

**WYROK**  
**z dnia 26 kwietnia 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:            Agata Mikołajczyk**

Protokolant:                    Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez odwołującego: **SANTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim** (ul. Wspólna 13B, 39-120 Sędziszów Małopolski) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **GMINA GNOJNIK** (Gnojnik 363, 32-864 Gnojnik), przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - **TBI sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (ul. Felicjanek 3/5, 31-103 Kraków) oraz **D.K.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: „**D.K. DWK**” z siedzibą w Trzciance (Trzciana 211, 32-733 Trzciana), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczącego zaniechania *„odrzucenia oferty TBI/DWK jako niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia, w wyniku zaoferowania przez tego wykonawcę hydrantu niespełniającego wymogów SWZ, w szczególności specyfikacji technicznych”*; W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - **SANTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim** (ul. Wspólna 13B, 39-120 Sędziszów Małopolski) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **GMINA GNOJNIK** (Gnojnik 363, 32-864 Gnojnik) koszty postępowania odwoławczego w kwocie 3938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 338 zł oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez odwołującego: SANTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Gnojnik na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Rozbudowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Gnojnik w miejscowościach: Gnojnik, Gosprzydowa, Uszew oraz Lewniowa”. Numer referencyjny: RliD.271.4.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 7 lutego 2023 r. pod nr. r 2023/BZP 00084525/01.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie (...) wobec:

1. *wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie TBI sp. z o.o. (dalej jako „TBI”) i „DWK” D.K. (dalej jako „DWK”, zaś TBI i DWK dalej łącznie jako „TBI/DWK”) jako oferty najkorzystniejszej;*
- 1) *zaniechania odrzucenia oferty TBI/DWK jako zawierającej rażąco niską cenę, niezgodnej z warunkami zamówienia, a także niezabezpieczonej wadium w sposób prawidłowy;*
- 2) *zaniechania odrzucenia oferty Firmy Handlowo-Usługowej ERMONT B. R. (dalej jako „ERMONT”) jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej rażąco niską cenę;*
- 3) *zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.*

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) *art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TBI/DWK jako niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia, w wyniku zaoferowania przez tego wykonawcę hydrantu niespełniającego wymogów SWZ, w szczególności specyfikacji technicznych;*
- 2) *art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TBI/DWK jako złożonej przez wykonawcę, który:*
  - a. *złożył ofertę o 41% niższą od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu oraz o 38% niższą w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia w przedmiotowym postępowaniu ,*
  - b. *nie wykazał, pomimo ciężaru dowodu spoczywającym na nim, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, jako że złożone przez niego wyjaśnienia (przekazane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP) były lakoniczne,*

*niepoparte niezbędnymi dowodami oraz nie odnosiły się do wszystkich elementów wskazanych w wezwaniu;*

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 5 i ust. 7 pkt 4 w zw. z art. 98 ust. 6 w zw. z art. 58 ust. 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TBI/DWK jako złożonej przez wykonawcę, który wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, tj. w formie poręczenia udzielonego przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, podczas gdy z oświadczenia o poręczeniu nie wynika, aby poręczyciel był zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego sumy odpowiadającej kwocie wadium w przypadku zaistnienia przesłanek jego zatrzymania, za których wystąpienie odpowiadałby członek konsorcjum, tj. TBI;*
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ERMONT jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca ten przewidział zastosowanie hydrantu z pojedynczym zamknięciem, podczas gdy z opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności z projektu technicznego wynika, że Zamawiający wymagał zaoferowania hydrantu z podwójnym zamknięciem;*
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ERMONT jako oferty z rażąco niską ceną w sytuacji, gdy treść udzielonych wyjaśnień jest powierzchowna i nie wykazuje, że zaoferowana cena umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami.*

W związku z powyższym wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;*
- 2. odrzucenie oferty TBI/DWK oraz oferty ERMONT;*
- 3. dokonanie ponownego wyboru ofert z pominięciem oferty TBI/DWK oraz oferty ERMONT.*

Ponadto wniósł o:

- 1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;*
- 2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.*

Wskazał: „Odwołujący jest wykonawcą, który nie podlega wykluczeniu z Postępowania i którego oferta jest najkorzystniejsza z ofert niepodlegających odrzuceniu, błędnie sklasyfikowana przez Zamawiającego na trzecim miejscu w rankingu ofert, podczas gdy – w

rezultacie odrzucenia ofert złożonych przez TBI/DWK i ERMONT – powinna ona zostać uznana za najkorzystniejszą. Powyższe przesądza, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów PZP.

W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

1. Złożenie oferty przez TBI/DWK zawierającej rażąco niską cenę

1.1. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) PZP Zamawiający żąda od wykonawców wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu bądź ich istotnych części składowych, jeżeli cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, powiększonej o należny VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania, lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 1 i 10, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Natomiast zgodnie z art. 224 ust. 6 PZP „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, 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”.

1.2. W świetle utrwalonych poglądów orzecznictwa przesłanka odrzucenia oferty ze względu na to, że zawiera ona rażąco niską cenę, występuje również w sytuacji, w której wykonawca nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska, tzn. nie jest „ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie niebędącą ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologicznoorganizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc.”

1.3. Mając zatem na uwadze, że konsekwencją wezwania wykonawcy do wyjaśnień jest powstanie domniemania, że oferta jego zawiera rażąco niską cenę, wyjaśnienia i dowody przedstawione w odpowiedzi muszą być na tyle konsekwentne, rzetelne oraz konkretne, by można przyjąć, że doszło do obalenia niekorzystnego przypuszczenia i w istocie możliwe jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia za zaproponowaną cenę. Przyjmując, że wykonawcy, którzy biorą udział w postępowaniu, są profesjonalistami, to od każdego z nich można oczekiwać podwyższonego standardu staranności w obalaniu powyższego domniemania. Należy mieć przy tym na uwadze okoliczność, że w przypadku oferty TBI/DWK jako jedynej w Postępowaniu zaistniały przesłanki do obligatoryjnego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Oferta ta była o 41% tańsza od średniej arytmetycznej cen ofert niepodlegających odrzuceniu oraz o 38% tańsza w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia. Różnica pomiędzy ceną oferty TBI/DWK a ceną kolejnej najtańszej oferty,

należącej do ERMONT, wynosiła aż 818 214,88 zł. Natomiast różnica pomiędzy ceną oferty ERMONT a ceną trzeciej w kolejności najtańszej oferty Odwołującego wynosiła zaledwie 59 275,33 zł.

1.4. W świetle powyższych uwag należy skonstatować nie tylko, że na TBI/DWK spoczywał ciężar dowodu w przedmiocie rażąco niskiej ceny, ale również, że ciężar ten był o tyle większy od obarczającego pozostałych wezwanych do wyjaśnień wykonawców, że różnica pomiędzy ceną oferty tego wykonawcy a kolejną była blisko 14-krotnie większa niż pomiędzy ofertami dwóch kolejnych najtańszych oferentów. Nie może zatem ulegać żadnej wątpliwości, że tak rozumianemu szczególnemu ciężarowi dowodu TBI/DWK nie sprostał.

1.5. W niezwykle ogólnych wyjaśnieniach powoływał się on bowiem na okoliczności, które podnoszone były również przez innych, droższych oferentów – jak choćby na kwestie znajomości warunków terenowo-gruntowo-wodnych. Jednocześnie lakoniczna treść wyjaśnień w żaden sposób nie wykazuje, jakie dokładnie oszczędności poczynił wykonawca z uwagi na wspomniane przez siebie „atuty”. TBI/DWK ograniczyło się przede wszystkim do kwestionowania kompetencji osób przygotowujących Postępowanie, polemizowania z wyceną Zamawiającego (pomimo że jego oferta spełnia obie przesłanki obligatoryjnego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a więc jest ona o ponad 30% tańsza od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert) oraz podawania w wątpliwość kompetencji pozostałych wykonawców.

1.6. Jednakże w świetle całokształtu przedłożonych przez tego wykonawcę dokumentów Zamawiający miał podstawy, by sądzić, że niska cena oferty TBI/DWK, wynika nie z rzekomych atutów, ale ze zwykłej niestaranności i braku rzetelności w jej przygotowaniu. Wykonawca ten przyjął na przykład w swoim kosztorysie i konsekwentnie w wyjaśnieniach minimalną stawkę godzinową, jednocześnie istotnie zmodyfikował (zredukował) nakłady robocizny przyporządkowane do poszczególnych pozycji kosztorysowych (przyczyn czego nie wyjaśnił) i w końcu zastosował także niskie koszty pośrednie, co w konsekwencji miało istotny wpływ na cenę. Ponadto oferty cenowe dla istotnych materiałów przyjęte do wyceny posiadają ważność do marca 2023, co sugeruje, że TBI/DWK, wbrew standardom należytej staranności, nie przewidziało żadnego buforu na istotne podwyżki cen w przyszłości. Dodatkowo istotna część oszczędności po stronie tego wykonawcy mogła wystąpić z uwagi na zaoferowanie hydrantów niespełniających norm wymaganych przez Zamawiającego w SWZ, o czym będzie jeszcze mowa w pkt 2 poniżej.

Dowód: Wyjaśnienia TBI/DWK z 7 marca 2023 r. wraz załącznikami, tj. kosztorysami ofertowymi dla obszarów Gnojnik i Uszew, Górka, Tłoki, Uwrocie.

1.7. Podsumowując powyższe działania i zaniechania, należy przyjąć, że rzetelność wyceny dokonanej przez TBI/DWK budzi poważne wątpliwości. W zestawieniu z lakonicznością i ogólnością przedstawionych przez niego wyjaśnień, brakiem konkretnych kalkulacji w

zakresie rzekomych oszczędności wynikających z jego przewag nad innymi wykonawcami, a także z istotną różnicą pomiędzy ceną jego oferty a ceną kolejnej najtańszej propozycji, uzasadnia to wniosek, że wyjaśnienia przedstawione przez TBI/DWK pozostają niewystarczające do uznania, że istnieje możliwość prawidłowej realizacji zamówienia za cenę zaproponowaną w jego ofercie.

2. Nieprawidłowość oferty TBI/DWK w świetle wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia

2.1. Przedmiotem zamówienia w ramach zadania nr 1 pn. „Rozbudowa sieci wodociągowej w miejscowości: Gnojnik – Górka, Gnojnik – Uwrocie, Gnojnik – Tłoki, Gnojnik i Uszew” były prace budowlane na obszarach o nazwie:

- Cz. nr 1 – Rozbudowa sieci wodociągowej w msc. Gnojnik – „Górka”;
- Cz. nr 2 – Rozbudowa sieci wodociągowej w msc. Gnojnik – „Uwrocie”;
- Cz. nr 3 – Rozbudowa sieci wodociągowej w msc. Gnojnik – „Tłoki”;
- Cz. nr 4 – Rozbudowa sieci wodociągowej w msc. Gnojnik i Uszew.

2.2. Zgodnie z pkt 20.3. SWZ cena oferty dla zadania nr 1 miała zostać wyliczona przez wykonawców w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów, które zostały przygotowane osobno dla każdego z czterech obszarów. Kluczowym materiałem wskazanym w każdym z przedmiarów są „hydranty pożarowe, nadziemne o średnicy 80 mm”. Dalsze doprecyzowanie charakterystyki tych materiałów miało miejsce m.in. w treści projektów technicznych dołączonych do SWZ. W świetle bowiem wskazań zawartych na str. 2 przedmiarów:

„W celu dokonania rzetelnej wyceny robót należy brać pod uwagę pełny zakres dokumentacji projektowej (projekt budowlano-wykonawczy, przedmiar robót, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, przepisy techniczno- budowlane i wiedzę techniczną). Projekt budowlano-wykonawczy ma charakter nadrzędny, a przedmiar robót ma na celu umożliwienie dokonania wyceny robót, nie zaś ich opisanie. Dokonanie nieistotnych zmian w dokumentacji projektowej nie jest podstawą do zmian wyceny robót. Przed zamówieniem materiałów ilości określone w zestawieniu materiałów należy każdorazowo zweryfikować na budowie. Kosztorys należy rozpatrywać łącznie z dokumentacją projektową oraz STWiOR.”

2.3. Wykonawcy byli zatem zobligowani do uwzględnienia w toku wyceny ofert nie tylko przedmiarów, ale również pozostałej dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego. Jej integralną część stanowią zatem projekty techniczne wykonania i odbioru robót. W pkt. 3.2.2. „Specyfikacji technicznych SST.02. Roboty montażowe sieci wodociągowych z tworzyw sztucznych dla obszarów”: Gnojnik – „Górka”, Gnojnik – „Uwrocie”, Gnojnik – „Tłoki” oraz w pkt. 4.9.2. Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót dla obszaru Gnojnik i Uszew sprecyzowano, że „Armaturo sieci wodociągowej musi spełniać warunki określone w normach PN-EN 1074-1-H5:2002 oraz PN-89/M74091, PN-89/M74092, PN-EN 12201-1”.

2.4. TBI/DWK zaoferował we wszystkich obszarach „HYDRANT NADZIEMNY HN-3 DN 80 G HN-3 GJS DN 80 L2150 GJS 2 X ZAMKNIĘCIE/ZŁAMANIE”. Jednakże zgodnie z kartą katalogową producenta tych hydrantów nie spełniają one następujących norm: PN-EN 1074-1÷5, PN-89/M74091 (Norma wycofana i zastąpiona przez PN-EN 10746:2005), PN-89/M74092 (Norma wycofana i zastąpiona przez PN-EN 1074-6:2005).

Powyższe świadczy o oczywistej niezgodności zaoferowanego przez TBI/DWK materiału z wymogami nałożonymi przez SWZ i rodzi konieczność, niezależnie od innych uchybień, odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Dowód: Karta katalogowa producenta Bohamet Armatura dla hydrantu nadziemnego HN-3 DN 80 G HN-3 GJS DN 80 L2150 GJS 2 x zamknięcie/złamanie;

Oferta nr 1080011 D.K. DWK Gnojnik Górka;

Oferta nr 1080417 D.K. DWK Gnojnik i Uszew; Oferta nr 1080462 D.K. DWK Gnojnik Tłoki;

Oferta nr 1083336 D.K. DWK Gnojnik Uwrocie.

3. Wniesienie wadium przez TBI/DWK w sposób nieprawidłowy

3.1. Zamawiający w Rozdziale 15 SWZ wymagał złożenia wadium na kwotę 35 000,00 zł dla części 1 zamówienia oraz 25 000,00 zł dla części 2 zamówienia. Do oferty TBI/DWK został załączony dokument zatytułowany jako „Oświadczenie o udzieleniu poręczenia wadialnego nr 6/FPK/TARR/2022” (dalej jako „Poręczenie”) wystawiony przez Tarnowską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „Poręczyciel”).

3.2. Z dokumentu tego wynika, że Poręczyciel „oświadcza, że udziela poręczenia zapłaty wadium Gminie Gnojnik z siedzibą w Gnojniku 363, 32-864 Gnojnik zwanej dalej Beneficjentem, za firmę: D.K. DWK z siedzibą w miejscowości Trzciana 211, 32-733 Trzciana, NIP: 8681830496, REGON: 382831943 zwaną dalej Wykonawcą”.

Dowód: Oświadczenie o udzieleniu poręczenia wadialnego nr 6/FPK/TARR/2022.

3.3. Jednakże w żadnej części treści Poręczenia nie zawarto odesłania do drugiego z członków konsorcjum. W szczególności nie wskazano, że Poręczyciel zapłaci wadium w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 PZP, za które odpowiadałoby również TBI, nie zdefiniowano też TBI jako „Wykonawcy” (tak zdefiniowany został wyłącznie DWK) lub jako podmiot ubiegający się o zamówienie wspólnie z DWK, czy też nie zawarto jakiegokolwiek innego stwierdzenia, które pozwalałoby uznać, że Poręczyciel przyjął na siebie zobowiązanie za inny podmiot niż wskazany w treści Poręczenia.

3.4. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, które w przeważającej mierze odnosi się do wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, lecz które należy bezpośrednio odnieść również do wadium w formie poręczenia, tak wniesionego wadium nie sposób uznać za prawidłowe i odpowiadające przepisom PZP, bowiem nie obejmuje wszystkich wykonawców składających wspólną ofertę.



3.5. Jak zauważyła Izba w wyroku z dnia 23 grudnia 2022 r., KIO 3306/22 „celem złożenia wadium jest zabezpieczenie oferty na wypadek ziszczenia się którejkolwiek z okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. W przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, dla zapewnienia skuteczności zabezpieczenia, z treści gwarancji musi wynikać m.in., wobec czyich działań bądź zaniechań związanych z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Gwarant zobowiązuje się do wypłaty kwoty gwarantowanej. W konsekwencji, jeżeli oferta jest składana przez wykonawców występujących wspólnie (konsorcjum), w treści gwarancji powinni być wymienieni konsorcjanci lub powinny znaleźć się inne postanowienia wskazujące na złożenie oferty przez więcej niż jednego wykonawcę. W przeciwnym wypadku, jeżeli przesłanka zatrzymania wadium wynika z przyczyn dotyczących wykonawcy, którego udział w konsorcjum składającym ofertę nie został w żaden sposób wskazany w treści gwarancji, zachodzi ryzyko, że Gwarant nie wypłaci zamawiającemu kwoty gwarantowanej. Tym samym nie można w takim przypadku twierdzić, że wadium skutecznie zabezpiecza ofertę. (...) W związku z tym informacja o zabezpieczeniu oferty złożonej przez konsorcjum i realizacji zobowiązań Gwaranta w przypadku działania lub zaniechania każdego z konsorcjantów powinna wynikać już z treści gwarancji złożonej wraz z ofertą. Informacja ta nie powinna być przedmiotem domysłów zamawiającego i nie może być uzupełniana w toku postępowania o udzielenie zamówienia”.

3.6. Z kolei w wyroku z dnia 17 lutego 2023 r., KIO 242/23, Izba stwierdziła, że „jeśli – jak w niniejszej sprawie – członkowie Konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec Zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanym sobie konsorcjantów wykonawców zlecających udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę (zlecającego, według terminologii analizowanej gwarancji «Zobowiązane») należy rozumieć nie tylko podmioty oznaczone w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecydowały lub zdecydowałby się one złożyć ofertę.”

3.7. Pogląd ten nie budzi współcześnie żadnych wątpliwości ani w orzecznictwie KIO, ani sądów okręgowych. Tym samym, niezależnie od innych podstaw, oferta TBI/DWK powinna zostać również odrzucona jako niezabezpieczona wadium w sposób prawidłowy.

4. Nieprawidłowość oferty ERMONT w świetle wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia

4.1. Jak już zauważono w pkt. 2.2. uzasadnienia odwołania, zgodnie z pkt. 20.3. SWZ cena oferty dla zadania nr 1 miała zostać wyliczona przez wykonawców w oparciu o kosztorysy

ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów, które zostały przygotowane osobno dla każdego z czterech obszarów. W świetle bowiem wskazań zawartych na str. 2 przedmiarów w celu dokonania rzetelnej wyceny robót wykonawcy mieli brać pod uwagę pełny zakres dokumentacji projektowej, w tym projekt budowlano- wykonawczy, przedmiar robót, specyfikacje techniczna wykonania i odbioru robót, przepisy techniczno- budowlane i wiedzę techniczną.

4.2. Tym samym przy wycenie ofert wykonawcy powinni uwzględnić nie tylko treść przedmiarów, ale również pozostałej dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego, w tym projektu budowlano-technicznego, załączonej do SWZ. Jej integralną część stanowią projekty techniczne, w których sprecyzowano, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi „Hydrant nadziemny z podwójnym zamknięciem, sztywny, DN 80, PN 16” (pkt 5 Zestawienia materiałów danego Projektu technicznego). Jedyne wyjątek od powyższej metodologii opisywania przedmiotu zamówienia stanowi obszar Gnojnik i Uszew, w przypadku którego już w przedmiarze doprecyzowano, że wymagane przez Zamawiającego są „Hydranty pożarowe, nadziemne o średnicy 80 mm – podwójne zamknięcie, korpus górny monolit GGG40 (l.p. 1.1.)” (w przypadku tego obszaru Zamawiający w ogóle nie udostępnił projektu technicznego). W świetle powyższej dokumentacji składającej się na Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia nie ulega wątpliwości, że w zakres zamówienia wchodziły hydranty o średnicy 80 mm posiadające podwójne zamknięcie.

4.3. Z załączników do wyjaśnień ERMONT z dnia 6 marca 2023 r. odnośnie zaoferowanej ceny wynika, że w obszarach: Gnojnik – „Górka”, Gnojnik – „Uwrocie” i Gnojnik – „Tłoki” ERMONT zaoferował „Hydrant N/Z 8855 DN80 RD1500 GGG40 JAFAR SFERO czerwony”, natomiast w obszarze Gnojnik i Uszew zaoferował „Hydrant N/Z 8005 DN80; RD1500; SFERO 1.1. (podwójne zamknięcie) JAFAR”. Ponieważ wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią integralną część oferty w szerokim znaczeniu, zatem ich treść jest istotna z punktu widzenia interpretowania poszczególnych elementów oferty, a ujawniona za ich pomocą niezgodność treści oferty z SWZ może stanowić podstawę do jej odrzucenia przez zamawiającego.

4.4. Jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania, treść udzielonych wyjaśnień nie tylko nie wykazuje realności zaoferowanej ceny, lecz również potwierdza niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Hydrant N/Z 8855, w przeciwieństwie do hydrantu N/Z 8005 posiada jedno zamknięcie. ERMONT zaoferował zatem materiał w postaci hydrantu o innej budowie technicznej niż oczekiwana przez Zamawiającego.

Dowód: Oferta Neptun sp. z o.o. – Sieć wodociągowa w miejscowości Gnojnik (Górka) – lp. 29; Oferta Neptun sp. z o.o. – Sieć wodociągowa w miejscowości Gnojnik (Tłoki) – lp. 3; Oferta Neptun sp. z o.o. – Sieć wodociągowa w miejscowości Gnojnik (Uwrocie) – lp. 23; Oferta Neptun sp. z o.o. – Sieć wodociągowa w miejscowości Gnojnik i Uszew – lp. 4.

## 5. Niezgodność oferty ERMONT z warunkami zamówienia

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez ERMONT 6 marca br. ujawniły, że przedmiotem części jego oferty są hydranty nadziemne z pojedynczym zamknięciem, co świadczy o jej sprzeczności z wymaganiami wskazanymi w SWZ, a dokładnie projektami technicznymi, w których Zmawiający wprost określił, że wymaga hydrantów z zamknięciem podwójnym.

5.1. Założony do wykorzystania przez ERMONT hydrant z pojedynczym zamknięciem posiada znaczne różnice konstrukcyjne od oczekiwanego przez Zamawiającego hydrantu z podwójnym zamknięciem. Ma to istotne konsekwencje w zakresie jego właściwości technicznych oraz finalnej ceny. Różnica pomiędzy tymi rozwiązaniami konstrukcyjnymi przejawia się przede wszystkim w tym, że hydranty z podwójnym zamknięciem posiadają dodatkowy zawór kulowy oprócz standardowego zamknięcia w postaci grzyba. Sprawia to, że charakteryzują się one większym poziomem bezpieczeństwa na wypadek awarii, odpornością na zużycie wraz upływem czasu oraz odmiennym sposobem użytkowania .

Dowód: Karta katalogowa JAFAR hydrantu 8005.4 DN80-1;

Karta katalogowa JAFAR hydrantu 8855.1 DN80-DN100;

Zdjęcie ze strony producenta JAFAR dot. hydrantu nadziemnego 8855.

5.2. Bezspornie więc ERMONT zaproponował w swojej ofercie produkt niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, który posiada gorsze parametry i w żadnym wypadku nie może zostać uznany za równoważny hydrantowi o specyfikacji przyjętej w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia. Ewentualne udzielenie zamówienia ERMONT naraziłoby zatem Zamawiającego na otrzymanie gorszych jakościowo i mniej odpornych na upływ czasu materiałów oraz na potencjalne ryzyko poniesienia dodatkowych kosztów w związku z dostarczeniem materiałów odmiennych niż przewidziane w projekcie.

5.3. Nie może być zatem mowy o uznaniu zaproponowanych przez ERMONT hydrantów za produkt równoważny, ponieważ nie pozwala na to ani jego charakterystyka techniczna, ani brak jakiegokolwiek oświadczenia wykonawcy w tym zakresie na etapie składania oferty.

5.4. Nie można również domniemywać oczywistej omyłki w toku przygotowywania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ ERMONT, wyraźnie ignorując treść projektów budowlano-technicznych, wskazał w trzech z czterech obszarów tańsze i obiektywie gorsze hydranty, które nie spełniały wymogów Zamawiającego określonych w projektach technicznych. Jednocześnie w obszarze Gnojnik i Uszew, w którym bezpośrednio w przedmiarze wymagano hydrantów z podwójnym zamknięciem, wskazał droższe i zgodne z SWZ materiały. Powyższe świadczy o co najmniej istotnej niestaranności EMORNT w zapoznaniu się z dokumentacją Postępowania.

5.5. W konsekwencji ERMONT zaproponował Zamawiającemu hydranty nie tylko wyraźnie tańsze, co mogło mieć realny wpływ na jego klasyfikację w rankingu ofert, ale jednocześnie o

*gorszych walorach technicznych i niespełniające oczekiwań Zamawiającego wyrażonych w SWZ.*

*6. Złożenie przez ERMONT oferty zawierającej rażąco niską cenę.*

*6.1. Zamawiający w dniu 1 marca br. wezwał ERMONT do złożenia wyjaśnień odnośnie do wyliczenia ceny lub kosztu co najmniej w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Przyjęta wartość 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, oraz musi pozostawać w zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*

*6.2. W treści wyjaśnień z dnia 6 marca br. ERMONT odniósł się do tych kwestii w dwóch zdaniach, wskazując, że: „Wartość kosztów pracy przyjęta przez Firmę ERMONT do ustalenia ceny jest nie niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę zgodnie z wymaganiami ustawy. Informujemy, że nasi pracownicy są zatrudnieni na podstawie umów o pracę.” Dowód: Wyjaśnienia ERMONT z 6 marca 2023 r.*

*6.3. Pierwsza część wypowiedzi stanowi jedyne realne odniesienie do oczekiwań Zamawiającego. Tak lakoniczna i ogólna deklaracja ERMONT pod żadnym pozorem nie może zostać uznana za sprostanie obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 224 ust. 5 PZP. W innej sprawie rozpatrywanej przez KIO, wykazującej istotne podobieństwa pod względem stanu faktycznego, uznano, że lakoniczność (mniej niż dwie strony) i brak załączenia dowodów na okoliczności powoływane w wyjaśnieniach, w tym odniesienie się zaledwie jednym zdaniem do kwestii ceny za roboczogodzinę, stanowią de facto pominięcie tego zagadnienia i świadczą o wadliwości przedstawionych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. Kluczowe jest zatem, aby wyjaśnienia były na tyle wyczerpujące, konkretne, rzeczowe i zawierające stosowne dowody, by przekonać zamawiającego co do prawidłowości zaoferowanej ceny.*

*6.4. Drugie zdanie zawarte w powyższym fragmencie nie niesie ze sobą praktycznie żadnej treści faktycznej, pozostaje wszakże oczywiste, że osoba posiadająca status pracownika w rozumieniu prawa pracy musi być stroną umowy o pracę. Z wyjaśnień ERMONT nie wynika natomiast nawet, czy to właśnie osoby o statusie pracownika tego wykonawcy mają realizować zadania składające się na wykonanie przedmiotu zamówienia.*

*6.5. Przedstawione przez ERMONT wyjaśnienia w gruncie rzeczy niczego w zakresie kosztów roboczogodziny nie wyjaśniły. Wynika to również z tego, że w przeciwieństwie do innych wykonawców, nie wskazał on w kosztorysie, ani w wyjaśnieniach czynników cenotwórczych, tj.: stawek za roboczogodzinę, kosztów pośrednich i zysku. W tym zakresie zatem Zamawiający nie miał nawet najmniejszych przesłanek do uznania, że cena nie jest*

rażąco niska. Należy bowiem pamiętać, że „to nie rzeczą zamawiającego jest wykazać, że wykonawca czegoś nie wziął pod uwagę, ale rzeczą wykonawcy jest udowodnić, że dany koszt został uwzględniony w cenie”. Jeśli wykonawca sam sobie to uniemożliwia, nie dając od siebie absolutnego minimum w zakresie składanych wyjaśnień, a poprzestając na ogólnikowych i lakonicznych stwierdzeniach, nie wskazując praktycznie żadnych konkretnych informacji w zakresie choćby nośników cenotwórczych kosztorysu, to winien ponieść negatywne konsekwencje w postaci uznania jego oferty za zawierającą rażąco niską cenę i w konsekwencji podlegającą odrzuceniu. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku wyjaśnień ERMONT.

6.6. Wracając do kwestii hydrantów – istotna jest również okoliczność, że inni wykonawcy, w tym przede wszystkim Odwołujący i TBI/DWK, kompleksowo interpretując postanowienia SWZ oraz jej załączników, przyjęli w ofertach – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zastosowanie wyłącznie hydrantów z podwójnym zamknięciem. Uchybienie ERMONT skutkuje zatem nie tylko złożeniem oferty na przedmiot niezgodny z wymogami Zamawiającego, ale również umożliwia znaczne obniżenie ceny oferty. Hydranty zaoferowane przez ERMONT są bowiem wyraźnie tańsze niż hydranty wymagane przez Zamawiającego. Porównanie katalogowych cen zaproponowanych ERMONT przez Neptun sp. z o.o. w ww. ofertach, ujawnia, że różnica cenowa jest istotna. Cena katalogowa hydrantu N/Z 8005 zgodnie z wyjaśnieniami ERMONT wynosiła 2 077,56 PLN, natomiast hydrantu N/Z 8855 – 1 369,38 PLN. Różnica wynosi zatem 708,18 zł.

6.7. Biorąc pod uwagę, że w ramach trzech obszarów – Górka, Uwrocie i Tłoki, wykonawca jest zobligowany uwzględnić w ofercie łącznie 56 szt. hydrantów z podwójnym zamknięciem, można obliczyć, że gdyby ERMONT przyjął do kalkulacji oferty prawidłowy rodzaj hydrantu, to cena oferty byłaby wyższa o blisko 40 000 zł. Nie ma przy tym żadnych dowodów na to, że ERMONT byłby w stanie otrzymać wszystkie hydranty z podwójnym zamknięciem od tego samego dostawcy, w tak samo preferencyjnej cenie. Przyjmując natomiast jako bardziej wymierną oficjalną cenę katalogową producenta zaoferowanych hydrantów różnica pomiędzy ceną hydrantu z pojedynczym zamknięciem a hydrantu z podwójnym zamknięciem wynosi aż 1221,00 zł, co przy liczbie 56 szt. daje 68 376,00 zł. Jest to o tyle istotne, że różnica pomiędzy ofertą złożoną przez Odwołującego a ofertą ERMONT wynosi zaledwie 59 275,33 zł. W sytuacji zatem gdyby ERMONT, jak inni wykonawcy, w tym Odwołujący i TBI/DWK, uwzględnił prawidłowy rodzaj hydrantów w wycenie to złożona przez niego oferta mogłaby okazać się droższą niż oferta Odwołującego. Natomiast nie ulega żadnej wątpliwości, że w obliczu błędnego zinterpretowania postanowień dokumentacji postępowania ERMONT przewidział w swoich kosztorysach cenę zbyt niską, żeby móc dostarczyć Zamawiającemu hydranty z podwójnym zamknięciem, których ten oczekiwał.

Dowód: Karta katalogowa JAFAR hydrantu 8005.4 DN80-1;

*Karta katalogowa JAFAR hydrantu 8855.1 DN80-DN100;*

*Wydruk ze strony producenta JAFAR dot. hydrantu nadziemnego 8855; Cennik Producenta JAFAR.*

*6.8. Podsumowując, wyjaśnienia złożone przez ERMONT są obarczone istotnymi wadami i tym samym nie sposób uznać, że wykazują one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym przede wszystkim przepisów prawa pracy. ERMONT w treści swoich wyjaśnień de facto pominął odpowiedzi na pytania Zamawiającego o zgodność z przepisami w odniesieniu do kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, tym samym nie wykazując, że uwzględnił powyższe okoliczności w skalkulowanej cenie.*

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 21/04/23 wniósł o** oddalenie odwołania oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa oraz kosztów dojazdu na rozprawę – stosownie do faktury i zestawienia przedłożonego na rozprawie. Dalej podał, że (...) *wnosi o przeprowadzenie dowodów ze: specyfikacji warunków zamówienia postępowania; - wezwań Zamawiającego co do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny kierowanych do TBI/DWK i Ermont - odpowiedzi TBI/DWK i Ermont – w aktach sprawy; - zestawienia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego Gminy Gnojnik za lata 2022 – 2023 - pisma TARR SA z dnia 20 kwietnia 2023r.*

W uzasadnieniu stanowiska w szczególności podał: (...)

W ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### Co do rażąco niskiej ceny

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia (pkt 9.1.6) każdy z wykonawców był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego zgodnego z przedmiarem robót udostępnionym przez Zamawiającego. Dowód: postanowienia SWZ

Tym samym na etapie oceny ofert Zamawiający dysponował szczegółową informacją co do kosztów cenotwórczych przyjętych przez poszczególnych wykonawców. Dokonując ofert, które w przedmiotowym postępowaniu spełniały przesłankę ustawową wskazującą na konieczność wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający uznał, iż wskazane przez wykonawców stawki w poszczególnych pozycjach kosztorysowych mają charakter cen przyjmowanych na rynku. W szczególności analiza kosztorysów nie ujawniła, wg Zamawiającego, żadnych pozycji, które wymagałyby szczegółowego wyjaśnienia z uwagi na znaczne odstępstwa od wartości podawanych przez wykonawców, a przyjętych przez Zamawiającego. Należy nadmienić, iż w ciągu kilku ostatnich lat Zamawiający prowadzi szereg inwestycji w zakresie wodno – kanalizacyjnym zarówno w formule „buduj” jak i

„zaprojektuj i wybuduj” i w każdym z tych postępowań wymaga przedłożenia od wykonawców lub wybranego wykonawcy kosztorysu. Zatem Zamawiający dysponuje zarówno danymi porównawczymi jak i wiedzą własną wykwalifikowanych pracowników pozwalającą na ocenę proponowanych kosztów i stawek. Dowód: zestawienie postępowań przetargowych Gminy Gnojnik za lata 2022 – 2023

Wobec powyższych okoliczności kierując wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający nie znalazł podstaw do domagania się szczegółowych wyjaśnień indywidualnych pozycji kosztorysu ofertowego. Powyższe skutkowało powtórzeniem w wezwaniach kierowanych do konsorcjum TBI/DWK oraz Ermont frazy wynikającej z ustawy co do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – taka treść wezwania powodowała, iż wykonawcy dysponowali dużą swobodą co do zakresu składanych wyjaśnień.

W ocenie Zamawiającego w świetle powyższego za nieuzasadniony należy uznać zarzut odwołania, iż złożone wyjaśnienia nie dotyczą wszystkich kwestii wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu. Wg Zamawiającego zarówno wyjaśnienia złożone przez konsorcjum TBI/DWK jak i Ermont w sposób rzetelny wskazują na ukształtowanie przez tych wykonawców jednostkowych stawek kosztorysowych w ofertach. Za nieuprawnioną należy w ocenie Zamawiającego uznać tezę, iż różnica cenowa między ofertą Odwołującej się, a ofertami konsorcjum TBI/DWK oraz Ermont wynikała z faktu zaproponowania nieprawidłowych hydrantów – szczegółowo co do powyższej kwestii Zamawiający odniesie się poniżej. W ocenie Zamawiającego obaj wykonawcy do których skierowano wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przedstawili je odnosząc się do elementów żądanych przez wykonawcę a mających wpływ na cenę ofert.

Co istotne także Odwołujący, mając wgląd w oferty złożone w postępowaniu (albowiem takiego dostępu zażądał w toku postępowania, po otwarciu ofert) nie wskazał żadnych pozycji kosztorysowych które w ocenie Odwołującego nie spełniały standardu rynkowej wyceny.

#### Co do zgodności ofert TBI/DWK oraz Ermont z warunkami postępowania

W ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego co do zaoferowania przez wykonawców (konsorcjum TBI/DWK oraz Ermont) hydrantów niezgodnych z warunkami postępowania jest niezasadny. Nieuprawnione jest bowiem ujmowanie ofert handlowych przedłożonych w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny za element oferty. W przedmiotowym postępowaniu każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu złożył oświadczenie o spełnieniu warunków postępowania. Nadto każdy z wykonawców przedłożył kosztorys sporządzony wg warunków Zamawiającego.

Zamawiający w ramach procedury wyjaśnień nie domagał się od wykonawców TDI/DWK oraz Ermont szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie hydrantów. W ocenie Zamawiającego oferty handlowe przedstawiane przez dostawców materiałów współpracujących z

wykonawcami nie muszą – w całości – pokrywać się co do materiałów, które faktycznie będą użyte w toku postępowania. Oferty te winny być ujmowane jako wskazujące na zakres relacji gospodarczych między stronami. (...)

#### Co do zarzutu wniesienia wadium przez konsorcjum TBI/DWK w sposób nieprawidłowy

Zgodnie z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 58 ust. 2 ustawy Pzp). Stosownie do art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zatem skoro obowiązki wynikające z 98 ust. 6 ustawy Pzp dotyczą wykonawcy, to odnoszą się one również do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których należy traktować jak jednego wykonawcę (por. wyrok z dnia 1 marca 2018 r., KIO 171/18).

Wskazywane przez Odwołującego judykaty dotyczą stosunku gwarancji (bankowej lub ubezpieczeniowej). Warto w tym miejscu zaznaczyć, że uregulowana w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny umowa poręczenia ma inny charakter niż gwarancja ubezpieczeniowa, czy gwarancja bankowa. Jest to swoista cecha poręczenia, czy nawet element essentialia negotii - akcesoryjność poręczenia, czyli uzależnienie zobowiązania poręczyciela od zakresu zobowiązania głównego (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2014 r., sygn. I ACa 505/14). Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności poręczyciela decyduje zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (tak m.in. J. Gołaczyński, Komentarz do art. 879, (w:) (red.) E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz 9. wydanie, Warszawa 2019, wyd. C. H. Beck). Zatem jest to odmienna sytuacja prawna, niż w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, czy też gwarancji bankowej. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, czyli u Przystępującego, zakres odpowiedzialności dłużnika głównego jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum, która występuje już na etapie postępowania przetargowego. Wynika to wprost z art. 445 ust 1 pzp. W doktrynie trafnie wskazano, że Artykuł 445 ust. 1 statuuje solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, trakcyjnie określanych jako konsorcjum. W wymiarze przedmiotowym wykonawcy ci solidarnie odpowiadają za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Solidarny charakter odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma swoje źródło wprost w ustawie. Zamawiający i wykonawcy w drodze czynności prawnej nie mogą ani jej wyłączyć, ani ograniczyć. Bez znaczenia dla odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia są ich wewnętrzne porozumienia (umowa konsorcjum) dotyczące wykonania poszczególnych



obowiązków składających się na całokształt zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosunek prawny łączący takich wykonawców, jak każdy stosunek zobowiązaniowy, jest skuteczny jedynie pomiędzy jego stronami (inter partes) i nie rodzi żadnych skutków prawnych wobec osób trzecich, w tym wobec zamawiającego. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym ze względu na sam fakt wspólnego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia z nimi umowy dotyczącej tego zamówienia. Do powstania ich odpowiedzialności solidarnej nie jest potrzebne dokonanie jakiegokolwiek dodatkowej czynności żadnej ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. W szczególności nie ma potrzeby wprowadzania do dokumentów zamówienia zapisów na okoliczność opisywanego rodzaju odpowiedzialności. Wykonawcy, co oczywiste, nie muszą też odrębnie wyrazić zgody na reżim odpowiedzialności solidarnej, gdyż ten wynika z samego faktu złożenia oferty. Solidarność odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest instytucją chroniącą interes zamawiającego jako wierzyciela. W doktrynie prawa cywilnego solidarna odpowiedzialność dłużników zaliczana jest do szeroko rozumianych zabezpieczeń zobowiązania. Korzystniejsza pozycja prawna wierzyciela dłużników solidarnych polega na tym, że wszyscy dłużnicy solidarni pozostają tak długo zobowiązani, aż zobowiązanie zostanie całkowicie wykonane. Zamawiający (jako wierzyciel) może również swobodnie, jedynie według swojego wyboru, skierować roszczenie o wykonanie zamówienia do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Solidarność zobowiązania dłużników powoduje istnienie nierozzerwalnej więzi dłużników wobec wierzyciela, dlatego też wewnętrzne postanowienia umowy łączącej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wskazujące, jakie części zamówienia powinni wykonać poszczególni wykonawcy, w żadnym stopniu nie wiążą zamawiającego. Zamawiający może się domagać od każdego z nich wykonania całości zamówienia i bez znaczenia jest okoliczność, jaką część zamówienia powinien on wykonać w myśl umowy z konsorcjum, oraz to, czy wypełnił już swoje zobowiązanie. (tak (...), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 445.) Zatem z powyższego wynika, iż w przedmiotowym przypadku poręczenie wadialne dotyczyło dłużnika głównego, którym są wszyscy członkowie konsorcjum co wynika z art. 445 ust 1 w związku z art. 58 ust 5 pzp. Należy także wskazać, iż mając powyższe na względzie Zamawiający w zapisach swz nie przewidział jakichkolwiek wymogów co do treści poręczenia czy gwarancji w przypadku tej formy złożenia wadium. Zatem Zamawiający nie miał podstaw oczekiwać by wystawca poręczenia był zobowiązany do ujmowania w treści dokumentu poręczenia kwestii konsorcjum. Takie rozumienie dokumentu poręczenia potwierdził także poręczyciel pismem z dnia 20 kwietnia br.

Dowód: pismo Tarnowskiej Agencji Rozwoju Regionalnego SA z dnia 20 kwietnia br

**Do postępowania odwoławczego** przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: TBI sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz D.K. „D.K. DWK” z siedzibą w Trzciance (Przystępujący) wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 25/04/2023 Przystępujący w szczególności podał: (...)

W ocenie Przystępującego podniesione w stanowisko Odwołującego jest błędne. Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. W szczególności w sposób zgodny z przepisami ustawy PZP Zamawiający przeprowadził procedurę badania i oceny ofert, badania rażąco niskiej ceny oraz wyboru Oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Z tego też odwołanie powinno podlegać oddaleniu w całości.

## II. Rażąco niska cena

4. W pierwszej kolejności Przystępujący pragnie wyjaśnić, iż teren na którym ma być realizowane przedmiotowe zamówienie oraz rzeczywiste warunki dotyczące jego realizacji są mu bardzo dobrze znane, gdyż na podstawie umowy z dnia 8 lipca 2022 r. numer 114/22 realizuje obecnie zamówienie pod nazwą: „Rozbudowa i modernizacja sieci wod. kan. wraz z budową ujęcia wody w Gminie Gnojnik”. Zamówienie to stanowi wcześniejszy (poprzedzający) etap zamówienia, które objęte jest przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego

5. Zamówienie realizowane na podstawie umowy z dnia 8 lipca 2022 r. Obejmuje rozbudowę instalacji wodociągowej 0 Odcinek o długości 10 281 m. Jego wartość zaś opiewa na kwotę: 2 695 016,90 zł brutto. Przedmiotowe zamówienie realizowane jest należycie, zgodnie z zawartą umową.

6. Jeśli zaś chodzi o roboty budowlane objęte przedmiotem niniejszego postępowania to ich długość wynosi 7 862 m i w praktyce mają one wydłużyć instalację wodociągową budowaną w oparciu o umowę z dnia 8 lipca 2022 r. Wartość tych robót Przystępujący wycenił na kwotę: 2 035 93247 zł brutto.

7. Jak zatem wyraźnie widać pomiędzy ceną robót realizowanych obecnie przez Przystępującego na podstawie umowy z dnia 8 lipca 2022 r. oraz ceną jego obecnej Oferty — jeśli dokonać ich przeliczenia z uwzględnieniem długości budowanych instalacji wodociągowych — zachodzi dość daleko idące podobieństwo.

8. Skoro zatem Przystępujący — o czym Zamawiający ma pełną wiedzę — jest obecnie w stanie w sposób należyty za wskazaną powyżej cenę, zgodnie z umową z dnia 8 lipca 2022 r. realizować niemal analogiczne roboty budowlane. jak roboty budowlane objęte przedmiotem niniejszego zamówienia to już z tylko tego powodu brak jest podstaw, aby że jego Oferta zawiera cenę nierynkową. Ciężko bowiem mówić o cenie nierynkowej (rażąco

niskiej cenie), gdy niemal za analogiczną cenę Przystępujący realizuje właściwie takie same budowlane.

9. Jednocześnie jak wskazał Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 7 marca 2023 r. (dalej: „Wyjaśnienia”) znajomość warunków terenowych, gruntowych i wodnych miała niebagatelny wpływ na poczynioną przez niego wycenę. Dzięki bowiem znajomości tychże warunków posiada on znacznie większą wiedzę na temat przedmiotu zamówienia niż pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu, a tym samym w znacznie bardziej precyzyjnie jest się w stanie wycenić.

10. Nie sposób zgodzić się zatem ze stanowiskiem Odwołującego, że Wyjaśnienia Przystępującego w tym zakresie były ogólne i również inni wykonawcy podnosili takie wyjaśnienia. W przeciwieństwie bowiem do innych wykonawców Przystępujący realizuje obecnie na terenie gminy Zamawiającego analogiczne roboty o Czym Zamawiający ma pełną wiedzę, gdyż jest ich stroną i na bieżąco je kontroluje

11. Przechodząc do twierdzeń Odwołującego jakoby Wyjaśnienia Przystępującego były ogólne i Przystępujący pragnie wskazać, że nie zgadza się z taką ich oceną.

12. W pierwszej bowiem kolejności należy wskazać, iż w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Zgodnie z punktem 20.3. i 20.4. SWZ oczekiwał on, że cena oferty zostanie wyliczona w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów oraz, że do Oferty zostanie załączona tabela elementów scalonych. Dzięki takiemu ujęciu sposobu obliczenia ceny Zamawiający dysponował szeroką wiedzą na temat przyjętego przez poszczególnych wykonawców (w tym Przystępującego) sposobu wyceny Oferty oraz jej poszczególnych elementów.

13. Przystępujący wraz z Ofertą przedstawił stosowne kosztorysy i tabelę elementów scalonych. Poszczególne zawarte w nich pozycje nie budziły żadnej wątpliwości Zamawiającego. Gdyby bowiem Zamawiający miał w ich zakresie jakieś wątpliwości to zapewne skorzystałby z przysługującego mu prawa do wyjaśnienia treści Oferty. Taka zaś sytuacja w okolicznościach niniejszego postępowania nie miała miejsca.

14. Jednocześnie biorąc pod uwagę, iż na przestrzeni ostatnich kilku lat Zamawiający zlecał większą liczbę tego typu zamówień, tj. robót budowlanych, których przedmiotem były roboty wodno-kanalizacyjne — to z całą pewnością dysponuje on danymi porównawczymi pozwalającymi mu ocenić kiedy roboty budowlane tego typu lub ich poszczególne części są wycenione w sposób nierynkowy (z rażąco niską ceną), a kiedy są wycenione w sposób nierynkowy.

15. Rzeczywiście — jak wskazuje Odwołujący - pomiędzy ceną Oferty Odwołującego, a Przystępującego występuje pewnego rodzaju rozbieżność. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się jednak, że w świetle art. 224 PZP nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie ww. przepisu, jedynie z powodu arytmetycznego porównania

ceny i stwierdzenia nawet znaczącej różnicy w cenach ofert. Przesłanka określona tym przepisem, aktualizuje się dopiero w sytuacji, w której wykonawca został wezwany przez zamawiającego w trybie art. 224 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Dopiero w przypadku, gdy wezwany wykonawca, nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że Oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty (por. wyrok (...) KIO 1176/21). Stąd też zarzut (...), że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępujący ze względu, iż złożył on ofertę 0 41% niższą od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu oraz o 38% niższą w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia w postępowaniu należy uznać za w całości bezpodstawny.

16. Co się zaś tyczy samych wyjaśnień to w okolicznościach niniejszej sprawy pismem z dnia 1 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego o złożenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Na przedłożenie przedmiotowych wyjaśnień Zamawiający wyznaczył Przystępującemu termin do dnia 7 marca 2023 r.

17. W określonym terminie Przystępujący przedstawił wyjaśnienia.

18. Przystępujący wyjaśnił, iż na realność (rynkowość) ceny jego Oferty m.in.

- 1) zakres rzeczowy sieci realizowany w większości po działkach prywatnych, częściowo niezabudowanych, jedynie fragmentami w drogach gminnych w Sąsiedztwie istniejących budynków;
- 2) możliwość wykonania pewnych fragmentów sieci w technologii bezrozkopowej z wykorzystaniem specjalistycznego sprzętu. co w praktyce oznacza wyeliminowanie kosztu rozbiórek, renowacji, a także stosowania podsypek i obsypek rurociągów z uwagi na właściwości użytkowe i wytrzymałościowe projektowanych do wbudowania rur PE 100 szeregu SDR 11 PN16;
- 3) zakwalifikowania przedsięwzięcia do II kategorii geotechnicznej;
- 4) warunki gruntowo-wodne zaliczane do prostych o jednorodnej strukturze bez wpływu wód gruntowych poniżej posadowienia infrastruktury, przy równoczesnym zaniku niekorzystnych \*wisk geologicznych związanych z powierzchniowymi ruchami mas ziemnych.

19. Przystępujący wyjaśnił, że wszystkie te wymienione czynniki prowadzą do wniosku, że zaprojektowana sieć nie jest obiektem skomplikowanym pod względem technicznym, nie występują zagrożenia związane z gęstością zabudowy lub niekontrolowanym ruchem mas ziemnych. Dodatkowo termin wykonania tychże robót, tj. 18 miesięcy jest na tyle odległy, że pozwala na wybór najkorzystniejszego okresu realizacji ze względu na roku, co pozwoli uniknąć niekorzystnych zjawisk atmosferycznych.

20. Na potwierdzenie Swojego stanowiska Przystępujący odwołał się do:

- 1) kosztorysów ofertowych;
- 2) zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu;
- 3) tabeli elementów scalonych;
- 4) ofert cenowych dostawcy materiałów „TADMAR” sp. z o.o.

21. Z kosztorysów ofertowych oraz tabel elementów scalonych wynika, że koszty pośrednie Przystępujący określił na poziomie 30%, zaś zysk na poziomie 10%. W ocenie przystępującego zysk na poziomie 10% jest zyskiem rynkowym i w pełni go satysfakcjonującym.

22. Jednocześnie zgodne z prawdą jest, iż Przystępujące w swoich kosztorysach przyjął stawkę godzinową 22,80 zł. Przystępujący pragnie jednak podkreślić, iż jest to jednak stawka zgodna z Obowiązującymi przepisami oraz obowiązująca u niego w odniesieniu do osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia. Jednocześnie uwadze nie może umknąć, iż zgodnie z paragrafem 22 ust. 1 projektem umowy jaka ma zostać zawarta z wybranym wykonawcom Zamawiający przewidział, że w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej albo zasad podlegania ubezpieczeniom lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne dokona waloryzacji ceny. Z tego względu wbrew twierdzeniom Odwołującego nie było potrzeby żeby Przystępujący kalkulował swoją ofertę z zachowaniem pewnego buforu uwzględniającego możliwe podwyżki w zakresie minimalnego wynagrodzenia. Jeśli do takiej podwyżki by doszło to jej zwiększony koszt dla Podwykonawcy zostanie rozliczony w ramach przewidzianej w projekcie umowy waloryzacji.

23. Na potwierdzenie, iż oferta Przystępującego nie jest ofertą z rażąco niską ceną przedstawił on również oferty dostawcy materiałów na dostawę materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia. W sposób szczegółowy wskazują one, że przyjęte przez Przystępującego ceny są skorelowane z cenami materiałów jakie obowiązują na rynku. W związku z tym zupełnie niezrozumiały jest zarzut Odwołującego, iż oferty te są ważne tylko do marca 2023 r. i powinien on przewidzieć wzrost cen materiałów, Wbrew twierdzeniom Odwołującego przepisy ustawy PZP nie nakładają na wykonawców, w tym Przystępującego Obowiązku kalkulowania cen z buforem uwzględniającym ryzyko podwyżki ceny. Dokonana przez Przystępującego wycena została dokonana z uwzględnieniem cen realnie obowiązujących obecnie na rynku. Dodatkowo należy wskazać, iż wahania cen materiałów budowlanych charakteryzują się zarówno ich wzrostami, jak i spadkami. Stąd też za nieuprawnione należy uznać Odwołującego, że z całą pewnością dojdzie do wzrostu cen materiałów budowlanych

III. Niezgodność oferty z warunkami zamówienia

24. Przystępujący zaprzecza również twierdzeniom jakoby jego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia. Nie są zgodne z prawdą twierdzenia Odwołującego jakoby Przystępujący zaoferował hydranty z warunkami zamówienia.

25. Składając ofertę Przystępujący wprost oświadczył, że:

1) zapoznał się ze specyfikacją warunków' zamówienia (SWZ) oraz je załącznikami, wyjaśnieniami do SWZ oraz jej modyfikacjami i uznaje się za związanego określonymi w niej zasadami postępowania,

2) zapoznał się z przedmiotem zamówienia i warunkami jego realizacji, a także uzyskał wszelkie niezbędne informacje do przygotowania i złożenia oferty oraz wykonania zamówienia.

26. Oznacza to, że składając ofertę Przystępujący oświadczył, że jego oferta jest zgodna z całą dokumentacją postępowania, w tym w szczególności z dokumentacją projektową (projektem budowlano-wykonawczym, przedmiarem robót, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, przepisami technicznymi i wiedzą techniczną).

27. W konsekwencji poczynione przez Przystępującego w ofercie oświadczenie dotyczyło również hydrantów pożarowych, na które wskazuje Odwołujący w swoim odwołaniu. Oznacza to, że Przystępujący już w swojej ofercie zaoferował hydranty zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

28. Co się zaś tyczy przedłożonej przez Przystępującego wraz wyjaśnieniami co do rażąco niskiej ceny oferty dostawcy materiałów „TADMAR” sp. z o.o. to należy wskazać, iż nie stanowi ona treści oferty Przystępującego, a jest jedynie dokumentem mającym na celu wykazanie (udowodnienie), iż jego oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną.

29. Należy podkreślić, iż dokument (oferty dostawców materiałów) jakie są przedkładane przez wykonawców w ramach procedury wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie muszą w pełni pokrywać się z tym konkretnym przedmiotem zamówienia.

30. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z 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.

31. W zakresie tego typu wyjaśnień ustawa Pzp nie formułuje wymagań, iż dowody przedstawiane przez wykonawcę na poparcie swoich wyjaśnień mają dotyczyć wyłącznie tylko tego konkretnego postępowania lub że mają zostać pozyskane przez wykonawcę specjalnie w celu sformułowania tychże 'wyjaśnień. W tym zakresie wykonawca jest

uprawniony przedstawić każde dowody, które będą potwierdzały, iż złożona przez niego oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną. Z tego też względu może się zdarzyć, że załączone do wyjaśnień dowody będą dotyczyły również szerszego zakresu kwestii niż tylko te związane z przedmiotem wyjaśnień.

32. W końcu ze względu na treść art. 223 ust. 1 ustawy PZP niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej Oferty. Poprawienie oferty jest zaś możliwe \*Mącznie w przypadkach wskazanych w ustawie Pzp, a w szczególności w przypadku wystąpienia: istotnej omyłki psarskiej, istotnej omyłki rachunkowej lub innej omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści Oferty.

33. Z tego też względu po tym jak upłynął termin składania ofert nie jest możliwe, aby jakkolwiek wykonawca, w tym Przystępujący poprzez swojej późniejsze oświadczenie modyfikował treść oferty w zakresie oferowanego przez siebie przedmiotu zamówienia (elementu przedmiotu zamówienia). Przystępujący pragnie raz jeszcze podkreślić, iż składając Ofertę zaoferował hydranty zgodne z warunkami zamówienia.

#### IV. Wadium wniesione w formie poręczenia

34. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego złożonego przez Przystępującego wadium w pierwszej kolejności pragnę wskazać, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego wadium w formie poręczenia jest zabezpieczeniem mającym charakter odmienny od wadium w gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, o których mowa w przywoływanych przez niego wyrokach Krajowej Izby odwoławczej, albowiem poręczenie ma charakter akcesoryjny w stosunku do wierzytelności, którą zabezpiecza, podczas gdy gwarancja ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter, którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego dnia 15 lutego 2018 r., Sygn. akt IV CSK 86/17). Z tego też względu nie można uznać za zgodne z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej twierdzenie jakoby orzecznictwo dotyczące gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej mogło być wprost stosowane w odniesieniu do wadium w formie poręczenia i istniała tu ugruntowana linia orzecznicza.

35. Analizując przedmiotowy zarzut uwadze nie powinien umknąć również cel jakiemu w ustawie PZP nadano wadium. Jak wskazuje się w orzecnictwie po pierwsze, celem wadium jest realne zabezpieczenie zatrzymania przez zamawiającego określonej sumy tytułem swoistej rekompensaty za niewypełnienie niektórych obowiązków wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (por. (...) KIO 305/23).

36. Jednocześnie w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., Sygn. akt IV CSK 86/17 Sąd Najwyższy wyjaśnił, że dla solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia decydujące znaczenie ma stwierdzenie, że przedmiotem których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków - ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do nich samych, bez ich wykonania przez pozostałych - nie ma żadnej wartości dla zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 KC, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. *In casu* oznacza to, że w razie niewykonania któregokolwiek z obowiązków przez TBI odpowiedzialność z tego tytułu ponosiłby także „DWK” D.K..

37. Z tego też względu poręczenie udzielone „DWK” D.K. w celu zabezpieczenia wadium w ramach niniejszego postępowania obejmuje również drugiego z członków konsorcjum tj. TBI.

38. W trakcie aplikowania o przedmiotowe poręczenie Tarnowska Agencja Rozwoju Regionalnego SA. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Poręczyciel”) została poinformowana, że przedmiotowe poręczenie jest udzielane w celu zabezpieczenia wadium w ramach niniejszego postępowania. Z treści poręczenia wprost wynika, że Poręczyciel miał tego świadomość.

39. Wiedząc, iż przedmiotowe poręczenie udzielane jest w celu zabezpieczenia wadium w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Poręczyciel jako podmiot profesjonalny musiał być i był świadomy swojej odpowiedzialności w przypadku, gdyby „DWK” D.K. składała ofertę wraz z innym wykonawcą TBI.

40. O tym, iż przedmiotowe poręczenie obejmuje zarówno „DWK” D.K., jak i TBI sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie świadczy również oświadczenie własne poręczyciela, z którego wprost wynika, że: (...) Informujemy, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia dot. „Rozbudowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Gnojnik w miejscowościach: Gnojnik. Gosprzydowa, Uszew oraz Lewniowa”, znak sprawy RliD.271.4.2023 nie Zaznaczono, że w udzielonej gwarancji/poręczeniu wadialnym muszą być wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum. W związku z powyższym w Oświadczeniu o udzieleniu poręczenia wadialnego nr 6/FPK/TARR/2022 została ujęta Firma D.K. DWK z siedzibą w miejscowości Trzciana 211.32-733 Trzciana, NIP: 8681830496, REGON: 382831943. Jednocześnie oświadczamy, że w przypadku zaistnienia konieczności uruchomienia poręczenia wadialnego, Tarnowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. uzna roszczenie wynikające z przesłanek PZP z winy któregokolwiek członka konsorcjum”.

41. Powyższe stanowisko potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku (...) KIO 130/20 Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że uregulowana w ustawie z



dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny umowa poręczenia ma inny charakter niż gwarancja ubezpieczeniowa, czy gwarancja bankowa. Przede wszystkim zgodnie z przepisem art. 879 § 1 KC o zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika. Jest to swoista cecha poręczenia, czy nawet element essentialia negotii — akcesoryjność poręczenia, czyli uzależnienie zobowiązania poręczyciela od zakresu zobowiązania głównego (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2014 r., Sygn. I ACa 505/14). Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności poręczyciela decyduje zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (tak m.in. J. Gołaczyński, Komentarz do art. 879, (...)). Zatem jest to odmienna sytuacja prawna, niż w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, Czy też gwarancji bankowej. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum, która występuje już na etapie postępowania przetargowego. Z tej przyczyny złożone poręczenie obejmuje wszystkich członków konsorcjum.

42 W swoim oświadczeniu z dnia 20 kwietnia 2023 r. poręczyciel wprost potwierdził, iż w przypadku ziszczenia się którejkolwiek z przewidzianych w ustawie PZP przesłanek zatrzymania wadium uzna swoją odpowiedzialność niezależnie z winy którego z członków konsorcjum Przystępującego do takiego zatrzymania by doszło.

43. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż SWZ niezbyt precyzyjnie formułuje wymagania co do treści i formy wadium wnoszonego w formie poręczenia. W szczególności nie znajduje się w nim postanowienie, z którego wynikałoby, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane przez nich wadium w formie poręczenia powinno dotyczyć każdego w tychże wykonawców. Zgodnie zaś z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wszelkiego rodzaju niedokładności po stronie zamawiającego powinny być tłumaczone na korzyść wykonawców lub przynajmniej nie powinny wynikać z nich dla nich konsekwencje.

44. Biorąc pod uwagę powyższe nie może zatem budzić wątpliwości, iż przez Przystępującego poręczenie w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego i tym samym realizuje cel jaki w ustawie PZP przypisano wadium. (...)

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Gnojnik w miejscowościach: Gnojnik, Gosprzydowa, Uszew oraz Lewniowa” (część 1) następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (Konsorcjum firm): TBI sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz D.K. „D.K. DWK” z siedzibą w Trzciance (dalej: TBI/DWK) jako niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), w wyniku zaoferowania przez tego wykonawcę hydrantu niespełniającego wymogów SWZ, w szczególności specyfikacji technicznych;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty TBI/DWK jako złożonej przez wykonawcę, który:
  - a. złożył ofertę o 41% niższą od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu oraz o 38% niższą w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia w przedmiotowym postępowaniu,
  - b. nie wykazał, pomimo ciężaru dowodu spoczywającym na nim, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, jako że złożone przez niego wyjaśnienia (przekazane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP) były lakoniczne, niepoparte niezbędnymi dowodami oraz nie odnosiły się do wszystkich elementów wskazanych w wezwaniu;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 5 i ust. 7 pkt 4 w zw. z art. 98 ust. 6 w zw. z art. 58 ust. 5 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty TBI/DWK jako złożonej przez wykonawcę, który wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, tj. w formie poręczenia udzielonego przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy (...) o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, podczas gdy z oświadczenia o poręczeniu nie wynika, aby poręczyciel był zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego sumy odpowiadającej kwocie wadium w przypadku zaistnienia przesłanek jego zatrzymania, za których wystąpienie odpowiadałby członek konsorcjum, tj. TBI;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ERMONT jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca ten przewidział zastosowanie hydrantu z pojedynczym zamknięciem, podczas gdy z opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności z projektu technicznego wynika, że Zamawiający wymagał zaoferowania hydrantu z podwójnym zamknięciem;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ERMONT jako oferty z rażąco niską ceną w sytuacji, gdy treść udzielonych wyjaśnień jest powierzchowna i nie wykazuje, że zaoferowana cena umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami.

Wykonawca na posiedzeniu oświadczył, że cofa zarzut opisany w punkcie 1 w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, które to naruszenie dotyczy zaniechania „*odrzućenia oferty TBI/DWK jako niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia, w wyniku zaoferowania przez tego wykonawcę hydrantu niespełniającego wymogów SWZ, w szczególności specyfikacji technicznych*”. Tym samym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu.

Izba, pozostałe zarzuty podnoszone wobec oferty Konsorcjum TBI oraz wykonawcy ERMONT, uznała za nie zasługujące na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp dotyczący zaniechania odrzucenia ofert wykonawców z powodu rażąco niskiej ceny oferty, Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za najkorzystniejszą (w części 1) została uznana oferta Konsorcjum TBI/DWK z ceną 2 035 932.47 zł. W pozostałych ofertach wskazano na następujące ceny:

- 1) Firma Handlowo-Usługowa ERMONT B. R. (...) - 2 854 147.35 zł
- 2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe WOLIMEX E. W. (...) – 4 991 207.69 zł
- 3) SANTEX Sp. z o.o. (...) - 2 913 422.68 zł
- 4) AMG PROINVEST SP. z o.o. (...) - 4 084 811.51 zł
- 5) ATB Przedsiębiorstwo Budowlano - Inżynieryjne Sp. z o.o. (...) - 3 718 248.79 zł

Zamawiający na otwarciu ofert podał, że (...) *kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi dla:*

- *części 1 zamówienia „Rozbudowa sieci wodociągowej w miejscowości: Gnojnik - Górka, Gnojnik - Uwrocie, Gnojnik - Tłoki, Gnojnik i Uszew” w wysokości 3 300 000.00 zł brutto*

W dniu 1 marca 2023 r. skierował do trzech wykonawców, w tym Przystępującego oraz Odwołującego i wykonawcy ERMONT wezwania „Do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu”. W jego treści wskazał (...) *uznając, że zaoferowana przez wykonawcę cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, wzywa wykonawcę, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...), (...) do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych*

części składowych. Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: (...). Dalej zacytował treść przepisu (punkt 1) do 7) i następnie podał: „Przy czym Zamawiający żąda złożenia wyjaśnień co najmniej w zakresie, o którym mowa w pkt 4 i 6”, które dotyczą zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W ostatnim akapicie pouczył: „Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, 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 rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty”.

Przystępujący wykonawca (Konsorcjum TBI/DWK) w wyjaśnieniach z dnia 7 marca 2023 r. podał w szczególności: (...)

1/ Na wstępie składanych wyjaśnień należy zaznaczyć, że firma „TBI” Sp. z o.o. na mocy podpisanej z Zamawiającym w dniu 08.07.2022 roku Umowy 114/2022 aktualnie prowadzi na terenie Gminy rozbudowę istniejącej sieci wodociągowej o odcinek długości 10.281,0m. Ogłoszone w miesiącu lutym bieżącego roku postępowanie przetargowe ma ją wydłużyć o kolejne 7.862,0 m. Nikt z oferentów biorących udział w tym postępowaniu nie miał lepszego rozeznania, co do panujących warunków terenowo - gruntowo-wodnych w przysiółkach objętych przetargiem niż firma „TBI” Sp. o.o. , stąd taka propozycja cenowa w złożonej ofercie. (...)

2/ Fakt, statystycznie odbiega ona od tej jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację tego zadania , stanowi jej 61,70% i w myśl zapisów art.224 ust.2 pkt 1 ustawy (...) jest o ponad 30% od niej niższa. Należy jednak zauważyć, że na sześć złożonych w tym postępowaniu ofert tylko trzy zmieściły się w zabezpieczonej kwocie, a kolejne trzy znacząco ją przekroczyły. Wynik 50/50 jaskrawo uwidacznia z jakim rozregulowanym rynkiem wykonawczym mamy obecnie do czynienia albo, że część firm liczy na przysłowiowe szczęście za grube pieniądze . Prawdopodobnie żaden z oferentów nie zadał sobie trudu by poddać weryfikacji zapisy dokumentacji projektowej oraz przedmiary ze stanem faktycznym terenu przyszłych robót, zadziałał automat - z „za biurka” opracowano kosztorysy, a otrzymane kwoty przeniesiono do oferty. Gmina, na co by wskazywały zaoferowane kwoty wykonania tych 7,8 km sieci nie buduje magistrali wodociągowej, tylko klasyczną sieć przesyłową średnicy Ø110mm mającą zapewnić mieszkańcom dostęp do wody pitnej, stąd np. cena wykonania na poziomie 635 zł/mb, jest chyba grubą przesadą. Swój udział w zawyżaniu wycen ma również sam autor przedmiarów, który dla uniknięcia zarzutu pominięcia bądź braku wyceny pewnych elementów, powielał te same podstawy w każdym z przedmiarów. Zadziałał ponownie automat lub celowo zawyżono wyceny, by Zamawiający mógł zabezpieczyć wystarczającą ilość środków finansowych na realizację z

pewną nadwyżką. Trudno nie postawić w tym miejscu tezy, że pojęcie „rażąco niska cena” jest pojęciem czysto umownym wynikającym z działań matematycznych, które nie poparte analizą uwarunkowań lokalnych wypaczają końcowy wynik postępowania. Celem urealnienia wycen należało przeanalizować szereg czynników mających bezpośredni wpływ na koszty wykonania.

3/ Czynniki te są między innymi :

3/1. Zakres rzeczowy sieci realizowany w większości po działkach prywatnych, częściowo niezabudowanych, fragmentami w drogach gminnych w sąsiedztwie, istniejących budynków jednorodzinnych.

3/2. Możliwość wykonania, pewnych fragmentów sieci w technologii bezrozkopowej z wykorzystaniem specjalistycznego sprzętu. Dotyczy to w szczególności skrzyżowań z istniejącą infrastrukturą podziemną, działek zabudowanych stabilnymi ogrodzeniami oraz tych miejsc, gdzie technologia ta znajdzie zastosowanie. Eliminuje ona konieczność rozbiórek, renowacji, a także stosowania podsypki i obsypki rurociągów z uwagi na właściwości użytkowe i wytrzymałościowe projektowanych do wbudowania rur PE 100 szeregu SDR11 PN16.

3/3. Przedsięwzięcie objęte postępowaniem jest inwestycją liniową zakwalifikowaną do II-giej kategorii geotechnicznej ze względu na głębokości posadowienia w granicach do 1,5m ppt.

3/4. Warunki gruntowo-wodne zaliczono do prostych o jednorodnej strukturze bez wpływu wód gruntowych poniżej posadowienia infrastruktury, przy równoczesnym zaniku niekorzystnych zjawisk geologicznych związanych z powierzchniowymi ruchami mas ziemnych.

Wszystkie te wymienione wyżej czynniki skłaniają do stwierdzenia, że zaprojektowana sieć nie jest obiektem skomplikowanym pod względem technicznym wykonania, nie występują zagrożenia związane z gęstością zabudowy lub niekontrolowanym ruchem mas ziemnych. Planowany termin wykonania wynoszący 18 miesięcy jest na tyle odległy, że gwarantuje jego dochowanie i daje możliwość wyboru najkorzystniejszego okresu realizacji ze względu na porę roku dla uniknięcia niekorzystnych zjawisk atmosferycznych.

4. Na potwierdzenie, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny niech posłużą załączone dowody w postaci :

4/1. Szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej na którą składają się :

4/1/1 - kosztorys ofertowy,

4/1/2 - zestawienia robocizny, materiału i sprzętu,

4/1/3 - tabela elementów scalonych,

4/2. Kalkulacje sporządzono w oparciu o otrzymane oferty cenowe na podstawowe materiały do zabudowy takie jak: 4/2/1 - rury PE, 4/2/2 - armatura wodociągowa

4/3. W przedłożonych do wglądu kalkulacjach brak jest znamion świadomego lub celowego zaniżania przyjętych do wyceny nośników cenotwórczych jak i cen jednostkowych poszczególnych materiałów przewidzianych projektem do wbudowania. Potwierdza to między innymi będące załącznikiem do niniejszych wyjaśnień oświadczenie firmy „TADMAR”S -G Polska Sp. z z siedzibą w Tarnowie o dalszej wzajemnie korzystnej współpracy z „LIDEREM/ PARTNEREM” KONSORCJUM , firmą „DWK D.K.” w zakresie dostaw materiałowych. (...)

Koszty pracy też nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz od minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...) i wynoszą odpowiednio  $R=22,80$  zł, natomiast pozostałe nośniki cenotwórcze takie jak koszty ogólne  $K_o$ , przewidywany poziom zysku  $Z$ , czy koszty sprzętu KONSORCJUM kształtuje swobodnie dla zapewnienia minimum rentowności.

4/4. Realizując już roboty na terenie Gminy, KONSORCJUM w swojej ofercie mogło sobie pozwolić na pewien opust cenowy z tytułu oszczędności wynikających między innymi z ograniczenia do niezbędnego minimum logistyki własnych środków produkcji, możliwością realizacji robót liniowych metodą przewiertu sterowanego, organizowanie dostaw materiałowych w systemie „loco budowa”.

Przedkładając powyższą argumentację „LIDER” KONSORCJUM uznaje, że zaoferowana cena wykonania przedmiotowego zadania nie nosi mimo wszystko znamion rażąco niskiej, poparta jest dowodami, rzetelną analizą zakresu rzeczowego oraz uwarunkowaniami zewnętrznymi, gwarantuje minimalny zysk i tym samym nie stanowi podstawy do jej odrzucenia zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp.”

Mając na uwadze powyższe ustalenia trudno nie zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego i Przystępującego Konsorcjum, co do niezasadności tego zarzutu. W stanie faktycznym tej sprawy Zamawiający na etapie oceny ofert dysponował szczegółową informacją, co do kosztów cenotwórczych przyjętych przez poszczególnych wykonawców, albowiem kosztorysy były wymagane wraz z ofertą. Jednakże kierując do wykonawców wezwania w przedmiotowym postępowaniu uwzględnił formalną okoliczność, a mianowicie, że te oferty w ich warstwach cenowych spełniały przesłankę ustawową (przekroczenie wskaźnika 30 %) wskazującą na konieczność wyjaśnienia co do „rażąco niskiej ceny”.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący wskazał szczegółowo na okoliczności – cytowane wyżej - uzasadniające kalkulację ceny oraz przedstawił – wymienione powyżej – dowody. W świetle powyższego za niezasadny należało uznać zarzut odwołania, że wyjaśnienia nie dotyczą wszystkich kwestii wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu. Wyjaśnienia Konsorcjum TBI/DWK rzetelnie wskazują na ukształtowanie przez wykonawcę

jednostkowych stawek kosztorysowych w jego ofercie. Ponadto teza, że różnica cenowa między ofertą Odwołującego, a ofertą Konsorcjum TBI/DWK wynikała z faktu zaproponowania nieprawidłowych hydrantów – nie została podtrzymana z uwagi na cofnięcie tego zarzutu wobec Konsorcjum. W konkluzji należy stwierdzić, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny odnoszące się do elementów żądanych przez Zamawiającego, mających wpływ na cenę oferty nie potwierdziły, że cena jest nierynkowa. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał, aby z kosztorysów wynikały znaczne odstępstwa od wartości podawanych przez wykonawców w stosunku do przyjętych w przedmiarach Zamawiającego mających istotny wpływ na cenę oferty. Zarzut co do kwestionowanej pozycji 1.1. z kosztorysu ofertowego dotyczącego sieci – Górki podnoszony na rozprawie nie potwierdził się. Żadna inna pozycja z tego czy innego kosztorysu na potwierdzenie nieuprawnionego zaniżenia obmiaru nie została w toku rozprawy wskazana. Z kosztorysów ofertowych oraz tabel elementów scalonych wynika, że koszty pośrednie Przystępujący określił na poziomie 30%, zaś zysk na poziomie 10%, który jest zyskiem rynkowym i może być satysfakcjonującym dla przedsiębiorcy. Ponadto Konsorcjum w kosztorysach przyjęło stawkę godzinową 22,80 zł zgodną z obowiązującymi przepisami i jak podał Przystępujący – co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego - obowiązującą w odniesieniu do osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia. Ponadto Przystępujący słusznie wskazał, że zgodnie z paragrafem 22 ust. 1 projektem umowy jaka ma zostać zawarta z wybranym wykonawcom Zamawiający przewidział, że w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej albo zasad podlegania ubezpieczeniom lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne dokona waloryzacji ceny. Z tego względu nie było potrzeby, aby Przystępujący kalkulował ofertę z zachowaniem pewnego buforu uwzględniającego możliwe podwyżki w zakresie minimalnego wynagrodzenia. Także oferty dostawców materiałów do realizacji zamówienia potwierdzają, że oferta Przystępującego nie jest ofertą z rażąco niską ceną. Przyjęte przez Przystępującego ceny są skorelowane z cenami materiałów jakie obowiązują na rynku, a wbrew twierdzeniom Odwołującego przepisy ustawy Pzp ani SWZ nie nakładają na wykonawców, jak podnosił Przystępujący, obowiązku kalkulowania cen z buforem uwzględniającym ryzyko podwyżki ceny.

Także nie podlegają uwzględnieniu zarzuty podnoszone wobec oferty wykonawcy ERMONT. Wskazany zarzut zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oparty został na twierdzeniu, że *„wykonawca ten przewidział zastosowanie hydrantu z pojedynczym zamknięciem, podczas gdy z opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności z projektu technicznego wynika, że Zamawiający wymagał zaoferowania hydrantu z podwójnym zamknięciem”*. Z kolei wskazane naruszenie art. 226

ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp Odwołujący oparł na twierdzeniu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ERMONT z powodu rażąco niską ceny, albowiem *„treść udzielonych wyjaśnień jest powierzchowna i nie wykazuje, że zaoferowana cena umożliwi wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami.”*

Co do pierwszego podlegającego oddaleniu zarzutu, Izba miała na uwadze stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym w ramach procedury wyjaśnień nie domagał się od wykonawców szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie hydrantów. Oferty handlowe przedstawiane przez dostawców materiałów współpracujących z wykonawcami nie muszą w całości pokrywać się co do materiałów, które faktycznie będą użyte w toku postępowania. Ponadto w przedmiotowym postępowaniu każdy z wykonawców – w tym ERMONT - przedłożył kosztorys sporządzony wg warunków SWZ. Izba zwraca ponadto uwagę, że podobny zarzut, z analogiczną argumentacją Zamawiającego, został podniesiony wobec oferty Konsorcjum TBI/DWK, który to zarzut został wobec tego wykonawcy cofnięty.

Odnośnie drugiego z zarzutów, Izba wskazuje, że wykonawca ERMONT w odpowiedzi na wezwanie (z dnia 1/03/ 2023 ) w piśmie z dnia 7 marca 2023 r. w szczególności podał: (...)

*„Na oszczędność metody wykonania zamówienia ma wpływ kilka czynników. Firma ERMONT zaopatruje się w materiały budowlane bezpośrednio u hurtowników dystrybutorów, gwarantujących niską cenę bez wysokich marż sprzedażowych. Materiały dostarczane są bezpośrednio na budowę obniżając tym samym niepotrzebne koszty pośrednie. Roboty budowlane realizujemy przy użyciu sił własnych, własnego sprzętu, nie ponosząc dodatkowych kosztów najmu maszyn, narzędzi i urządzeń. Nie korzystamy z podwykonawstwa robót, dzięki temu gwarantujemy solidne i terminowe ukończenie kontraktu. Posiadamy wieloletnie doświadczenie w realizacji robót ziemnych na terenie gmin sąsiednich (m.in. Limanowa, Żegocina), znane są nam warunki gruntowe, które w naszej ocenie nie utrudniają realizacji zadania, a tym samym nie generują dodatkowych kosztów związanych z nakładem pracy. Jesteśmy firmą lokalną mogącą zagwarantować konkurencyjne, niskie ceny z równoczesną gwarancją wysokiej jakości robót. Wartość kosztów pracy przyjęta przez Firmę ERMONT do ustalenia ceny jest nie niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę zgodnie z wymaganiami ustawy. Informujemy, że nasi pracownicy są zatrudnieni na podstawie umów o pracę. W przedmiotowym postępowaniu nasza proponowana kwota za zrealizowanie zadania jest niższa tylko o 59 2752,33 zł brutto od oferty nr 4. Świadczy to, iż wartość złożonej oferty jest realna i adekwatna do obecnie panujących warunków na rynku usług budowlanych. Oświadczam, że zaoferowana przez nas cena jest wyższa niż koszty wytworzenia usług i robót objętych ofertą i zapewnia zysk Wykonawcy. Reasumując, za oferowaną cenę 2 854 147,35 zł brutto jesteśmy gotowi*



*prawidłowo i terminowo zrealizować powierzone zadanie. Na powyższe składamy dowody w postaci oferty cenowej na materiały budowlane od naszego dostawcy wraz z informacją o wysokości wypracowanego rabatu oraz wykaz maszyn i urządzeń firmowych, niezbędnych do kompleksowej realizacji zadania. Załączone materiały dowodowe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Proszę je zastrzec przed ogólnym dostępem. Załącznik: - oferta materiałowa wraz z oświadczeniem dostawcy - wykaz maszyn i urządzeń Wykonawcy”.*

Zdaniem Izby, wnoszący odwołanie wykonawca nie wykazuje, że wykonawca ERMONT ukształtował w ofercie jednostkowe stawki kosztorysowe w sposób nierzetelny. Różnice cenową z ceną jego oferty wiąże z przyjęciem nieprawidłowych hydrantów, który to zarzut – jak podano wyżej – nie podlega uwzględnieniu. Tak jak podał Zamawiający w odpowiedzi wskazane stawki w poszczególnych pozycjach kosztorysowych mają charakter cen przyjmowanych na rynku. W szczególności Odwołujący nie wskazał, która pozycja wymagałaby szczegółowego wyjaśnienia z uwagi na znaczne odstępstwa od standardu rynkowej wyceny i wartości podawanych przez wykonawców w tym postępowaniu. Zamawiający z uwagi na prowadzone od wielu lat inwestycje wodno – kanalizacyjnym i wymagane w postępowaniach kosztorysy niewątpliwie dysponuje zarówno danymi porównawczymi jak i wiedzą własną pozwalającą na ocenę proponowanych kosztów i stawek. Zamawiający w wezwaniu – z uwagi na jego treść - nie oczekiwał szczegółowych wyjaśnień indywidualnych pozycji kosztorysu ofertowego, a treść wezwania w istocie – jak wskazywał – stanowi powtórzenie „*frazy wynikającej z ustawy co do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – taka treść wezwania powodowała, iż wykonawcy dysponowali dużą swobodą co do zakresu składanych wyjaśnień*”. Tym samym w stanie faktycznym tej sprawy - należało zgodzić się z Zamawiającym, że zarzut odwołania nie jest zasadny. Złożone wyjaśnienia są adekwatne do tego stanu faktycznego i dotyczą wszystkich kwestii wskazanych w wezwaniu.

Co do zarzutu wniesienia wadium przez Konsorcjum TBI/DWK w sposób nieprawidłowy Odwołujący wskazał na przepisy ustawy Pzp, a które to przepisy stanowią:

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

Art. 97 ust.5 i ust.7 pkt 4:

„5: *„Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.”*

7. Wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach: (...) 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (...).

Art. 98 ust.6: *„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: (...)*

Art. 58. ust.5: *„Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”.*

Wskazane przepisy Pzp przepisy ustawy Pzp nie zawierają takich szczególnych uregulowań wobec Konsorcjum co do wadium, jakich w podnoszonej argumentacji domaga się Odwołujący. Izba zwraca uwagę dodatkowo na art. 58 ust. 4 Pzp, która to regulacja nie odnosi się do wadium. Przepis ten bowiem stanowi: *„4. W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu”.* Co do wadium – odpowiednie zastosowanie tego przepisu -

Zamawiający ponadto w postanowieniach SWZ nie przewidział specjalnych wymogów dla Konsorcjum, co do treści poręczenia czy gwarancji. Zatem nie miał podstaw - jak podnosił na rozprawie – oczekiwać, aby wystawca poręczenia w treści dokumentu poręczenia odnosił się wprost do kwestii konsorcjum. Zdaniem Izby ważna wskazówka interpretacyjna, co do spornych kwestii wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15.02.2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17), w którym Sąd Najwyższy wskazał na cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego. Także w tym wyroku – jak podnosił Zamawiający i Przystępujący - Sąd Najwyższy wyjaśnił, że dla solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia decydujące znaczenie ma stwierdzenie, że przedmiotem których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium są świadczenia niepodzielne. Wykonawcy w ramach konsorcjum ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Zatem za prawidłowe i wystarczające wniesienie wadium można uznać, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od poręczyciela zapłaty oznaczonej kwoty

pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w ustawie Pzp. Treść poręczenia (podobnie jak gwarancji) co do spornej kwestii może być różna, przykładowo może wymieniać lidera lub jednego z konsorcjantów, bądź wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum. Także dla rozstrzygnięcia sprawy – jak podnosi SO w Krakowie w wyroku z dnia 09.10.2020 r. (sygn. akt II Ca 1656/20) - nie ma znaczenia kwestia istnienia po stronie konsorcjanta, który wniósł wadium, umocowania do reprezentowania konsorcjum i zawarcia umowy poręczenia.

W tej sprawie z pisma poręczyciela z dnia 20 kwietnia 2023 r. złożonego w postępowaniu dowodowym przed Izłą bezspornie wynika, że poręczający zdecydował się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów. W tym oświadczeniu poręczający podał: *„Informujemy, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia dot. „Rozbudowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Gnojnik w miejscowościach: Gnojnik, Gosprzydowa, Uszew oraz Lewniowa”, znak sprawy RliD.271.4.2023 nie zaznaczono, że w udzielonej gwarancji/poręczeniu wadialnym muszą być wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum. W związku z powyższym w Oświadczeniu o udzieleniu poręczenia wadialnego nr 6/FPK/TARR/2022 została ujęta Firma D.K. DWK z siedzibą w miejscowości Trzciana 211.32-733 Trzciana, NIP: 8681830496, REGON: 382831943. Jednocześnie oświadczamy, że w przypadku zaistnienia konieczności uruchomienia poręczenia wadialnego, Tarnowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. uzna roszczenie wynikające z przesłanek PZP z winy któregośkolwiek członka konsorcjum”*. W stanie faktycznym tej sprawy to oświadczenie nie narusza – co sugerował Odwołujący - wskazywanego na rozprawie art. 879 § 2 kc, albowiem prawidłowość poręczenia nie może być oparta na fakcie braku w jego treści wskazania obu członków konsorcjum.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) [dalej: rozporządzenie].

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....