

**WYROK**

Warszawa, dnia 29 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT WODNYCH I EKOLOGICZNYCH "EKO-WOD" SPÓŁKA OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Świdnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jaworzyna Śląska przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego ZAKŁAD INŻYNIERII SANITARNEJ "WINSAN" L. Z.W. SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Ścinawce Średniej

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej
2. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jak nr 1) i 3) w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 4, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy ZAKŁAD INŻYNIERII SANITARNEJ "WINSAN" L.W. Z.W. SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Ścinawce Średniej, którego wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT WODNYCH I EKOLOGICZNYCH "EKO-WOD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Świdnicy w części 3/5 oraz zamawiającego Gminę Jaworzyna Śląska w części 2/5 i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT WODNYCH I EKOLOGICZNYCH "EKO-WOD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Świdnicy tytułem wpis odwołania, kwotę 423 zł 00 gr (słownie: czterysta dwadzieścia trzy złote zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem noclegu oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
  - 4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Jaworzyna Śląska na rzecz wykonawcy PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT WODNYCH I EKOLOGICZNYCH "EKO-WOD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Świdnicy kwotę 6 010 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dziesięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

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 1275/24**

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający – Gmina Jaworzyna Śląska prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Rozwój strefy przemysłowej poprzez uzbrojenie terenów na potrzeby funkcjonowania Jaworzyńskiej Strefy Aktywności Gospodarczej (JSAG)”, nr referencyjny: IGK.271.10.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 września 2023 r. pod numerem: 2023/S 170-533786.

W postępowaniu tym wykonawca PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT WODNYCH I EKOLOGICZNYCH "EKO-WOD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Świdnicy (*odwołujący*) w dniu 15 kwietnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy - ZAKŁAD INŻYNIERII SANITARNEJ WINSAN L. WALKIEWICZ WARWARKO SPÓŁKA JAWNA, dalej także jako „WINSAN” w zakresie części IV.

**Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

1) naruszenie art. 252 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy WINSAN, która to

oferta nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza,

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WINSAN, pomimo, iż Wykonawca złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie wielokrotnie poświadczył nieprawdę w odniesieniu do wykazu zrealizowanych prac, zarówno w odniesieniu do drugiego jak i trzeciego postawionego przez Zamawiającego warunku

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp związku z art. 224 ust.6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Winsan pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, co potwierdzają złożone wyjaśnienia, które wskazują, że cena oferty nie zawiera wszystkich kosztów niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia jako zarzut ewentualny wskazuje:

4)a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) b) ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do drugiego z postawionych warunków

4)b) naruszenie art. 128 ust. 4 i 128 ust. 5 poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy WINSAN oraz do Zamawiających wystawiających referencje i poświadczenia na rzecz WINSAN o wyjaśnienie wątpliwości w taki sposób, aby było jasne, czy wykonawca WINSAN spełnia w sposób jednoznaczny warunki udziału w postępowaniu, w szczególności w odniesieniu do trzeciego z postawionych warunków udziału w postępowaniu.

#### **Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oferty WINSAN,

2) odrzucenia złożonej przez WINSAN oferty

ewentualnie

3) wezwanie WINSAN do wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

4) zwrócenie się do Zamawiających na rzecz których były realizowane prace wskazane w wykazie robót budowlanych w celu jednoznacznego rozwiania wątpliwości w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

#### **W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał min.:**

W dniu 5.04.2024 roku Zamawiający w zakresie części IV dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej — WINSAN. W opinii Odwołującego wybór ten jest niepoprawny, a WINSAN nie spełnia warunków udziału w postępowaniu a złożona oferta winna zostać odrzucona.

Odwolujący wskazał, że w rozdziale VIII (Warunki udziału w postępowaniu) w ust.2 pkt 4) h) SWZ Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie części IV:

- jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej lub deszczowej o długości minimum 3 000 mb i wartości robót budowlanych na kwotę minimum 1 000 000 zł - dotyczy cz. nr 4 (dotyczy doświadczenia dla robót budowlanych w zakresie części 4);

- jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o długości minimum 1000 mb i wartości robót budowlanych na kwotę minimum 1 000 000 zł - dotyczy cz. nr 4 (dotyczy doświadczenia dla robót budowlanych w zakresie części 4);

- jedną robotę budowlaną polegającą na remoncie lub przebudowie stacji uzdatniania wody na kwotę min. 1 000 000 zł — dotyczy cz. nr 4 (dotyczy doświadczenia dla robót budowlanych w zakresie części 4);

Następnie, w wyniku odpowiedzi na pytania, w dniu 27.09.2023 roku Zamawiający zmodyfikował warunki udziału w postępowaniu kształtując je ostatecznie w następujący sposób:

- jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej lub deszczowej o długości minimum 3 000 mb i wartości robót budowlanych na kwotę minimum 1 000 000 zł - dotyczy części nr 4 (dotyczy doświadczenia dla robót budowlanych w zakresie części 4);

- jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o długości minimum 1000 mb i wartości robót budowlanych na kwotę minimum 500 000 zł - dotyczy cz. nr 4 (dotyczy doświadczenia dla robót budowlanych w zakresie części 4);

- jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, remoncie lub przebudowie stacji uzdatniania wody na kwotę min 1 000 000 zł dotyczy części nr 4 (dotyczy doświadczenia dla robót budowlanych w zakresie części 4).

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6.02.2024 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych załączył pismem z 14.02.2024 r. wykaz robót budowlanych jako podmiotowy środek dowodowy, a następnie pismem z dnia 16.02.2024 r. dokonał "korekty" wykazu robót budowlanych oraz "korekty" przedstawionych referencji, wskazując jednocześnie iż "dokumenty przestane w dniu 14.02.2024 prosimy uznać za nieaktualne".

I. Warunek dotyczący sieci kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej

Wykonawca WINSAN wskazał:

1) wykonanie roboty budowlanej na rzecz ZUK w Jaworzynie Śląskiej — „Budowa kanalizacji sanitarnej w

Pastuchowie.”

Z dokumentów udostępnionych Odwołującemu przez ZUK wynika, iż zrealizowane zostało jedynie 190,5 mb sieci ciśnieniowej o wartości 60.921,90 zł.

Referencja wystawiona przez ZUK wskazuje na realizację 1.386 mb sieci tłocznej, ale nie zawiera wartości tych prac.

W oświadczeniu Wykonawcy Winsan sam określił wartość tych robót budowlanych, wskazując, iż wykonał kanalizację tłoczną za kwotę brutto 754.218,78 zł.

Powyższe oznacza, iż WINSAN realizował jakoby 1 mb sieci kanalizacji tłocznej za kwotę 544,17 zł.

Z umowy przesłanej przez ZUK wynika, iż WINSAN realizował prace związane z budową kanalizacji ciśnieniowej za 319,80 zł brutto/1 mb (60.921,9/190,5 mb). Zakładając, że istnieją nie udostępnione Odwołującemu Aneksy do w/w umowy rozszerzające zakres wykonanych sieci ciśnieniowych, z żadnego dokumentu nie wynika wzrost ceny jednostkowej. Co więcej, w wykazie udostępnionym przez Wykonawcę, firmę Hypmar wskazano, iż WINSAN rzeczywiście zrealizował 1,386 mb sieci kanalizacji ciśnieniowej, ale za cenę 360.386 netto (443.274,78 brutto) a więc dokładnie za taką cenę jednostkową jak wynikająca z umowy przekazanej przez ZUK (319,80 zł/m).

Powyższe oznacza, iż Winsan wypełniając wykaz zrealizowanych prac poświadczył ewidentnie nieprawdę. Wskazał na zawyżoną wartość tych prac. Wszystko w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu którego w rzeczywistości nie spełnia.

2)Wykonanie na rzecz gminy Radków robót budowlanych na zadaniu pod nazwą „Budowa kanalizacji sanitarnej w Tłumaczowie.”

Z przedstawionych referencji z dnia 12.02.2024 roku wynika, że WINSAN w ramach kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej wykonał tylko 990, 59 m, bowiem w referencji wprost wskazano:

- rurociąg tłoczny DN 90 - 876, 74 m
- rurociąg tłoczny DN75 - 113, 85 m

Co daje łączną wartość 990,59 mb, a zatem także ewidentne niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci zrealizowania co najmniej 1.000 mb sieci kanalizacji ciśnieniowej.

3)Wykonanie na rzecz gminy Duszniki Zdrój robót budowlanych w ramach zadania „Kompleksoworozwiązanie problemów gospodarki ściekowej i wodociągowej w obrębie Zieleniec w Dusznikach Zdroju- etap I”,

Wykonawca WINSAN w wykazie wskazał, że wykonał kanalizację sanitarną ciśnieniową w ilości 1431 m oraz wskazał wartość robót kanalizacji sanitarnej tłocznej na kwotę 1.402.831,62 złote, jednakże na potwierdzenie prawidłowego wykonania tychże robót budowlanych w zasadzie nie przedstawił żadnego dokumentu. Jedyńm dokumentem, który przedstawił wykonawca jest protokół końcowego odbioru wykonanych robót budowlanych nr 5/2023 z dnia 15.11.2023 roku, jednakże z przedstawionego protokołu nie wynika, by należyte wykonanie prac potwierdził Zamawiający.

Protokół odbioru jest podpisany przez Prezesa Zarządu Konsorcjanta I oraz dwóch współwłaścicieli Konsorcjanta III, ale nie jest podpisany przez jakiegokolwiek przedstawiciela Zamawiającego.

Z protokołu wynika, że skład Komisji Odbiorowej (a zatem Komisji, która odbierała należyte wykonanie robót budowlanych) był następujący: Prezes Zarządu Konsorcjanta I oraz dwóch przedstawicieli Konsorcjanta III. Co dalej nie potwierdza prawidłowego wykonania robót, bo żaden z przedstawicieli Zamawiającego nie potwierdził należytego wykonania prac. Ten dokument potwierdza wykonanie prac przez Konsorcjantów i odbiór tych prac przez Konsorcjantów, co czyni go całkowicie bezużytecznym w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał bowiem w Rozdziale X ust. 5 pkt 5) swz, iż wymaga wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

Bezsprzecznie zatem trzeba stwierdzić, iż w odniesieniu do Inwestycji wykonanej na rzecz Gminy Duszniki Zdrój brak jest jakiegokolwiek poświadczenia wskazującego, że roboty zostały wykonane należyście. Nie ma bowiem żadnego dowodu sporządzonego przez podmiot na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane. Przedmiotowy dokument sporządził bowiem wykonawca "sam dla siebie" gdyż zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 30 pzp wykonawcą jest m.in. podmiot który złożył ofertę lub zawarł umowę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a więc w tym wypadku Konsorcjum firm którego uczestnikami były strony podpisane na "protokole odbioru".

Tym samym, żaden z przedłożonych dokumentów wymienionych w pkt 1-3 nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub

przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o długości minimum 1000 mb i wartości robót budowlanych na kwotę minimum 500 000 zł.

#### II. Warunek dotyczący stacji uzdatniania wody

Wykonawca WINSAN wskazał w wykazie robót budowlanych zadanie wykonane na rzecz Gminy Radków - pn. „Budowa sieci wodociągowej w Tłumaczowie” określając wartość zrealizowanych prac polegających na budowie stacji uzdatniania wody na kwotę 1.160.664,70 zł.

Twierdzenie to jest nieprawdziwe, albowiem jak wynika z treści referencji Gminy Radków z dnia 05.01.2024 prace związane z budową SUW realizowane były na podstawie dwóch odrębnych umów, jako Podwykonawca firmy K.I. w ramach postępowania pod nazwą „Budowa sieci wodociągowej w Tłumaczowie” oraz jako wykonawca w ramach zamówienia pod nazwą „Budowa sieci wodociągowej w Tłumaczowie stacja uzdatniania wody”.

Wg treści Referencji WINSAN jako podwykonawca Klaudii wykonał w ramach pierwszej umowy realizowanej w okresie od 25.09.2020 r. do 31.05.2022 r. m.in część prac związanych z budową SUW o nieustalonej wartości. Ponadto już jako wykonawca wyłoniony w trybie postępowania z wolnej ręki dokończył budowę SUW realizując w okresie od 17.11.2022 do 20.03.2023 r. prace polegające na "dokończeniu budowy stacji uzdatniania wody" za kwotę 964.000 zł brutto. Tym samym w ocenie Gminy Radków „Firma WINSAN na w/w zadaniach wykonała robotę budowlaną związaną z budową stacji uzdatniania wody na kwotę łączną brutto 1.025.500 zł”.

Jak wynika z treści przedłożonych referencji WINSAN wypełniając wykaz zrealizowanych prac co najmniej dwukrotnie minął się z prawdą. Nie tylko pominął okoliczność, iż prace związane z budową SUW realizowane były na podstawie dwóch różnych umów zawartych z dwoma różnymi podmiotami i w różnych okresach czasu, ale też wskazał na zawyżoną wartość tych prac. Wszystko w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu którego w rzeczywistości nie spełnia.

Odwołujący wskazał, że z referencji wystawionych przez Gminę Radków wynikają dwie kwestie, pierwsza potwierdza to, iż robota budowlana dotycząca SUW została wykonana w ramach dwóch odrębnych zadań, a wartość tych dwóch robót budowlanych wynosiła łącznie 1 025 500 złotych, a zatem nie mamy do czynienia z wykonaniem jednej roboty budowlanej na kwotę 1 000 000 złotych. Zamawiający powinien co najmniej dopytać Wykonawcę lub Gminę Radków, czy doszło do wykonania jednej roboty budowlanej na kwotę 1 000 000 złotych.

#### III. Zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

W związku z kilkukrotnym poświadczeniem nieprawdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w celu uzyskania zamówienia - wykonawca powinien zostać odrzucony, gdyż jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 roku w sprawie o sygn. akt: KIO 5/22.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie przewidział fakultatywnej podstawy wykluczenia w postaci nieprawdziwych informacji. Zdaniem Odwołującego nie można uznać, że jeśli Zamawiający nie zastrzegł podstaw wkluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia.

Oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który celowo oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Wykonawca chciał uzyskać zamówienie w sposób nieuczciwy przekazując nieprawdziwe informacje i w sposób nieuczciwy wyeliminować konkurencję. WINSAN wprowadził także w błąd Zamawiającego bowiem poprzez oświadczenie nieprawdy Zamawiający uznał, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że Zamawiający winien wezwać wykonawcę do ewentualnego uzupełnienia kwestionowanego przez Odwołującego doświadczenia. Jest to jednakże zarzut ewentualny, Odwołujący bowiem stoi na stanowisku, że wobec takiej skali poświadczenia nieprawdy uzupełnienie dokumentów nie powinno być możliwe.

Odwołujący w uzupełnieniu do powyższych twierdzeń oraz dla zobrazowania postępowania wykonawcy WINSAN w kontekście naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji opisał sposób pozyskania co najmniej dwóch w/w zamówień na których realizację powołuje się WINSAN dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym zakresie Odwołujący powiadomił UOKiK o podejrzeniu zmywu przetargowej.

#### IV. Zarzut rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał, że WINSAN w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego podniósł kilka okoliczności, które uzasadniać mają tak znaczące w stosunku do wycen konkurencyjnych zaniżenie wyceny. Pomimo iż wezwanie Zamawiającego zawierało zobowiązanie do przedstawienia dowodów na poparcie sposobu wyceny, WINSAN poprzestał w znaczącej mierze na ogólnych stwierdzeniach o "posiadanych doświadczeniach", "wypracowanych kontaktach",

"ponadprzeciętnych rabatach" nie przedstawiając na poparcie swych twierdzeń jakichkolwiek dowodów.

Odwołujący odniósł się do wybranych twierdzeń WINSAN, mianowicie:

Ad pyt 1),2) 3)

- "posiadanie doświadczonej i zaufanej kadry pracowniczej" - wykonawca winien wskazać okoliczności które stanowią o przewadze konkurencyjnej pozwalającej na zaoferowanie ceny znacząco odbiegającej od konkurencji. Okoliczność iż zatrudnieni pracownicy posiadają długi staż pracy w żadnej mierze nie stanowi przewagi konkurencyjnej, a w wielu przypadkach wręcz odwrotnie. Biorąc pod uwagę zaawansowany wiek pracowników w zestawieniu z charakterem wykonywanych prac (ciężka fizyczna praca) ograniczona z racji wieku wydolność organizmu stanowi raczej o ograniczeniu aniżeli przewadze konkurencyjnej;

- "dysponowanie sprzętem ciężkim stanowiącym w większości własność wykonawcy" - wykonawca nie przedkłada żadnych dowodów (w postaci np. kopii dokumentów OT, dowodów rejestracyjnych itp.). Zgodnie jednak nawet z przedłożonym zestawieniem sprzęt którego właścicielem jest WINSAN jest eksploatowany od wielu lat. Średni wiek wymienionych maszyn będących własnością WINSAN przekracza 18 lat. Co za tym idzie sprzęt z natury rzeczy wymaga zwiększonych nakładów związanych z jego eksploatacją i remontami jak również zużyciem paliwa i innych materiałów eksploatacyjnych. Okoliczność taka nie może stanowić przewagi konkurencyjnej;

- "dodatkowe rabaty na olej napędowy" - nie zostały przedłożone jakiegokolwiek dowody zakupu, umowy ramowe itp. na potwierdzenie tej okoliczności;

- "duże rabaty w zakresie materiałów budowlanych i kruszyw" - nie zostały przedstawione jakiegokolwiek oferty na dostawę materiałów budowlanych niezbędnych dla realizacji przedmiotowej inwestycji. Jest to o tyle istotne, iż biorąc pod uwagę charakter robót, cena materiałów i kruszyw stanowić powinna min. 40% wartości zamówienia. Ponadto w ramach realizacji zamówienia należy dostarczyć samochód asenizacyjny. Na możliwość dostawy w założonej przez WINSAN cenie również nie została przedłożona jakakolwiek oferta;

- „własność nieruchomości na której zlokalizowana jest siedziba firmy” - poza brakiem jakiegokolwiek dowodu na tę okoliczność, nawet zakładając taki stan rzeczy brak jest wykazania wpływu na możliwość zaoferowania realizacji przedmiotu za cenę znacznie odbiegającej od ofert konkurencyjnych;

- „argument dotyczący znajomości terenu ze względu na realizację poprzednich zamówień” - ponownie wskazać należy, iż argument ten nie wskazuje na żadną przewagę konkurencyjną. Gdyby tak było to wykonawca powinien to zamawiającemu udowodnić i przeliczyć, wskazać jak jego know-how w zakresie znajomości terenu i obiektów realnie przekłada się na możliwość obniżenia ceny ofertowej, pokazać określone wartości matematyczne, a zamiast tego są tylko gołosłowne twierdzenia.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1848/15. W ślad za przedstawionym wyrokiem Odwołujący podkreślił, że za gołosłownymi informacjami nie stoją żadne wyliczenia, które pozwalają na zaakceptowanie argumentacji o znajomości terenu.

- "możliwość zmiany przebiegu trasy i technologii wykonania prac" - możliwość zmiany technologii prac jak również zmiany przebiegu sieci dopuszczona została wprost w PFU, a tym samym nie stanowi o jakiegokolwiek przewadze konkurencyjnej.

Przedłożone zostało w/w punktów zestawienie stawek jednostkowych które również nie zostało poparte żadnymi dowodami. Aby określić prawidłowość podanych wycen WINSAN winien przedłożyć choć szacunkowe wyliczenie założonych kosztów. Dla przykładu:

"wykonanie kanału fi200/250 - 950 zł/mb"

Dla wykazania możliwości realizacji w założonej cenie, WINSAN winien chociażby rozbić proponowaną stawkę na dwa czynniki cenotwórcze - koszty materiału i koszty wykonania (robocizna + sprzęt). Brak jest jakiegokolwiek wyliczenia w tym zakresie a na powyższą okoliczność nie zostały też przedłożone żadne dowody.

Wykaz zawiera również wyceny pozycji których realizację WINSAN musi powierzać podmiotom trzecim bez jakiegokolwiek uzasadnienia dla przyjętych tam wartości. I tak:

- Prace projektowe - brak dowodu na wycenę;
- Wykonanie tłoczni ścieków - brak oferty na dostawę;
- Zakup samochodu specjalistycznego (WUKO) - brak oferty na dostawę;
- Wymiana zbiorników wody czystej - brak oferty na dostawę;
- Prace elektryczne i automatyka - brak oferty podwykonawcy;
- Wykonanie odtworzenia nawierzchni asfaltowej - brak oferty podwykonawcy.

Ad odpowiedzi na pyt 4) 6)

Dla potwierdzenia wypełnienia obowiązku zapewnienia wynagrodzenia na poziomie co najmniej płacy minimalnej zwrócić należy uwagę na Panią.R., wymienioną w punkcie 20 załącznika nr 1 do wyjaśnień. Zgodnie z przedłożonym załącznikiem nr 5 Pani ta w okresie objętym oświadczeniem nie zarabiała nawet minimalnego wynagrodzenia

określonego przepisami. Tym samym twierdzenia WINSAN udzielone w odpowiedzi na wezwanie nie polegają na prawdzie a przynajmniej wzbudzić powinny wątpliwości Zamawiającego.

Ad pyt 5

Brak pomocy publicznej nie stanowi o przewadze konkurencyjnej.

Ad. pyt 7)

Rejestracja podmiotu w BDO jest obowiązkiem ustawowym i nie świadczy o jakiegokolwiek przewadze konkurencyjnej. WINSAN nie wskazał w żadnej mierze jakie koszty przewidział na utylizację odpadów,choć biorąc pod uwagę charakter prowadzonych prac konieczność przewidzenia kosztów w tym zakresie jest niewątpliwe (Podsypka i obsypka rurociągów, wymiana gruntu w drogach asfaltowych). Dla potencjalnego obalenia obowiązku poniesienia kosztów w tym zakresie niezbędnym byłoby przedstawienie wyników badań geologicznych.

Ad pyt 8)

W odpowiedzi na pytania dotyczące udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia WINSAN poprzestał na stwierdzeniu, że wyłącznie prace projektowe powierzone zostaną firmie podwykonawczej RDK Projekt. Nie przedłożył żadnego dowodu na powołaną okoliczność ani też oferty na wykonanie prac projektowych. Zauważyć należy przy tym, iż ze względu na zakres i specyfikę prac, część robót wbrew twierdzeniom WINSAN powierzona zostanie podwykonawcom (roboty specjalistyczne związane z automatyką i sterowaniem, roboty asfaltowe). Okoliczność ta nie budzi wątpliwości, albowiem zgodnie z przedłożonymi zestawieniami WINSAN nie posiada ani sprzętu ani wykwalifikowanego personelu niezbędnego do realizacji tych prac. W tym zakresie również nie zostały przedłożone żadne oferty potwierdzające możliwość realizacji zamówienia w zaproponowanych stawkach.

Pozostałe uwagi:

- "*przedłożenie bilansów za lata 2021, 2022 i 3 kw roku 2023*" - posiadanie dodatknych wyników finansowych w poprzednich latach nie stanowi przewagi konkurencyjnej umożliwiającej zaoferowanie wycen znacznie odbiegających od ofert konkurencyjnych;

- "*oświadczenie o braku zerwania dotychczasowych kontraktów*" - brak jakiegokolwiek związku z badaniem pod kątem rażąco niskiej ceny;

- "*nieznaczny poziom różnicy w wycenie w stosunku do ofert konkurencyjnych*" - wbrew twierdzeniom WINSAN wycena oferty w sposób zasadniczy odbiega od wycen przyjętych przez pozostałych wykonawców. Szczególną uwagę zwrócić należy na wycenę prac związanych z modernizacją stacji uzdatniania wody, gdzie wycena WINSAN stanowi jedynie 56% średniej wyceny pozostałych wykonawców. Prawdopodobną przyczyną takiego stanu rzeczy jest okoliczność, iż WINSAN nigdy nie realizował zadania polegającego na remoncie czy też przebudowie SUW, a więc pracy na czynnym obiekcie. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia:

1. OPIS WYMAGAŃ ZAMAWIAJĄCEGO W STOSUNKU DO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (ppkt 1.2) PFU - SUW str. 48

Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia podczas realizacji przedmiotu umowy do prowadzenia prac budowlanych i montażowych w sposób zapewniający ciągłość dostawy wody.

Wykonawca zobowiązany jest na czas realizacji robót wykonać, utrzymać oraz zlikwidować niezbędne rurociągi oraz urządzenia tymczasowe dla utrzymania dostawy wody o parametrach nie gorszych niż przed realizacją prac.

Pkt 2.16.6,5. PFU - SUW str. 236

Wykonawca musi przewidzieć i uwzględnić przestoje prac budowlanych wynikające z konieczności zachowania ciągłości pracy Urzędzeń już pracujących.

Budowa stacji uzdatniania wody odnosi się do tworzenia nowego obiektu od podstaw, zazwyczaj na nowej działce lub terenie. Przebudowa natomiast polega na istotnych zmianach lub ulepszeniach istniejącego obiektu, zwykle w celu poprawy wydajności lub zgodności z aktualnymi standardami. W kontekście zapewnienia ciągłości pracy istniejącego obiektu, przebudowa stacji uzdatniania wody wymaga precyzyjnego planowania i wykonania, aby minimalizować zakłócenia w dostawie wody dla użytkowników, jednocześnie umożliwiając modernizację istniejących systemów. Obejmuje to wykorzystanie zaawansowanych strategii fazy przejściowej, aby utrzymać dostępność wody podczas prac remontowych. Dla prawidłowej wyceny tego rodzaju prac niezbędne jest doświadczenie Wykonawcy w realizacji remontów, którego nie da się nabyć w trakcie budowy nowego obiektu bądź też bazowanie na ofercie wyspecjalizowanej firmy. WINSAN nie posiada żadnego doświadczenia w realizacji tego rodzaju prac, a jak wynika z treści wyjaśnień szacowania kosztów w tym zakresie dokonał samodzielnie, nie opierając się o jakiegokolwiek oferty na dostawę urządzeń czy też wykonanie prac specjalistycznych.

W złożonej pismem z 23 kwietnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:**

*Ad 1) i Ad 2) naruszenie art. 252 ust. 1, naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*

#### Zarzut nr 1 - Budowa kanalizacji sanitarnej w Pastuchowie

Zamawiający wskazał, że zwrócił się do ZUK Jaworzyna Śląska o udzielenie szczegółowych informacji w tej sprawie i uzyskał stosowne informacje. Z otrzymanych informacji wynika, że zadanie to realizowała firma HYPMAR wybrana w trybie przetargowym. Po podpisaniu umowy firma HYPMAR zgłosiła podwykonawcę i była nim m.in. firma Winsan. Umowa z Winsanem obejmowała początkowo wykonanie 190,5 m kanalizacji sanitarnej tłocznej. Resztę prac miał wykonywać inny podwykonawca wskazany w ofercie - firma ANT POL. Ostatecznie firma ANT POL wykonała wyłącznie część kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej. Winsan wykonał natomiast 100% kanalizacji sanitarnej tłocznej co potwierdzają załączone zestawienia robót wykonanych na dany dzień, potrzebne do rozliczenia głównego Wykonawcy z Zamawiającym.

Z zestawień wynika, że długość sieci tłocznej jest równa 1 386,1 mb. W piśmie firmy HYPMAR załączonym do odwołania kwota podana za budowę sieci tłocznej dotyczy jedynie kanału o długości 1 386,1 mb. Natomiast w oświadczeniu WINSAN (kopia w odwołaniu) podał kwotę wyższą, ponieważ w kwocie tej Winsan ujął również elementy niezbędne dla sieci tłocznej jak studzienki i tłocznię ścieków. Dlatego jest rozbieżność wartości wykonanych robót. Potwierdzeniem kwoty za jaką Winsan faktycznie wykonał sieć jest zestawienie wykonanych robót.

#### Zarzut nr 2 - Budowa kanalizacji sanitarnej w Tłumaczowie

Z treści referencji wynika zupełnie inna długość sieci. Winsan wykonał Rurociąg tłoczny DN 90 – 876,74 Rurociąg tłoczny DN 75 – 113,85 oraz przecisk w rurze stalowej fi 194- 163,55 metra. Daje to zatem długość sieci 1154,14 mb.

#### Zarzut nr 3 - Budowa sieci wodociągowej w Tłumaczowie – stacja uzdatniania wody

Zamawiający wskazał, że uzyskał informacje od Gminy Radków, z których wynikało, że Winsan wykonał przedmiotowe zamówienie a zatem spełnia warunki udziału w postępowaniu. Winsan kiedy był jeszcze związany umową z firmą I.M. to firma ta zawarła aneks z Gminą Radków, z którego wynikało, że Winsan będzie realizował cały zakres prac.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w treści SWZ Zamawiający nie zawarł postanowienia, w którym zostałaby wykluczona możliwość powołania się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych na podstawie więcej niż jednej umowy, których dopiero łączna wartość odpowiadałaby treści postawionego warunku udziału w postępowaniu. Takie ograniczenie nie wynikało również z samej treści opisu warunku, który odwoływał się jedynie do pojęcia robót budowlanych. Nie można go również wywieść z definicji pojęcia „roboty budowlane” zawartej w art. 2 pkt 8 ustawy PZP czy art. 3 pkt 7 ustawy z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. Zamawiający przytoczył również treść art. 647 k.c., art. 3 pkt 13 Prawo budowlane jak również tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

Reasumując, Zamawiający wskazał, że w świetle wyroków KIO wskazana robota budowlana dla Gminy Radków modernizacja SUW potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający podkreślił, że nie ma znaczenia, iż była ona realizowana w ramach dwóch umów. Warunek jakim miał się wykazać Wykonawca dotyczył jednej roboty budowlanej, którą Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN wykonał. Potwierdza to w swoim piśmie skierowanym do Zamawiającego Gmina Radków.

Nadto, Zamawiający wskazał, że pierwsza umowa na to zadanie między Iwoną Markisz a Gminą Radków została rozwiązana, a więc nie doszło do odbioru końcowego robót. Co nie zmienia faktu, że do czasu jej rozwiązania Winsan wykonał prace za 50 000 zł czego potwierdzeniem jest protokół odbioru częściowego.

Winsan na wykonaną robotę udzielił gwarancji, wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy co również świadczy, że to on był de facto wykonawcą robót. W kontekście doświadczenia nie ma to znaczenia, że realizował powyższą robotę na podstawie dwóch umów. Zamawiający nie określił warunku jedna robota - jedna umowa. Z punktu widzenia doświadczenia jakim ma się wykazać Wykonawca istotne jest, czy robotę skończył zgodnie ze sztuką i czy została ona odebrana. W tym przypadku Winsan wykonał przedmiotową robotę i bez znaczenia pozostaje fakt, że realizował ją w oparciu o dwie odrębne umowy. Co należy podkreślić, umowa z I.M. została rozwiązana, a więc robota nie została przez nią skończona nie nastąpił nawet odbiór częściowy.

Ad 3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp związku z art. 224 ust.6 ustawy Pzp

Zamawiający przytoczył liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w których odnoszono się do pojęcia rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący próbuje niejako „na siłę” wmówić, że oferta WINSAN powinna zostać odrzucona ponieważ zawiera rażąco niską cenę. Bez względu na użyte argumenty Odwołujący nie dokonał podstawowej czynności, nie wykazał, że cena jest rażąco niska! Szeroko prezentowane jest w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ciężar dowodu ustalony zgodnie z art. 537 ustawy PZP nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Na potwierdzenie powyższego, Zamawiający ponownie przytoczył liczne

orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający wskazał, że dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez WINSAN wziął pod uwagę jeszcze jedną kwestię, mianowicie wartość szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT wynosi ona 12 301 787,04 zł netto + 23% VAT tj. 15 131 198 zł brutto. Cena oferty WINSAN wynosi 15 335 640,00 zł, a więc jest wyższa o 204 442 zł brutto. Trudno więc uznać, że nosi znamiona rażąco niskiej ceny.

Reasumując, Zamawiający wskazał, że Wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie musi przedstawiać dowodów na każdą wartość podaną w wyjaśnieniach. Oceny skuteczności wyjaśnień dokonuje Zamawiający, a nie inny Wykonawca biorący udział w postępowaniu. Jeżeli jakiś Wykonawca uważa, że inny Wykonawca nie wyjaśnił, iż cena nie jest rażąco niska musi to w odwołaniu udowodnić a nie ograniczać się tylko do suchych stwierdzeń, że fakty i dowody są niewystarczające.

W ocenie Zamawiającego nie doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, Winsan nie przedstawił nieprawdziwych informacji wobec powyższego nie ma podstaw, aby uznać, że Winsan dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo jak zauważa sam Odwołujący Zamawiający nie przewidział przesłanki fakultatywnej z art. 109 ust 1 pkt 8 lub 109 ust 1 pkt 10. Tym samym, gdyby nawet doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego to nie ma podstaw do jego wykluczenia w świetle 109 ust 1 pkt 8 lub 10.

*Ad 4) a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) b) ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp; b) naruszenie art. 128 ust. 4 i 128 ust. 5 Pzp*

Zamawiający uznał, że Winsan spełnia warunki udziału w postępowaniu a zatem nie wzywał go do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych. Dodatkowo Zamawiający wykazał się należyłą starannością i wystąpił na etapie badania i oceny ofert o informacje zarówno do ZUK Jaworzyna Śląska jak i od Gminy Radków.

Wykonawca ZAKŁAD INŻYNIERII SANITARNEJ "WINSAN" L.W. Z.W. SPÓŁKAWNA z siedzibą w Ścinawce Średniej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 25 marca 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odwołując pismem z dnia 25 kwietnia 2024 r. odniósł się do twierdzeń wyrażonych przez Zamawiającego oraz wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

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

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ZAKŁAD INŻYNIERII SANITARNEJ "WINSAN" L.W. Z.W. SPÓŁKAWNA z siedzibą w Ścinawce Średniej (dalej: „Uczestnik postępowania”, „WINSAN”). Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody złożone przez Odwołującego, Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania za wyjątkiem umowy o pracę p. R. przedłożonej wraz z pismem procesowym przez Uczestnika postępowania. Wskazany dowód związany jest ze złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany jest składać dowody potwierdzające złożone wyjaśnienia najpóźniej w terminie wskazanym przez zamawiającego. W związku z powyższym Izba uznała dowód za niedopuszczalny na tym etapie.

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny:***

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozwój strefy przemysłowej poprzez uzbrojenie terenów na potrzeby funkcjonowania Jaworzyńskiej Strefy Aktywności Gospodarczej. Zamówienia zostało podzielone na pięć części. Odwołania dotyczy części 4 – modernizacji stacji SUW w Jaworzynie Śląskiej oraz budowy sieci kanalizacji sanitarnej z rozbudową sieci wodociągowej w miejscowości Nowice.

Zamawiający w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. h) SWZ określił warunki udziału w postępowaniu. W wyniku odpowiedzi na pytania Zamawiający zmodyfikował warunki udziału w postępowaniu. Treść warunków udziału w zakresie części nr 4 został przytoczony w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym i odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.



Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 18 grudnia 2023 r. w postępowaniu w zakresie części 4 zostały złożone cztery oferty:

Szacowana wartość zamówienia wynosi 12 301 787,04 zł netto, 15 131 198 zł brutto.

*I.Zarzut dotyczący niespełniania warunków udziału oraz zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień*

Poza sporem było to, że Zamawiający wezwał Uczestnika postępowania m.in. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń. Nadto, zwrócił się do ZUK Jaworzyna Śląska oraz Gminy Radków o udzielenie szczegółowych informacji w sprawie zrealizowanej roboty budowlanej. Przywołane w tym zakresie okoliczności zarówno w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie jak i w piśmie procesowym nie były sporne, odpowiadają rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

*II.Zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji*

Poza sporem było również to, że Uczestnik postępowania w dokumencie JEDZ w części IV: Kryteria kwalifikacji w sekcji C: ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA I ZAWODOWA wskazał następujące informacje:

*[Roboty budowlano/montażowe]*

*Spełnienie warunku wykonanie 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej o długości minimum 3 000 mb i wartości robót budowlanych na kwotę minimum 1 000 000 zł:*

*1) „Budowa kanalizacji sanitarnej w północnej części Jaworzyny Śląskiej”*

*Zamawiający: ZUK Jaworzyna Śląska 58-140, ul. Świdnicka 9*

*Zakres robót:*

*- kanalizacja sanitarna grawitacyjna fi 160-250 – 3 468,60 m*

*Wartość robót: 3 638 958,21 zł/brutto*

*Wartość robót kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej 967 226,08 zł/brutto*

*Termin wykonania: 18.01.2022-24.08.2022*

*Spełnienie warunku wykonanie 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o długości minimum 1000 mb i wartości robót budowlanych na kwotę minimum 500 000 zł:*

*1) „Budowa kanalizacji sanitarnej w Pastuchowie”*

*Zamawiający: ZUK Jaworzyna Śląska 58-140, ul. Świdnicka 9*

*Zakres robót:*

*- wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej – 1386,1 m*

*Wartość robót: 7 095 860,06 zł/brutto*

*Wartość robót kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej: 768 978,78 zł/brutto*

*Termin wykonania: 09.12.2020-31.08.2021*

*Spełnienie warunku wykonanie 1 roboty budowlanej polegającej na remoncie lub przebudowie stacji uzdatniania wody na kwotę min 1 000 000 zł:*

*1) „Budowa sieci wodociągowej w Tłumaczowie – stacja uzdatniania wody”*

*Zamawiający: Gmina Radków Rynek 1, 57-420 Radków*

*Zakres robót:*

*- wykonanie kompletnej stacji uzdatniania wody wraz z ujęciem (studnia głębinowa)*

*Wartość robót stacji uzdatniania wody: 1 160 664,70 zł/brutto*

*Termin wykonania: 17.11.2022-20.03.2023]*

Poza sporem była również treść „korekty” wykazu robót, na który powołuje się Odwołujący w treści odwołania, wobec czego za zbędne należy uznać jej powtarzanie.

Pismem z dnia 4 stycznia 2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał wykonawcę WINSAN do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, o treści jak niżej.

Wykonawca WINSAN pismem z dnia 9 stycznia 2024 r. złożył wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w których wskazał m.in.: (...) *cena za jaką zaoferował wykonawca za wykonanie niniejszego kontraktu nie jest ceną rażąco niską.*

*Podana przez nas w ofercie cena uwzględnia wszelkie wymagania przedstawione w Programach Funkcjonalno-Użytkowych oraz uwzględnia dodatkowo zapisy zawarte w umowie tj. głównie w odniesieniu do zakupu samochodu specjalistycznego do czyszczenia kanalizacji nieujętego w PFU i obejmuje wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Podana cena zawiera wynagrodzenie za kompletne wykonanie zadania. Wykonawca po głębokiej, wielomiesięcznej analizie oraz przeprowadzeniu licznych wizji lokalnych w terenie przewidział wszystkie okoliczności, które miały wpływ na cenę zamówienia i uwzględnił to w swojej ofercie.*

Nadto wykonawca WINSAN wskazał, *żę jest firmą, która z powodzeniem od 1990 realizuje zadania z zakresu budowy sieci wod-kan i budowy dróg, stąd jest podmiotem rzetelnym, mającym odpowiednie doświadczenie niezbędne do*

wykonania przedmiotowego zamówienia.

Udzielając odpowiedzi na pytania Zamawiającego Uczestnik postępowania wyjaśnił, co następuje:

Ad 1) Ad 2) Ad 3)

Wykonawca poza wieloletnim doświadczeniem w prowadzeniu robót budowlanych pokrewnych z zakresem niniejszego zadania dysponuje także wieloletnią, stabilną, wysoce wyspecjalizowaną kadrą. (...) Dzięki posiadaniu doświadczonej i zaufanej kadry pracowniczej, potrafimy realizować sprawnie i efektywnie najbardziej skomplikowane roboty drogowe, ziemne oraz inżynieryjne.

Posiadamy także liczną flotę budowlaną będącą własnością firmy – w załączniku nr 2 zestawiono sprzęt ciężki, którym dysponujemy. Jedynie dwa spośród dwudziestu trzech sprzętów z zestawienia są leasingowane. Pozostały sprzęt został zakupiony ze środków własnych Wykonawcy, w szczególności z wypracowanego zysku, co potwierdza, że działalność wykonywana przez Wykonawcę jest rentowna i zyskowna, a roboty wyceniane prawidłowo. Gdyby bowiem realizowane zamówienia były przez Wykonawcę wyceniane w sposób nierzetelny i nienależyty (poniżej kosztów), Wykonawca nie byłby w stanie wypracować zysku i nabyć na własność wymienionych sprzętów.

Dodatkowo wskazał, że nie ponosi dodatkowych kosztów związanych z utrzymaniem naszej bazy (siedziba, garaże, warsztaty i magazyny), gdyż zlokalizowana ona jest na nieruchomości będącej naszą własnością.

Wykonawca w wyjaśnieniach powołał się na swoje bardzo duże doświadczenie w realizacji robót budowlanych, możliwości wynegocjowania ponadprzeciętnych rabatów i upustów wśród współpracujących z nami od lat dostawców i producentów budowlanych. Wskazał również, że może uzyskać dodatkowe rabaty na zakup oleju napędowego, dostarczanego bezpośrednio do zbiorników zlokalizowanych na terenie naszej firmy, zużywanego w dużej ilości (ok. 10000 litrów/miesiąc).

Wykonawca WINSAN wskazał dwa zamówienia, które zrealizował na terenie Zamawiającego tj. Miasta i Gminy Jaworzyna.

Wykonawca WINSAN zwrócił uwagę, że zadanie realizowane będzie w trybie zaprojektuj-wybuduj, przez co daje możliwość m. in. na zmianę przebiegu i zagłębień trasy przedstawionej w PFU, zmiany technologii wykonania (np.: na bezwykopową przy ułożeniu kanalizacji tłocznej i sieci wodociągowej) bez wpływu na jakość, trwałość i funkcjonalność całości zadania. Takie założenia Wykonawcy pozwalają na zredukowanie kosztów względem założeń trasy PFU.

W treści wyjaśnień WINSAN przedstawił stawki jednostkowe poszczególnych pozycji ceny. Wskazał, że biorąc pod uwagę doświadczenie w prowadzeniu wycen i realizacji zamówień publicznych powyższe wartości są cenami nieodbiegającym względem cen rynkowych, żadna z przedstawionych cen robót opisanych w PFU nie jest w naszej opinii ceną zbyt niską. Każda z wymienionych cen jednostkowych zawiera w sobie wszelkie koszty robocizny, koszty materiałów, koszty pracy sprzętu, koszty stałe, a także prognozowany zysk wykonawcy.

Ad 4) Ad 6)

WINSAN oświadczył, że realizuje w pełni wszystkie wymagania odnoszące się do przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz wszelkich innych przepisów odrębnych z prawa pracy i zabezpieczenia społecznego związanych ze sprawą. (...) W niniejszej wycenie Wykonawca ujął realne koszty pracownicze, które poniesie Zakład w trakcie trwania zadania.

Ad 5) WINSAN oświadczył, że nie korzysta z żadnej pomocy publicznej.

Ad 7) WINSAN oświadczył, że prowadzi prace budowlane zgodnie z przepisami wynikającymi z zakresu ochrony środowiska spełniając wszelkie normy odnoszące się do wyrobów materiałów produktów i usług w kwestii oddziaływania na środowisko i klimat. Nigdy nie był karany w związku z działaniem przeciw środowisku. Podmiot rzeczowo postępuje w zakresie gospodarki odpadami, a od 30 marca 2020 roku jest zarejestrowany w BDO pod numerem rejestrowym 000349812). Nadto wskazał, że każdorazowo, również w tym przypadku, w cenie przetargowej ujmuje wartości za utylizację poszczególnych odpadów mogących wystąpić w trakcie realizacji danego zadania.

Ad 8) WINSAN wskazał, że dysponuje sprzętem i doświadczeniem pozwalającym na wykonanie wszystkich robót budowlanych związanych z realizacją niniejszego zadania samodzielnie. Prace projektowe zgodnie z załącznikiem ofertowym zostały zlecone firmie podwykonawczej: RDK Projekt Sp. z o.o.. Wykonawca nigdy nie został skazany za nieprawidłowości związane z postępowaniem względem firm podwykonawczych.

Ponadto, WINSAN oświadczył, że od 1990 roku nie zerwał żadnego kontraktu, a także nie otrzymał żadnej negatywnej referencji związanej z ich realizacją, a także, że nie był w jakikolwiek sposób karany w kwestiach związanych z realizacją zamówień publicznych.

Końcowo, zwrócił uwagę, że cena odbiega co prawda od średniej arytmetycznej o 32,06%, przy czym należy wskazać, iż różnica ta wynika wyłącznie z obecności rażąco wysokiej ceny zaproponowanej przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe COM-D Sp. z o.o. na poziomie 31.105.012,97 zł - wyraźnie odbiegającej zarówno od ceny wykonawcy (15.335.640,00 zł), jak i od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację (15.131.198,06 zł), co powoduje, iż średnia arytmetyczna nie jest wskaźnikiem miarodajnym w niniejszym postępowaniu. Podkreślił, że cena

oferty jest bardzo zbliżona do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację przedmiotowego zadania, co może oznaczać, że realizacja zadania została przez Wykonawcę poprawnie oszacowana. Co więcej, oferta ta jest minimalnie wyższa od kwoty na sfinansowanie zamówienia.

Wraz z wyjaśnieniami Uczestnik postępowania przedłożył następujące dowody: zestawienie długości zatrudnienia pracowników Zakładu; zestawienie ciężkiego sprzętu budowlanego Zakładu; referencje ZUK w Jaworzynie Śląskiej Sp. z o. o.; referencje Gminy Radków z dnia 07.12.2022 r.; zestawienie poborów pracowników z ostatnich 3 miesięcy; potwierdzenie aktywacji podmiotu w BDO z dnia 30 marca 2020 r.; bilans z roku 2021, 2022 i 3 kw. 2023 roku.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez WINSAN.

Osią sporu pomiędzy Stronami było to, czy Uczestnik postępowania złożonymi wyjaśnieniami obalił domniemanie posiadania przez zaferowaną cenę przymiotów rażąco niskiej ceny, czy spełnia warunki udziału oraz czy oświadczył nieprawdę w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego oraz dowodom przedłożonym przez Strony przy pismach oraz na posiedzeniu niejawnym gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność i moc dowodową.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej wobec jego cofnięcia przez Odwołującego. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby* (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, a mianowicie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1) i nr 3) w petitum odwołania.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 ustawy Pzp *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zarzut nr 1) naruszenie art. 252 ust. 1 ustawy Pzp oraz zarzut nr 3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp*

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania.

Warto zwrócić uwagę, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych norm prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, które znajdują swoje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji wydanego orzeczenia.

Co równie istotne z treści ww. przepisów nie wynika nakaz formułowania zarzutu wyłącznie w *petitum* odwołania. Uczestnik postępowania wielokrotnie podkreślał treść zarzutu wskazany w *petitum* odwołania, nie biorąc pod uwagę dalszej części odwołania, w której to Odwołujący wskazywał, że wyjaśnienia nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazywał konkretne twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach, które są gołosłowne i nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp stanowi, że *W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 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 przesłanki odrzucenia oferty 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zwrócenie się zamawiającego o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Co istotne, nawet skierowanie do wykonawców wezwanie o standardowej treści, bez skonkretyzowania swoich wątpliwości odnośnie ceny ofertowej nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które w zakresie przedstawionych przez niego informacji są konkretne, spójne i wyczerpujące. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający (a na etapie postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza) był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować niższą cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami.

Zamawiający bada nie tylko cenę podaną w ofercie, ale również założenia wykonawcy przyjęte do kalkulacji tej ceny między innymi przez pryzmat złożonych przez wykonawcę dowodów. Składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawca ponosi negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń.

Warto również zwrócić uwagę, że art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie obejmuje możliwości odstąpienia od czynności odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy co prawda wyjaśnienia są ogólne i nie zostały poparte dowodami, ale podejrzenia dotyczące rażąco niskiej ceny nie były uzasadnione. Z tego też względu przytoczenie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (na trzech stronach) nie mogło skutkować oddaleniem odwołania w tym zakresie. Zamawiający zamiast kopiować tezy wyroków winien był odnieść się do wyjaśnień złożonych przez Uczestnika postępowania i przynajmniej spróbować wyjaśnić na czym oparł się, twierdząc, że Uczestnik obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia uzasadniają podaną w ofercie cenę.

Twierdzenia Uczestnika postępowania, że *Odwołujący wbrew stawianym zarzutom nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby, że cena przystępującego jest rażąco niska* również nie zasługują na aprobatę. Izba ponownie wskazuje, wezwanie do udzielenia wyjaśnień kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny. Jeżeli wykonawca twierdzi, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, musi swoje twierdzenie udowodnić. Zatem to nie Odwołujący miał wykazać, że cena Uczestnika jest rażąco niska, to Uczestnik miał udowodnić, że jego cena nie jest rażąco niska.

Biorąc powyższe pod rozwagę, wbrew twierdzeniom Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania Odwołujący nie musiał udowodnić, że cena zaoferowana przez Uczestnika jest rażąco niska, zwłaszcza, jak to ujął Zamawiający, „w sytuacji, gdy Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty”. Irrelevantne znaczenie dla przedmiotowej sprawy jest to, że cena oferty Uczestnika postępowania jest wyższa o 204 442 zł brutto od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Niejako na marginesie, zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp *zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia* (podkreślenie własne). Skoro jednak Zamawiający, choć nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty, postanowił wezwać Uczestnika do udzielenia wyjaśnień obowiązany był je rzetelnie zweryfikować.

Uczestnik postępowania w piśmie procesowym przytacza tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1612/21 oraz KIO 2499/18, w których to Izba wskazała, że *zamawiający zwolniony jest z wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeśli rozbieżność między tą ceną a wartością zamówienia powiększoną VAT lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia*. Skład orzekający w pełni aprobuje powyższe stanowisko. Wynika to wprost z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp – co zresztą wyżej wskazano. Niezrozumiałe są jednak twierdzenia Uczestnika, że z *analogicznymi sytuacjami mamy do czynienia w niniejszej sprawie*. Wskazana w piśmie procesowym argumentacja miałaby znaczenie w sytuacji odstąpienia od wezwania do złożenia wyjaśnień ewentualnie zaskarżenia przez Uczestnika czynności wezwania do złożenia wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie Zamawiający wezwał Uczestnika do udzielenia wyjaśnień, a czynność ta nie została zaskarżona. Co za tym idzie Uczestnik obowiązany był złożyć szczegółowe wyjaśnienia i poprzeć je odpowiednimi dowodami. Zatem dalsza polemika w tym zakresie jest bezprzedmiotowa.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Uczestnika postępowania nie były szczegółowe, kompletne ani też rzetelne. Załączone do wyjaśnień dokumenty nie wnoszą niczego do sprawy. Powyższą ocenę potwierdził niejako sam Uczestnik postępowania, który co prawda udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, ale nie potrafił odpowiedzieć na żadne z

pytań zadanych przez Przewodniczącą. Trudno zatem zrozumieć w oparciu o co Zamawiający stwierdził, że Uczestnik postępowania obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, bo na pewno nie w oparciu o złożone wyjaśnienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy Uczestnik postępowania sam nie wiedział nic na temat własnej kalkulacji - nie wiedział jakie przyjął koszty stałe (nie wiedział jakie to są koszty), w jakiej wysokości. Największe zdziwienie wzbudza fakt, że Uczestnik nie wiedział nawet jaki uzyska zysk realizując zamówienie.

Uczestnik postępowania powinien mieć chociażby elementarną wiedzę na temat własnej kalkulacji ceny. Nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia Uczestnika nie obaliły domniemanie rażąco niskiej ceny, ani nie uzasadniły zaoferowanej ceny.

Przechodząc do oceny wyjaśnień Uczestnika postępowania Izba wskazuje, co następuje:

- *"posiadanie doświadczonej i zaufanej kadry pracowniczej"* – Izba nie neguje, że posiadanie doświadczonej i zaufanej kadry umożliwia sprawne i szybkie wykonanie umowy, ale Uczestnik nie wyjaśnia jaki to ma wpływ na cenę, jakie dzięki temu może poczynić oszczędności.

- *"dysponowanie sprzętem ciężkim stanowiącym w większości własność wykonawcy"* – Uczestnik postępowania w wyjaśnieniach wskazał: *Jedynie dwa spośród dwudziestu trzech sprzętów z zestawienia są leasingowane. Pozostały sprzęt został zakupiony ze środków własnych Wykonawcy, w szczególności z wypracowanego zysku, co potwierdza, że działalność wykonywana przez Wykonawcę jest rentowna i zyskowna, a roboty wyceniane prawidłowo. Gdyby bowiem realizowane zamówienia były przez Wykonawcę wyceniane w sposób nierzetelny i nienależyty (poniżej kosztów), Wykonawca nie byłby w stanie wypracować zysku i nabyć na własność wymienionych sprzętów* – słusznie Odwołujący zwrócił uwagę na wiek posiadanych sprzętów. Nieprzekonująca i przecząca zdrowemu rozsądkowi jest argumentacja Uczestnika, że sprzęt zakupiony 18, 24 a nawet 29 lat wcześniej ma świadczyć o tym, że obecnie roboty wyceniane są prawidłowo. Nasuwa się jednak od razu pytanie, jaki związek ma zysk uzyskany 18, 24, 29 lat wcześniej, który został przeznaczony na zakup sprzętu z ceną zaoferowaną w przedmiotowym postępowaniu – tego Uczestnik już nie wyjaśnił. Z doświadczenia życiowego wynika, że im starszy sprzęt, tym wyższe są koszty jego utrzymania, co wynika chociażby z częstszych napraw czy też zużycia elementów.

Uczestnik w żaden sposób się nie odniósł do podnoszonych przez Odwołującego twierdzeń w tym zakresie.

- *"dodatkowe rabaty na olej napędowy"; "duże rabaty w zakresie materiałów budowlanych i kruszyw"* – Uczestnik na potwierdzenie powyższego nie przedłożył żadnego dowodu, a na pytanie Przewodniczącej w jakiej wysokości są te ponadprzeciętne rabaty – Uczestnik odpowiedzieć nie potrafił. To nieprawdopodobne wręcz, że Uczestnik w wyjaśnieniach wskazuje na *„ponadprzeciętne rabaty”, „upusty”, „dodatkowe rabaty”,* nie znając ich wysokości a Zamawiający uważa, że wyjaśnienia są wystarczające.

- *"własność nieruchomości na której zlokalizowana jest siedziba firmy"* – Izba nie podziela argumentacji Odwołującego w tym zakresie. Uczestnik w wyjaśnieniach wskazał, że nie ponosi dodatkowych kosztów związanych z utrzymaniem bazy (siedziby, garażu, warsztatu i magazynu), gdyż zlokalizowana ona jest na nieruchomości będącej własnością Uczestnika. W ocenie składu orzekającego oświadczenie Uczestnika jest wystarczające.

- *„argument dotyczący znajomości terenu ze względu na realizację poprzednich zamówień"* – i w zasadzie na tym jednym zdaniu kończą się wyjaśnienia Uczestnika. Jaki to ma wpływ na cenę, tego już Uczestnik w wyjaśnieniach nie wskazał.

- *"możliwość zmiany przebiegu trasy i technologii wykonania prac"* – Odwołujący wskazał, że możliwość zmiany technologii prac jak również zmiany przebiegu sieci dopuszczona została wprost w PFU, a tym samym nie stanowi o jakiegokolwiek przewadze konkurencyjnej. Ani Zamawiający ani Uczestnik nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego.

- *p. Radomińska* – z wyjaśnień Uczestnika wynika, że p. Radomińska zatrudniona jest w pełnym wymiarze czasu pracy i otrzymuje wynagrodzenie w wysokości niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Wszelkie twierdzenia w tym zakresie podnoszone przez Uczestnika na etapie postępowania odwoławczego są spóźnione i należało je pominąć.

Uczestnik nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie kalkulacji własnej. Jak już wskazano wyżej, Uczestnik nie wiedział jakie są koszty stałe, jaki jest zysk. Uczestnik wskazał jedynie, że wszystkie koszty i prognozowany zysk ujęte zostały w każdej pozycji kosztorysowej – w jakiej wysokości, tego również nie wiedział.

*Brak pomocy publicznej* – oczywistym jest, że powyższe nie stanowi o przewadze konkurencyjnej. Uczestnik odpowiedział na pytanie Zamawiającego. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie nie zasługują na aprobatę.

*Rejestracja podmiotu w BDO* – zgodzić się należy z Odwołującym, że rejestracja podmiotu w BDO jest obowiązkiem ustawowym. Jaki zatem to ma wpływ na cenę, tego nie wiedział nikt z obecnych na rozprawie. Na pytanie Przewodniczącej, jakie z tego tytułu koszty ponosi Uczestnik i gdzie zostały skalkulowane – Uczestnik nie wiedział.

- *"bilanse za lata 2021, 2022 i 3 kw roku 2023"* – posiadanie dodatnich wyników finansowych nie potwierdza, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

- *"oświadczenie o braku zerwania dotychczasowych kontraktów"; „referencje"* – jaki to ma wpływ na cenę, tego Uczestnik również nie wyjaśnił.

Izba zwraca uwagę, że weryfikacja wyjaśnień wykonawcy nie może ograniczać się do bezrefleksyjnego przyjęcia

przez Zamawiającego założeń wykonawcy za prawidłowe. A już na pewno nie w sytuacji, gdy wykonawca sam tych założeń nie zna.

Kończąc, zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W realiach niniejszej sprawy z całą stanowczością stwierdzić należy, że obowiązkowi temu Uczestnik nie sprostał.

Przechodząc do pozostałych zarzutów Izba wskazuje, że nie zasługiwały na uwzględnienie.

*Zarzut nr 2) - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Odwołujący zarzucił Uczestnikowi postępowania kilkukrotne poświadczenie nieprawdy, mianowicie w zakresie wartości robót budowlanych zadania pn: „Budowa sieci wodociągowej w Tłumaczowie” – w JEDZ-u wskazano 1 160 664,70 zł, z kolei z wykazu robót oraz referencji wskazana została kwota 1 025 500 zł. Nadto, Uczestnik postępowania pominął okoliczność, że prace związane z budową SUW realizowane były na podstawie dwóch różnych umów, w różnych okresach czasu. Wszystko w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, którego w rzeczywistości Uczestnik nie spełnia.

Odwołujący stawiając powyższy zarzut nie udowodnił ustawowych przesłanek, które muszą być spełnione kumulatywnie aby działanie Uczestnika postępowania mogło być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Izba podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie na które powołał się Odwołujący, jednak w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że Uczestnik postępowania celowe czy też niedbale wskazał w JEDZu informacje niezgodne z rzeczywistością. Istotny w sprawie jest również fakt, że Uczestnik spełniał warunki udziału w postępowaniu. Co za tym idzie, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie został naruszony interes Zamawiającego, ani też innych wykonawców.

*Zarzut nr 4 a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) b) ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp; nr 4 b) naruszenie art. 128 ust. 4 i 128 ust. 5 ustawy Pzp*

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.*

Art. 128 ust. 1, ust. 4, ust. 5 stanowi:

1. *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*

2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

4. *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

5. *Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.*

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut dotyczący budowy stacji uzdatniania wody. Argumentacja Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania w tym zakresie jest zasadna. W treści warunku Zamawiający nie odwołał się do liczby umów, ale do przedmiotu robót, tj. budowy SUW. Z wyjaśnień Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania, jak również z dokumentów udostępnionych przez gminę Radków wynika, że umowa podwykonawcza i umowa na dokończenie budowy stacji stanowiły ciągłość techniczną i organizacyjną. Uczestnik postępowania rozpoczął roboty związane z budową SUW, a mianowicie wykonał odwiert studni, a następnie dokończył rozpoczętą przez siebie budowę SUW. Co za tym idzie Uczestnik postępowania wykonał samodzielnie robotę budowlaną na rzecz gminy Radków polegającą na budowie SUW. Ergo, nabył faktyczne umiejętności w tym zakresie i w ocenie Izby spełnia warunek udziału określony przez Zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie Uczestnik postępowania spełnia warunki udziału, co nie budziło wątpliwości Zamawiającego. Izba również nie znalazła podstaw do przyjęcia, że podnoszone w odwołaniu okoliczności powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, a tym samym uzasadniałyby powstaniem obowiązku żądania wyjaśnień w tym

zakresie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1), ust. 3 pkt 1) i 2) oraz ust. 6 w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit a) i 2) lit. b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1) i 2), Izba rozdziela:

- 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;
- 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania.

Zgodnie z § 7 ust. 3 *Koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych.*

W przedmiotowej sprawie, Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród pięciu zarzutów dwa okazały się zasadne, zaś trzy – niezasadne.

Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 3/5 i Zamawiający w części 2/5. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 PLN oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 PLN i koszty noclegu Odwołującego w kwocie 423 PLN. Łącznie koszty postępowania odwoławczego – 24 023 PLN.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20 423 PLN tytułem wpisu od odwołania oraz kosztów noclegu, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 14 413,80 PLN (24 023 PLN x 3/5). Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania w wysokości 3 600 PLN tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał 9 609,20 PLN (24 023 PLN x 2/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 010 PLN.

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

Przewodnicząca: .....