum raz w roku, chyba, że gwarancja producenta danego materiału lub urządzenia wymaga częstszych przeglądów gwarancyjnych.".

W rozdziale VIII SWZ – Warunki udziału w Postępowaniu – w pkt 2.3) Zamawiający wskazał, że: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:
3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:
Zamawiający uzna że Wykonawca spełnia warunek, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada odpowiednie ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 zł (słownie złotych: pięćset tysięcy złotych, 00/100)".

Ponadto, Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 2.455.400,18 zł, powiększona o podatek od towarów i usług (VAT) - 3.020.142,22 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w postępowaniu i nie podlagających odrzuceniu wynosi: 2.222.695,53 zł. Wykonawca WORWEX złożył ofertę z ceną ofertową brutto – 1.884.000,00 zł. Druga w kolejności to oferta Odwołującego z ceną ofertową brutto – 1.894.694,87 zł.

Pismem z dnia 15 maja 2024 roku Zamawiający wezwał wykonawcę K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.W. Firma Budowlano-Usługowa „WORWEX" (dalej jako: „WORWEX"), do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 21 maja 2024 roku Wykonawca WORWEX złożył stosowne wyjaśnienia, załączając do nich szczegółowy kosztorys ofertowy, ofertę handlową na kruszywa i piasek, a także ofertę handlową w zakresie studni betonowych i rur. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca przedstawił jakie elementy miały wpływ na wyliczenie przez niego ceny ofertowej, m.in. wskazując, iż:

„Na wyliczenie ceny ofertowej Wykonawcy miało wpływ wiele elementów. Jeden z nich niewątpliwie stanowi fakt, że Firma WORWEX K.W. to Wykonawca, który w realizacji, a także kalkulacji robót kanalizacyjnych posiada bardzo duże doświadczenie. Zrealizowaliśmy wiele odcinków kanalizacji o podobnych parametrach, a co więcej podobne roboty realizujemy obecnie. Współpracujemy z wieloma dostawcami materiałów, z którymi mamy wynegocjowane atrakcyjne ceny oraz warunki współpracy. W ramach otrzymanych ofert oraz prowadzonych negocjacji udało nam się znacznie obniżyć koszty zakupów najbardziej istotnych do realizacji tej inwestycji materiałów. Przykładowo pozyskaliśmy ofertę na dostawę piasku w cenie 55 zł/m3, pospółki 71,00 zł/m3, pospółki do nawierzchni drogowych 100,00 zł/m3, tłuczeń kamienny, kruszywo w cenie 60,00 zł/t. Są to ceny z dostawą materiału na budowę i które zostały przyjęte w naszych wyliczeniach. Kolejno udało nam się wynegocjować atrakcyjne ceny na zakup rur, niezbędnych do wykonania kanalizacji. I tak otrzymaliśmy ofertę dedykowaną pod to zamówienie na dostawę rur PVC Fi 200 w cenie 111,72 zł za 3mb rury co daje kwotę 37,24 zł za 1mb, natomiast jeśli chodzi o rurę PVC Fi 160otrzymaliśmy ofertę w cenie 71,30 za 3mb, czyli za 1mb to cena 23,77 zł. Otrzymaliśmy także kompleksową ofertę na studnie rewizyjne, których wartość wraz z włazami jest równa 129039.31 zł netto. Pozyskaliśmy również ofertę na dostawę geowłókniny, w cenie 3,08 zł za 1m2. (…) Firma WORWEX K.W. przed przystąpieniem do wyceny przeprowadziła wizję w terenie. Dokładnie przeanalizowaliśmy każdy odcinek planowanej do wykonania kanalizacji, przeprowadziliśmy wiele rozmów z mieszkańcami, dzięki czemu udało nam się pozyskać dużo informacji, które nie są dostępne w opisie przedmiotu zamówienia oraz załączonej dokumentacji przetargowej. Dzięki tej wizji udało się ustalić, że istnieją odcinki kanalizacji gdzie można będzie zastosować inną technologię umocnienia ścian wykopów niż zakładał to Zamawiający. Zamiast umocnienia stalowymi wypraskami będzie można zastosować rozwiązanie równoważne, zabezpieczenie wykopu specjalistycznymi szalunkami, w posiadaniu których jest Wykonawca. Według szacunków Wykonawcy pozwoli to obniżyć koszt wykonania całej inwestycji nawet o 10% względem wyceny jaką przyjął Zamawiający, a także znacznie przyśpieszyć czas realizacji prac. Na podstawie dokonanej analizy, przyjęliśmy także inne rozwiązanie techniczne w zakresie wykonania, budowy studni. Zamawiający w swojej kalkulacji założył budowę studnia z kręgów betonowych wysokości 500mm. My natomiast założyliśmy budowę studni w oparciu o kręgi betonowe wysokości 1000mm, dedykowaną podstawę studni z kinetą betonową, kręgiem betonowym wysokości 750mm, oraz zwężką redukcyjną. To równoważne rozwiązanie techniczne, znacznie obniża koszty zakupu materiałów, zdecydowanie przyśpiesza czas realizacji, a co najważniejsze podnosi jakość budowanej kanalizacji. Oszczędności z tytułu zastosowania takiego rozwiązania według naszych wyliczeń mogą sięgać nawet 15%, tak więc zastosowanie tej technologii miało znaczący wpływ na to, iż nasza oferta jest niższa niż wycena zamówienia według Zamawiającego. (…) jesteśmy małą, rodzinną firmą, która nie posiada rozbudowanego personelu biurowego, a wszystkimi rozliczeniami oraz sprawami biurowymi zajmuję się osobiście. Dzięki takiej organizacji firmy jestem w stanie ograniczyć koszty związane z utrzymaniem biura i jego pracowników, co w ramach niniejszego zadania pozwoliło mi na znaczne oszczędności i umożliwiło obniżenie zaoferowanej ceny względem wyceny Zamawiającego. Według szacunków Wykonawcy oszczędności z tego tytułu względem wyliczeń Zamawiającego mogą sięgać około 2%. (…) W przypadku małych firm, dobrze zorganizowanych, z własnym sprzętem, z dużą wiedzą i doświadczeniem te koszty są dużo niższe niż zakładają średnie popularnych cenników (…) Odnosząc się do wskazań w zakresie kosztów pracy, pragnę poinformować, że kalkulacja ceny oferty jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny jest wyższa od minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie obowiązujących przepisów. Do kalkulacji kosztów bezpośrednich wykonania robót przyjęta została stawka robocizny na poziomie 29,00 zł netto/ r-g. w stawce tej uwzględniono koszty BHP, odzież ochronną, środki czystości, posiłki regeneracyjne, koszty ubezpieczeń oraz funduszy socjalnych. Jako dowód potwierdzający powyższe w załączeniu, przedstawiamy kosztorys szczegółowy z przyjętymi wskaźnikami, podstawami do wyceny oraz zestawieniem robocizny (…) Posiadamy swój własny sprzęt dzięki czemu jesteśmy w stanie obniżyć koszty pracy, a tym samym koszty związane z realizacją niniejszego zadania. Dzięki posiadanemu doświadczeniu i wykwalifikowanej kadrze jesteśmy w stanie realizować prace szybciej i taniej niż zakładają to rynkowe kalkulacje. Mamy dostęp do tańszych materiałów oraz atrakcyjnych ofert, a także współpracujemy z osobami, firmami wykwalifikowanymi w swojej branży, dzięki czemu byliśmy w stanie zaproponować cenę niższą niż wyliczył to Zamawiający (…).”.

Ponadto, pismem z dnia 23 maja 2024 roku Wykonawca WORWEX został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. do złożenia dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia oraz potwierdzeniem opłacenia składki.

W celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej Wykonawca WORWEX złożył dokument polisyubezpieczeniowej wystawiony przez TUiR Warta S.A. z siedzibą w Warszawie o numerze: 920037144942 na sumę gwarancyjną 1 100 000 zł. Zakresem ubezpieczenia objęta była: *„odpowiedzialność*

cywilna z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i posiadania mienia (odpowiedzialność deliktowa i kontraktowa) z wyłączeniem odpowiedzialności za szkody w związku z wprowadzeniem produktu do obrotu i powstałe po wykonaniu prac lub usługi".

Pismem z dnia 28 maja 2024 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Wykonawcę WORWEX.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Pismem z dnia 4 czerwca 2024 roku Zamawiający przekazał informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za pośrednictwem platformy zakupowej.

Pismem z dnia 7 czerwca 2024 roku wykonawca K.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.W. Firma Budowlano-Usługowa „WORWEX" (zwany dalej: „Uczestnikiem postępowania odwoławczego" lub „WORWEX") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia ww. Wykonawcy jest skuteczne, zgodne z dyspozycją art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

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

Izba postanowiła oddalić odwołanie z następujących względów.

<u>Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz 2 Pzp z uwagi na to, że oferta Wykonawcy jest ofertą z rażąco niską ceną:</u>

Zgodnie z art. 224 ust. 1 – 6 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.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:
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 (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.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że oferta Uczestnika postępowania odwoławczego – Wykonawcy WORWEX winna podlegać odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną. Zaniechanie odrzucenia tej oferty, zdaniem Odwołującego, doprowadziło do naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. 224 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny oferty winien wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obowiązek ten wynika bezpośrednio z przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Wykonawca WORWEX nie podołał ciężarowi wykazania spoczywającemu na nim w tym zakresie.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Uczestnika postępowania odwoławczego.

Zdaniem Izby, złożone przez Wykonawcę WORWEX wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia wskazują na obiektywne czynniki, które umożliwiły temu Wykonawcy zaoferowanie określonej ceny. Ponadto Wykonawca WORWEX wskazał też na szczegółowy sposób obliczenia ceny (załączając do wyjaśnień szczegółowy kosztorys ofertowy). Do wyjaśnień zostały również dołączone dowody, potwierdzające ceny za zaoferowane materiały.

Następnie zauważyć należy, że w zasadzie jedyną okolicznością podnoszoną przez Odwołującego jako uzasadnienie wniesionego zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp było to, że ceny jednostkowe zaoferowane przez Wykonawcę WORWEX za wykonanie usług sprzętem technicznym w sposób znaczący odbiegają od cen rynkowych w tym zakresie. Odwołujący w tym zakresie powołał się na ceny średnie RMS (Intercenbud) za 1 kwartał 2024 roku i wskazał na przykładowe rozbieżności tych cen w stosunku do cen jednostkowych przyjętych przez Wykonawcę WORWEX w ramach jego kosztorysu stwierdzając finalnie, że:*„przyjęte rozbieżności mają kluczowe znaczenie dla przyjęcia czy cena Wykonawcy ujęta w jego ofercie nie ma charakteru rażąco niskiej, bowiem w przypadku zestawienia wartości cen jednostkowych z ilościami zakładanymi przez Wykonawcę do wykonania zgodnie z ofertą, to cena ujęta w ofercie Wykonawcy byłaby wyższa o kwotę 158.096,13 zł.”.* Odwołujący przy tym podnosił, że Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż dysponuje ofertami (czy jakimikolwiek innymi środkami dowodowymi) potencjalnych wykonawców, którzy są gotowi zrealizować prace według przyjętych przez Wykonawcę stawek, a także, że na rynku ma miejsce sytuacja niedoboru sprzętu specjalistycznego, co w związku z tak znacząco niższymi stawkami realizacji usług, musi skutkować powstaniem istotnego ryzyka niemożności pozyskania przez Wykonawcę tychże usług – a w konsekwencji – niemożnością realizacji umowy.

Jednakże podkreślić należy w tym miejscu, że Odwołujący w swojej argumentacji nie wziął pod uwagę, że Uczestnik postępowania odwoławczego w złożonych wyjaśnieniach wskazywał na istotną w tym sporze okoliczność, a mianowicie, że posiada swój własny sprzęt. Zatem, nie będzie też musiał ponosić kosztów jego wynajmu czy leasingu, a to w znaczący sposób wpływa na obniżenie kosztów z tego tytułu. Tym samym, niezasadna jest też argumentacja, że Wykonawca WORWEX nie przedłożył dowodów w postaci ofert potencjalnych wykonawców, którzy są gotowi zrealizować prace według przyjętych stawek (czy innych dowodów), skoro Wykonawca ten wyjaśnił, że do realizacji zamówienia użyje własnego sprzętu.

Odwołujący w żaden sposób nie odnosił się w odwołaniu do kwestii posiadania przez Wykonawcę WORWEX sprzętu specjalistycznego potrzebnego do realizacji zamówienia, nie kwestionował tej okoliczności. Co więcej, Odwołujący w toku rozprawy przyznał nawet, że gdyby Wykonawca dysponował wymaganym sprzętem, to zaoferowane przez niego ceny jednostkowe w tym zakresie byłyby możliwe do osiągnięcia.

Skoro, Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów odwołania nie odnosił się w jakikolwiek sposób do kwestii posiadania sprzętu (pojazdów specjalistycznych) przez wykonawcę WORWEX i nie negował tego w ramach odwołania, to jako wykraczające poza zarzuty odwołania należało uznać okoliczności podnoszone przez niego w tym zakresie w toku rozprawy, a także złożony wniosek o zobowiązanie Uczestnika postępowania odwoławczego do przedłożenia dowodów dotyczących własności posiadanych pojazdów. Podobnie, za wykraczające poza zarzuty odwołania, należało uznać ponoszone przez Odwołującego okoliczności dotyczące konieczności posiadania certyfikatów uprawniających do kierowania specjalistycznymi pojazdami oraz okoliczności dotyczące braku odpowiedniej ilości osób do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz 2 Pzp nie potwierdził się.

<u>Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp wobec niespełnienia przez ofertę Wykonawcy przewidywanego w pkt VIII.2.3) SWZ w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 Pzp warunku udziału w postępowaniu</u>

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast stosownie do art. 112 ust. 1 ustawy Pzp: zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Z kolei z art. 112 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że: warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Jednocześnie przepis art. 115 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że: w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Zgodnie zaś z rozdziałem VIII pkt 2.3) SWZ: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:
3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:
Zamawiający uzna że Wykonawca spełnia warunek, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada odpowiednie ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 zł (słownie złotych: pięćset tysięcy złotych, 00/100)".

Wykonawca WORWEX w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu złożył polisę ubezpieczeniową wystawioną przez TUiR Warta S.A. z siedzibą w Warszawie o numerze: 920037144942 na sumę gwarancyjną 1 100 000 zł. Zgodnie z treścią tego dokumentu zakresem ubezpieczenia jest objęta: *„odpowiedzialność cywilna z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i posiadania mienia (odpowiedzialność deliktowa i kontraktowa) z wyłączeniem odpowiedzialności za szkody w związku z wprowadzeniem produktu do obrotu i powstałe po wykonaniu prac lub usługi".*

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp z uwagi na niespełnianie przez ofertę Wykonawcy WORWEX warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej podlega oddaleniu.

Wykonawca WORWEX przedłożył bowiem polisę ubezpieczeniową obejmującą odpowiedzialność cywilną z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej i posiadania mienia, związaną z przedmiotem zamówienia. Słusznie podnosili tutaj i Zamawiający, i Uczestnik postępowania odwoławczego, że celem złożenia polisy była weryfikacja wiarygodności ekonomicznej wykonawcy.

Brak objęcia zakresem polisy części przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie udzielenia gwarancji jakości w stosunku do robót zrealizowanych w ramach tego zamówienia, nie powoduje, że Wykonawca WORWEX nie spełnia warunku w zakresie posiadania odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Celu złożenia tej polisy, nie neguje nawet wyłączenie z zakresu odpowiedzialności szkód powstałych w związku z wprowadzeniem produktu do obrotu i powstałych po wykonaniu prac lub usługi. Słusznie bowiem zauważył Zamawiający, że: *„wymagane w ramach warunków udziału w postępowaniu posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia OC na odpowiednim minimalnym poziomie nie może być utożsamiane z wymaganiem posiadania ubezpieczenia na etapie realizacji zamówienia.".*

Reasumując stwierdzić należy, że złożony przez Wykonawcę WORWEX dokument polisy ubezpieczeniowej potwierdza posiadanie przez tegoż Wykonawcę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 zł, a zatem potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Z powyższych względów Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp wobec niespełnienia przez ofertę Wykonawcy przewidywanego w pkt VIII.2.3) SWZ w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 Pzp warunku udziału w postępowaniu jest bezzasadny.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 uiszczoną przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..