

Sygn. akt: KIO 1054/23

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Członkowie: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających **Uniwersytet Medyczny w Łodzi** oraz **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ALPIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Elektro-montex Sp. z o.o. z siedzibą w Nieznanicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddała odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi** w i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **odwołującego Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi** na rzecz zamawiających **Uniwersytet Medyczny w Łodzi** oraz **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytet Medyczny w Łodzi wraz z Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej Centralnym Szpitalem Klinicznym Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wspólnie prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na roboty budowlane pn. „Głęboka termomodernizacja strategicznego budynku kampusu Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - wymiana opraw oświetleniowych w budynku A1”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE numer 2022/S 166-470355. Postępowanie jest prowadzone na podstawie ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku (dalej ustawa Pzp).

W dniu 3 kwietnia 2023 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania.

W dniu 13 kwietnia 2023 r. odwołanie wniósł odwołujący Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łódź.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1), ust. 2) pkt. 1) i ust. 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą do wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych pomimo, że cena całkowita tej oferty złożonej jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.
2. art. 226 ust. 1) pkt. 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, pomimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą a niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą a który podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji wraz z Wykonawcą D. S. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S., Boczki – Świdrowo 42, 19-200 Grajewo.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. Konsorcjum firm Lider - Alpida Sp. z o.o., ul. Franciszka Klimczaka 20 lok 86, 02-797 Warszawa, Konsorcjant - Elektro-Montex Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 44 A, 42-270 Nieznanice, względnie nakazanie wezwania tego Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał:

Ad. 1 art. 224 ust. 1), ust. 2) pkt. 1) i ust. 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą do wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych pomimo, że cena całkowita tej oferty złożonej jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający jest zobowiązany wszcząć postępowanie wyjaśniające odnośnie do rażąco niskiej ceny, jeśli cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie oraz budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Wszczęcie postępowania wyjaśniającego nie jest jedynie uprawnieniem zamawiającego. Ma on obowiązek wszcząć je w przypadku, gdy okoliczności sprawy wskazują na występowanie uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 224 ust. 1, tj. gdy zachodzą wskazane w nim przesłanki. Na obligatoryjność wszczęcia postępowania wyjaśniającego w przypadku ziszczenia się wskazanych przesłanek wskazuje brzmienie analizowanego przepisu, w którym ustawodawca posłużył się zwrotem „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień”, a nie „zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień”. Szczególną sytuację, w której zamawiający musi ex lege powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, przewidziano w art. 224 ust. 2 pkt 1. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o minimum 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, niezależnie od tego, jak ocenia jego ofertę. W takim wypadku spełnienie formalnego, matematycznego wymogu obliguje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia. Jako referencyjną wartość zamówienia przyjmuje się szacunkową wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (przed wszczęciem procedury). Co oczywiste na etapie po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można zmienić wartości zamówienia. Zamawiający ustalił

szacunkową wartość zamówienia zgodnie z treścią strony 1 protokołu z postępowania pkt. 3 na kwotę 4.420.659,66 zł, co stanowi równowartość 992.603,66 euro. Odejmując od kwoty wartości zamówienia wartość przewidywanych zamówień, o których mowa odpowiednio w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w kwocie 1.473.553,22 zł, co stanowi równowartość 330.867,89 euro otrzymamy kwotę 2.947.106,44 zł. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 04.04.2022r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Oferta Wykonawcy, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą opiewa na kwotę 2.030.589,22 zł netto. W konsekwencji cena oferty Wykonawcy jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia o 31.098%. Tym samym Zamawiający zobligowany był wezwać Wykonawcę, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1) ustawy Pzp. Okoliczności powyższe potwierdza orzecznictwo KIO tak min. KIO 36/22.

Ad. 2 art. 226 ust. 1) pkt. 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, pomimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zamawiający zgodnie z treścią SWZ pkt. 12.1 (2) zastrzegł, że żąda sporządzenia oferty w oparciu o szczegółowy kosztorys ofertowy w formacie pdf, z zestawieniami robocizny, materiałów i sprzętu (prosimy o sortowanie wg nazw) sporządzony w oparciu o załącznik nr 2 do SWZ. Także w Rozdziale 14.1 SWZ (Sposób obliczenia ceny) wskazał, że podstawę wyliczenia ceny stanowi kosztorys nakładczy - załącznik nr 2 do SWZ. W myśl treści pkt. 14.2 SWZ Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację kosztorysów nakładczych w zakresie podstaw wyceny, przedmiarów robót i nakładów jednostkowych na robociznę, materiały i sprzęt oraz w zakresie dodawania czy usuwania pozycji kosztorysowych. W konsekwencji Zamawiający złożonemu kosztorysowi przyznał szczególną rangę podstawy wyliczenia ceny. Okoliczność powyższą potwierdza fakt, że liczne oferty w przedmiotowym postępowaniu zostały odrzucone z uwagi na błędy lub modyfikacje kosztorysu stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ. Przepisy Pzp nie definiują pojęcia błędu w obliczeniu ceny. Niemniej jednak przyjmuje się w orzecznictwie, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia. Przez pojęcie błędu w obliczeniu ceny należy rozumieć każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 p.z.p., błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (tak min. wyrok KIO z 10.07.2019 r., KIO 1205/19, LEX nr 2728603) niezależnie od przyjętego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia modelu należnego wykonawcy wynagrodzenia (np. wynagrodzenie ryczałtowe, kosztorysowe) żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie zwalnia zamawiającego z obowiązku weryfikacji poprawności obliczenia ceny oferty, zwłaszcza w przypadkach, w których wykonawcy zobligowani byli do

przedstawienia dokumentów stanowiących podstawę wyliczenia ceny oferty. Sąd Najwyższy wskazał w uchwale z 20.10.2011 r., III CZP 53/11, OSNC 2012/4, poz. 45, że „Wystąpienie błędu należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji”. Przywołał wyrok KIO 34/22,

W niniejszej sprawie Wykonawca którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą (a także Wykonawca D. S. Eneri o czym będzie mowa w dalszej części odwołania) obliczając cenę na podstawie kosztorysu szczegółowego musiał uwzględnić jeden z istotnych elementów kosztorysowania wartości robót budowlanych tj. koszty pośrednie zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2021 r. poz. 2454). Koszty pośrednie to istotny składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej, obejmujący koszty nieuwzględniane w kosztach bezpośrednich, zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów. Obejmują one w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu Wykonawcy. Minimalny i maksymalny wskaźnik kosztów pośrednich wg danych rynkowych (liczony od R i S) wynosi odpowiednio 40% i 80%. Średnie wskaźniki kosztów pośrednich wynoszą odpowiednio 67,2% oraz 67,4% (za SEKOCENBUD, podobnie ORGBUD SERWIS oraz INTERCENBUD). Koszty pośrednie Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przyjął na poziomie 10% od R i S i koszty te wynoszą 29 245,09 zł netto + podatek VAT. W konsekwencji przyjęte koszty są czterokrotnie mniejsze niż minimalne dane rynkowe publikowane w powszechnie dostępnych informatorach jak np. SEKOCENBUD i ponad sześciokrotnie niższe niż średnie w ofertach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wg danych rynkowych. Wyliczenia kosztów pośrednich w oparciu o wskaźnik 10% liczony od robocizny i sprzętu, są obarczone błędem w obliczeniu ceny (nieprawidłowo ustalonym stanie faktycznym przyjętym do kosztorysowania) nie uwzględniając ogółu kosztów które zgodnie z właściwymi przepisami składają się na zdefiniowane koszty pośrednie. Jest tak, tym bardziej że w przedłożonym kosztorysie koszty pracy sprzętu nie występują. Tak więc koszty pośrednie naliczane są tylko do robocizny (R), co powinno powodować ewentualny wzrost wskaźnika względem przyjętych standardów a nie jego wielokrotne obniżenie. Niezależnie od powyższej okoliczności błędnego przyjęcia wskaźnika kosztów pośrednich skutkujących błędem w obliczeniu ceny należy zauważyć, że Wykonawca którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ustalając poziom kosztów pośrednich na nieprawidłowym poziomie dopuścił się działania polegającego na swego rodzaju inżynierii finansowej.

Działanie polegające na radykalnym obniżeniu wskaźnika kosztów pośrednich nie było więc przypadkowe. Otóż z uwagi na fakt, że zgodnie z pkt. 14.2 SWZ Zamawiający nie dozwolił żeby ilości oraz nakłady czynników produkcji budowlanej (R,M,S) w kosztorysach ofertowych mogły ulec zmianie decydujące znaczenie dla oceny przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny (w tym zgodności z obowiązującymi przepisami w zakresie stawki wynagrodzenia za pracę) miała stawka roboczogodziny oraz narzuty, tj. koszty pośrednie i zysk. Jest tak także dlatego, że Zamawiający narzucił liczbę roboczogodzin (taką samą dla wszystkich Wykonawców). W ofercie Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą stawka roboczogodziny brutto wynosi 37,95 zł/r-g. Podkreślić należy, że stawka roboczogodziny brutto wynosząca 37,95 zł/r-g jest niższa niż minimalne stawki roboczogodziny dla stolicy regionu Łódzkiego publikowane w informatorach SEKOCENBUD, tj: 1) dla III kwartału 2022 roku – 40,20 zł/r-g; 2) dla I kwartału 2023 roku – 43,70 zł/r-g. W konsekwencji Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zamiast obniżyć i tak już zaniżoną względem rynkowych stawek roboczogodziny netto (co zapewne nie uszłoby uwadze Zamawiającego) wielokrotnie zaniżył wskaźnik kosztów pośrednich otrzymując ten sam efekt finalny w złożonym kosztorysie. Przyjmując w kosztorysie Wykonawcy minimalne koszty pośrednie wynikające z informatora SEKOCENBUD otrzymamy już stawkę w wysokości 23,57 zł/r-g, a więc poniżej minimalnego godzinowego wynagrodzenie za pracę ustalonego na rok 2023 powiększonego o koszty które musi ponieść pracodawca. Wynagrodzenie to wyliczone w informatorach SEKOCENBUD i przez ZZ BUDOWLANI wynosi odpowiednio: 27,10 lub 29,35 zł/r-g. Co więcej, jeżeli do obliczeń przyjmujemy średnie koszty pośrednie z informatorów SEKOCENBUD to rzeczywista stawka roboczogodziny kosztorysowej netto w ofercie Wykonawcy którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą wyniesie już 19,74 zł/r-g. Podobnie, jeżeli do obliczeń przyjmujemy średnie koszty pośrednie z pozostałych złożonych i nie odrzuconych ofert (65%) to rzeczywista stawka roboczogodziny kosztorysowej netto w ofercie Konsorcjum będzie wynosiła 20,00 zł/r-g. W konsekwencji, z uwagi na fakt, że jeden z kluczowych składników kosztorysów (stawka roboczogodziny) obarczony został ograniczeniami prawnymi i finansowymi (minimalne godzinowe wynagrodzenie za pracę), Wykonawca, którego ofertę Zamawiający przyjął zaniżył inny składnik tj. koszty pośrednie do poziomu nie możliwego do przyjęcia. Mając na względzie powyższe doszło do błędu w obliczeniu ceny który powinien stanowić podstawę odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający przyjął.

Ad. 3 art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą a niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, oraz który nie złożył w przewidzianym terminie

podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający prowadził z Wykonawcą, którego ofertę uznał na najkorzystniejszą obszerną korespondencję odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Wady pierwotnie złożonych podmiotowych środków dowodowych w obszarze wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowiły także podstawę do unieważnienia pierwotnej czynności wyboru oferty oraz powrotu do czynności badania i oceny ofert. Pismem z dnia 1 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę wybranego do uzupełnienia dokumentów tj., wykazu robót wraz z referencjami, które potwierdziłyby spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. Przyczyną wezwania był fakt, że wykazane w ofercie roboty nie spełniają warunku wykonania wymiany opraw w jednym budynku. Zamawiający wskazał także, że pozycja druga wykazu nie była brana pod uwagę – nie zakończono robót przed upływem terminu składania ofert. Wezwanie zostało skierowane na podstawie art. 128 ust.1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 marca 2023r. Wykonawca uzupełnił wykaz robót oraz stwierdził, że w pierwotnym wykazie wykonawca w zakresie referencji dla roboty w ZUS Zabrze podał datę wykonania całości robót dla zrealizowanej umowy, w uzupełnionym wykazie wyszczególnić miał zaś tylko doświadczenie uzyskane przed terminem otwarcia tj. 05.10.22 ofert dla konkretnego zadania/budynku. Wykonawca załączył potwierdzenie należytego wykonania zamówienia dla całego zadania oraz dodatkowo drugą referencję. Wykonawca przedłożył w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów min. Nowe poświadczenie wystawione przez ZUS dnia 14 lutego 2023r. nr 4/2023/ADG które miało dotyczyć tego fragmentu robót który Wykonawca zrealizował przed datą składania ofert. Zamawiający w toku czynności badania i oceny ofert uznał, że przedłożone na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 dokumenty w tym wykaz robót oraz referencje w dalszym ciągu nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego. Mając na względzie powyższe Zamawiający pismem z dnia 14 marca 2023r, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie uzupełnionych podmiotowych środków dowodowych, które potwierdziłyby spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. W ocenie Odwołującego Zamawiający był uprawniony wezwać Wykonawcę, którego ofertę wybrał wyłącznie do wyjaśnień nie zaś do przedłożenia nowych, uzupełnionych ponownie dokumentów. Tymczasem Wykonawca ponownie (czyli po raz trzeci) uzupełnił dokumenty dla roboty wskazanej w pozycji nr 1 wykazu tj. wymiana opraw oświetleniowych na LED w budynku Oddziału ZUS w Zabrze przy ul. Szczęść Boże 18. Na dowód należytej realizacji przedmiotowego zamówienia przedłożono kolejne, nowe (trzecie już) referencje z ZUS Zabrze oznaczone jako poświadczenie nr 6/2023/ADG oraz dziennik budowy z wpisem

dotyczącym daty zakończenia robót oraz wiadomość email dotyczącą gotowości do odbioru. Dla pozycji nr 2 wykazu przedłożono wyjaśnienia, które nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w tym zakresie Zamawiający nie przyjął pozycji nr 2 wykazu do oceny ofert. Okoliczności związane z wadliwościami wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym w szczególności dla roboty wykonanej dla ZUS Zabrze były przedmiotem unieważnienia pierwotnego wyboru oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów zrealizowanego przez Zamawiającego po unieważnieniu pierwotnego wyboru tj. wezwania w trybie art. 128 ust. 1 z dnia 1 marca 2023 r. Wykonawca miał obowiązek w odpowiedzi na to właśnie wezwanie wykazać należyte spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz przedłożyć dokumenty potwierdzające należyłą realizację robót tym bardziej że Zamawiający w wezwaniu z 1 marca 2023 r. wskazał jakimi brakami dotknięte są przedłożone dokumenty. Dopuszczenie, żeby w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 14 marca 2023 r. Wykonawca przedłożył nowe, uzupełnione dokumenty tj. kolejne (trzecie) referencje oraz pozostałe dowody samo w sobie naruszało przepisy ustawy PZP. Zamawiający nie miał prawa oceniać spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o kolejne, nowe dokumenty przedłożone na wezwanie do wyjaśnień (nie zaś do uzupełnienia dokumentów do czego Wykonawca jak również Zamawiający nie był uprawniony). Niezależnie od powyższego Odwołujący nie zgadza się z argumentacją Wykonawcy, którego ofertę wybrano, że wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu według stanu na dzień składania ofert w postępowaniu tj. na dzień 07.10.2022 r. Wykonawca wybrany próbuje przekonać Zamawiającego, że z treści przedłożonych dokumentów wynika, że na dzień składania ofert spełniał warunki udziału w postępowaniu, ponieważ w tej dacie miał zakończyć część robót dla tej inwestycji podlegających odbiorowi częściowemu. Tymczasem z treści umowy łączącej Wykonawcę z ZUS Zabrze (par. 5 ust. 3) jasno wynika, że za datę zakończenia robót uznaje się datę, w której zostanie sporządzony protokół odbioru końcowego. Dla inwestycji ZUS Zabrze protokół odbioru częściowego na który powołuje się Wykonawca, którego ofertę wybraną sporządzono w dniu 11.10.2022 r. (w aktach postępowania) Protokół odbioru końcowego dla inwestycji ZUS Zabrze został natomiast sporządzony dopiero dnia 14.10.2022 r. Dowód: protokół odbioru końcowego pozyskany w trybie dostępu do informacji publicznej z ZUS Zabrze. W tym miejscu wskazać należy, że odbioru częściowego nie można utożsamiać z odbiorem końcowym. Zgłoszenie gotowości do odbioru końcowego nastąpiło dopiero z dniem 14.10.2022 r. co potwierdza protokół odbioru końcowego. W tym samym protokole wskazano, że roboty trwały do dnia 14.10.2022 r. Dopiero odbiór końcowy potwierdza należyłą realizację inwestycji m.in. dlatego, że w ramach odbiorów częściowych nie są weryfikowane pomiary oraz dostarczona dokumentacja co dla inwestycji obejmujących realizację oświetlenia ma znaczenie kluczowe. Nie można także zgodzić się z Wykonawcą,

którego oferta została wybrana, że wobec zgłoszenia zakończenia robót objętych protokołem odbioru częściowego wpisem do dziennika budowy z dniem 05.10.2022r. można uznać, że w tym dniu roboty zostały zakończone. Okoliczność powyższa nie wynika także z przedłożonych referencji, w których nie wskazano daty w której Zamawiający uznał roboty za zakończone. Z treści umowy łączącej Wykonawcę wybranego z ZUS Zabrze tj. par. 5 ust. 3 wprost wynika, że za dzień zakończenia realizacji przedmiotu umowy Zamawiający uzna dzień, w którym zostanie podpisany protokół odbioru końcowego. Dzień, w którym nastąpiło podpisanie protokołu odbioru końcowego to dzień 14.10.2022r. Dowód: Umowa nr 1084544 z dnia 08.07.2022r. pozyskana w trybie dostępu do informacji publicznej z ZUS Zabrze. W konsekwencji Zamawiający nie był uprawniony uznać, że w innym dniu mogło nastąpić zakończenie realizacji przedmiotu umowy a tym samym Wykonawca mógł nabyć stosowne doświadczenia zawodowe według stanu na dzień 07.10.2022r. Zważyć także należy, że w dniu składania ofert tj. w dniu 07.10.2022 r. Wykonawca nie mógł złożyć oświadczenia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie posiadał bowiem wiedzy czy Zamawiający uzna roboty za ukończone oraz odebrane. Co więcej nawet protokół odbioru częściowego z którego Wykonawca (w ocenie Odwołującego błędnie) wywodzi skutki prawne został wystawiony dopiero z dniem 11.10.2022 r. a więc po dacie upływu terminu składania ofert. Mając na względzie powyższe uznać należy, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego. Ad. 4 art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą a który podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji wraz z Wykonawcą D. S. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S., Boczki – Świdrowo 42, 19-200 Grajewo. Na wstępie wskazać należy, że obowiązujący system prawny, zarówno ustawa Pzp, jak i ustawa ZNK czy ustawa UKK dostrzega destrukcyjny wpływ zmw na gospodarkę i stanowczo zwalcza takie zmy. Na gruncie UKK Prezes Urzędu może wydać decyzję nakazującą zaniechanie działań sprzecznych z prawem oraz nałożyć na przedsiębiorcę karę w wysokości do 10 proc, obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, a na osobę zarządzającą do 2 mln złotych. Konieczność stanowczego zwalczania zmw przetargowych dostrzega również Unia Europejska (vide: Wytyczne Komisji Europejskiej: „Zawiadomienie w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmw przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze zmwą” (Dz.Urz. UE 2021/C 91/01), w tym załącznik pt. „Wskazówki i porady w zakresie skutecznego przeciwdziałania zmwom przetargowym”) oraz OECD (vide opracowanie: „Wytyczne dotyczące zwalczania zmw przetargowych” dostępne również na stronie UZP). Zdaniem Odwołującego

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz D. S. ENRI w trakcie przygotowywania oferty działali w porozumieniu, a Zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami tego rodzaju porozumienie. D. S. jest stałym i kluczowym współpracownikiem (tj. Kierownikiem Budów lub wręcz Przedstawicielem Wykonawcy) u Wykonawcy Alpida Sp. z o.o., ul. Franciszka Klimczaka 20 lok 86, 02-797 Warszawa co najmniej od roku 2021 do chwili obecnej. Poniżej w tabeli Odwołujący wskazuje listę inwestycji realizowanych w latach 2021-2023 przez firmę Alpida Sp. z o.o. dla których D. S. był kierownikiem robót lub przedstawicielem Wykonawcy Alpida.

TABELA 1 Nazwa inwestycji Zamawiający Funkcja jaką pełnił D.S. Wykonanie modernizacji oświetlenia wewnętrznego z istniejącego na ledowe w budynkach oraz obiektach sportowych w: SP Nr 1, SP Nr 2, SP Nr 4, Budynku Urzędu Miasta przy ul. Dworcowej. Gmina Miasto Chełmno ul. Dworcowa 1, 86-200 Chełmno Kierownik robót Wymiana oświetlenia na energooszczędne, montaż czujek ruchu, montaż inteligentnych liczników w ramach projektu Zespół Opieki Zdrowotnej Szpitala Powiatowego w Sochaczewie Batalionów Chłopskich 3/7 96-500 Sochaczew Kierownik robót i przedstawiciel Wymiana oświetlenia na LED - O/Zabrze, ul. Szczęść Boże 18, O/Zabrze, ul. 3 Maja 8, I/Tarnowskie Góry Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Oddział w Zabrze Szczęść Boże 18, 41-800 Zabrze Kierownik robót i przedstawiciel Wykonanie instalacji oświetlenia wewnętrznego w magazynach nr 3 i 11 w Składnicy RARS w Lisowicach Rządowa Agencja Rezerw Strategicznych Grzybowska 45 , 00-844 Warszawa Kierownik robót Modernizacja instalacji oświetleniowej w magazynie M2, M6 i M8 w Niemcach Rządowa Agencja Rezerw Strategicznych Grzybowska 45 , 00-844 Warszawa Kierownik robót

Nadto, Odwołujący przedstawia dowody potwierdzające fakt, że D. S. pełnił wskazane powyżej funkcje u Wykonawcy Alpida w latach 2021-2023r. Co istotne nawet w ramach spornej inwestycji zrealizowanej dla ZUS Zabrze o której mowa w pkt. 3 zarzutów odwołania również D. S. był kierownikiem budowy. Oznacza to, że charakter współpracy jest stały i ciągły oraz trwał w dniu składania ofert w postępowaniu tj., w dniu 07.10.2022r. bowiem ww. inwestycja była realizowana od lipca do 14.10.2022r. W dniu 5.10.2022r. D. S. poświadczał w dzienniku budowy okoliczności z których obecnie Wykonawca Alpida wywodzi skutki prawne w postępowaniu vide pkt. 3 zarzutów odwołania. Nadto, w sytuacji, w której D. S. składając ofertę w tym postępowaniu dopuścił się tego samego rodzaju błędu w obliczeniu ceny vide pkt. 2 zarzutów odwołania (koszty pośrednie na poziomie 10%) oraz mając na względzie fakt, że Wykonawcy D. S. i ALPIDA znają się i pozostają ze sobą co najmniej w relacjach biznesowych, nie może być mowy o przypadku. Przypadkowość ustalenia w tym samym postępowaniu poziomu kosztów pośrednich na identycznym (błędym poziomie) jest praktycznie niemożliwa. Wykluczyć więc trzeba, że ich oferty zostały przygotowane samodzielnie i niezależnie od siebie. Porozumienie to miało na celu zakłócenie konkurencji,

dlatego wypełnione zostały wszystkie przesłanki ujęte w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że ustawa Pzp nie zabrania wykonawcom podejmowania współpracy - przeciwnie, współpracę taką reguluje, dopuszczając trzy jej formy, tj. tzw. konsorcjum, udostępnianie zasobów oraz podwykonawstwo. Natomiast złożenie w porozumieniu formalnie osobnych ofert, co zakłóca konkurencję w postępowaniu, jest zakazane. ALPIDA i D. S. w ramach przedmiotowego postępowania nie postanowili o wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia (w ramach tzw. konsorcjum), nie pozostają ze sobą wzajemnie w relacji wykonawca - podmiot udostępniający zasoby, ani też nie działają w oparciu o formułę podwykonawstwa. Wykonawcy Ci nie wybrali więc żadnej dozwolonej prawem formy współpracy, czy współdziałania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z opisanych wyżej okoliczności bezsprzecznie wynika jednak, że się znają i współpracują, gdyż kooperowali ze sobą w przeszłości oraz kooperują stale do chwili obecnej. Nie ma też wątpliwości, że na etapie przygotowania ofert ww. Wykonawcy współpracowali, uzgadniali warunki realizacji zamówienia, w celu mającym na celu zakłócenie konkurencji. Owo zakłócenie konkurencji polega między innymi na tym, że obaj wykonawcy, działając w porozumieniu obchodzą przepis o możliwości złożenia tylko jednej oferty (art. 218 ust. 1 ustawy Pzp) w postępowaniu, podczas gdy współpracując jawnie i w prawie dopuszczalny sposób byłiby ograniczeni do jednej oferty, a zatem ich szanse na pozyskanie zamówienia byłyby znacznie mniejsze. Co istotne sam przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do porozumienia „wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie” - nawet nie do „niedozwolonego porozumienia”, lecz każdego porozumienia, które ma na celu zakłócenie konkurencji. Porozumienie to „zgoda na coś, umowa, układ”, porozumiewać się - to „dojść z kimś do zgody w jakiejś sprawie lub uzgodnić coś”. Przy tym cel porozumienia nie musi być skierowany bezpośrednio przeciwko konkurentom, lecz może dotyczyć poprawienia własnej sytuacji w stosunku do innych oferentów i sytuacji, w której działaliby bez owego porozumienia, co już jest zakłóceniem konkurencji. Zatem zakłóceniem konkurencji jest już złożenie przez działających w porozumieniu wykonawców więcej niż jednej oferty, stanowiące w obejście dyspozycji art. 218 ust. 1 ustawy Pzp. Działający w porozumieniu uzyskują bowiem możliwości, jakich nie mieliby, gdyby złożyli jedną ofertę. Zatem w sytuacji, gdy wykonawcom współpracującym w prawie dozwolony sposób przysługuje prawo złożenia tylko jednej oferty - co jest uczciwe i równe dla wszystkich wykonawców, działanie ww. Wykonawców w okolicznościach sprawy mające na celu złożenie formalnie odrębnych, ale uzgodnionych wewnętrznie (nie mających cechy samodzielności i niezależności), dwóch ofert ma na celu właśnie naruszenie owej uczciwości i równości, a zatem i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Wskazać należy, że istnieje dozwolona i rozbudowana instytucja wspólnego składania ofert czy polegania na podwykonawcach i podmiotach trzecich. Jednak istotą wszystkich tych trzech instytucji jest

określenie roli poszczególnych firm (konsorcjant, podwykonawca, podmiot udostępniający zasoby, która to rola może być różna dla różnych części zamówienia) i złożenie jednej oferty. Gdy wykonawcy nie ujawniają swojej współpracy, formalnie występując jako odrębne podmioty, a w rzeczywistości kooperują między sobą, uzyskują możliwości, jakich nie mieliby, gdyby działali zgodnie z ustawą Pzp i złożyli jedną ofertę: „podziału” części zamówienia między siebie np. poprzez nieuzasadnione obniżanie lub zawyżanie cen ofert, odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę, który złożył ofertę tańszą, w sytuacji gdy na drugim miejscu w rankingu jest drugi zmówiony wykonawca, po to by - patrząc z perspektywy dwóch zmówionych wykonawców - realizować zamówienie na lepszych warunkach. To w sposób ewidentny zakłóca konkurencję i zwiększa szanse na wygraną tych współpracujących w sposób niedopuszczalny wykonawców. Należy zauważyć, że w punkcie 5.2 ww. wytycznych KE wskazano, że możliwość wykluczenia wykonawcy z powodu domniemanej zmywy nie jest rozumiana w dyrektywie jako kara za jego zachowanie przed lub w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, lecz służy zapewnieniu zgodności z zasadami równego traktowania i konkurencji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, jak również zagwarantowaniu uczciwości, wiarygodności i kompetencji przyszłego wykonawcy do wykonania zamówienia. Nie jest więc konieczne wykazanie, że Wykonawcy działający w porozumieniu z owych możliwości, jakie daje im porozumienie, a jakich nie mieliby, gdyby działali zgodnie z ustawą Pzp i złożyli jedną ofertę - skorzystali. Określając ogólnie treść zasady uczciwej konkurencji w sposób pozytywny należy stwierdzić, że jej istota odnosi się do obowiązku uczciwego ubiegania się o zamówienie publiczne ze strony wykonawców. Definiując uczciwą konkurencję w sensie negatywnym, należy stwierdzić czym uczciwa konkurencja z pewnością nie jest - z zasadą tą sprzeczna jest jakakolwiek manipulacja przetargiem czy wynikami postępowania, w tym omijanie zakazów ustawowych. Zaniechanie wykluczenia obu ww. wykonawców stanowi de facto zezwolenie na złożenie przez niektórych wykonawców więcej niż jednej oferty i narusza art. 218 ust. 1 ustawy Pzp oraz negatywnie wpływa na uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (kto złożyłby więcej ofert, miałby większą szansę na uzyskanie zamówienia). W okolicznościach sprawy mamy do czynienia z podmiotami, które ewidentnie porozumiały się co do zasad ofertowania w ramach niniejszego postępowania w celu zwiększenia swoich szans na pozyskanie zamówienia. Okoliczności sprawy pokazują wprost, że nie jest możliwe aby określony stan rzeczy polegający na złożeniu ofert obejmujących identyczne koszty pośrednie zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń. Dowodzi to porozumienia zainteresowanych podmiotów mającego na celu określony rezultat rynkowy. Tymczasem od każdego z wykonawców składających ofertę w postępowaniu oczekuje się rzeczywistej, a nie pozornej konkurencji. Niezależnie od wypełnienia dyspozycji przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp), działanie na niekorzyść co najmniej

Odwołującego wypełnia również przesłankę z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK oraz z art. 15 c ustawy ZNK w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 UKK w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co również powinno skutkować odrzuceniem oferty obydwu wykonawców w części 2 Postępowania. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Odwołującego działanie wykonawców narusza interes co najmniej Odwołującego utrudniając jej lub wręcz uniemożliwiając zdobycie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji. Owo utrudnienie polega między innymi na tym, że obaj wykonawcy, działając w porozumieniu obchodzą przepis o możliwości złożenia tylko jednej oferty w postępowaniu, podczas gdy działając jawnie i w bardziej sformalizowany sposób (konsorcjum, podwykonawstwo) byłiby ograniczeni do jednej oferty. Art. 15c ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który z kolei zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: pkt 1 - ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów, pkt 3 - podziale rynków zbytu lub zakupu, pkt 6 - ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, pkt 7 - uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Wykonawcy ALPIDA i D. S. przystępując do przetargu uzgodnili warunki składanych ofert, w szczególności ceny, składając jedynie formalnie dwie odrębne oferty. Nie ulega więc wątpliwości, że skoro wykonawcy Ci uzgodnili warunki składania ofert, a kooperacja ta nie przybrała dozwolonej prawem formy, np. konsorcjum, to dopuścili się porozumienia antykonkurencyjnego. Powyższe dowodzi, że celem i skutkiem podjętych działań miało być zwiększenie szans na zwycięstwo członków porozumienia poprzez złożenie większej liczby ofert na ustalonych z góry warunkach, stanowiące działanie na szkodę konkurentów, co stanowić powinno samodzielną podstawę do odrzucenia ofert ww. Wykonawców.

Zamawiający, w dniu 25 kwietnia 2023 r., złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił stanowisko wobec zarzutów odwołania.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia w tym całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak

również biorąc pod uwagę odpowiedź na odwołanie, dalsze pismo procesowe, oświadczenia i stanowiska wyrażone przez strony i uczestników postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 27 kwietnia 2023 r., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

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

Do postępowania odwoławczego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony do której zgłoszono przystąpienie, zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ALPIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Elektro-montex Sp. z o.o. z siedzibą w Nieznanicach zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba uznała zgłoszone przystąpienie za skuteczne.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. „Głęboka termomodernizacja strategicznego budynku kampusu Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - wymiana opraw oświetleniowych w budynku A1”.

Wartość zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego wynosiła 2 947 106, 44 zł netto.

Zamawiający w dniu 13 września 2022 r. zmienił SWZ poprzez zmianę kosztorysu nakładczego, która była wynikiem ograniczenia zakresu zamówienia i związanego z tym przeliczenia kosztorysu inwestorskiego. Kosztorys inwestorski z dn. 12 września 2022 r. opiewał na kwotę 2 795 661,23 zł.

Zgodnie z pkt 5.3. 4) SWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu: Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w ust. 5.2 pkt 1 lit. d) SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

- wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na wymianie opraw oświetleniowych w budynku o wartości co najmniej 500.000.- zł brutto, *(Zamawiający zastrzega, iż przez jedną robotę rozumie wartość robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę w ramach jednej umowy, dotyczącej jednego budynku), w przypadku, gdy wartość robót budowlanych wyrażona będzie w walucie innej niż PLN, Zamawiający do oceny spełnienia warunku przez danego Wykonawcę przeliczy podane wartości po średnim kursie tej waluty w stosunku do PLN publikowanym przez NBP w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia postępowania NBP nie opublikuje kursu walut, Zamawiający przyjmie kurs opublikowany w pierwszym dniu roboczym po tej dacie)*

co potwierdzi przedstawiając dowody określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”

Zgodnie z pkt 6.1. 2 a) SWZ, Zamawiający zastrzegł, że „przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia poniższych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia:

W celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonych w ust. 5.3 pkt 4) SWZ zamawiający żąda od Wykonawcy: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty - wzór stanowi załącznik nr 5 do SWZ.”

W pkt 14 SWZ Zamawiający określił następujący sposób obliczenia ceny:

„14.1. Podstawę wyliczenia ceny stanowi kosztorys nakładczy - załącznik nr 2 do SWZ. Opis sposobu obliczenia ceny określa Formularz Oferty stanowiący załącznik nr 1 do SWZ.

14.2. Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację kosztorysów nakładczych w zakresie podstaw wyceny, przedmiarów robót i nakładów jednostkowych na robociznę, materiały i sprzęt oraz w zakresie dodawania czy usuwania pozycji kosztorysowych.

14.3. Wykonawca określi całkowitą cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia sporządzonej wg wzoru zawartego w formularzu ofertowym.

14.4. Rozliczenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą będą prowadzone w walucie PLN.

14.5. Cena musi być wyrażona w złotych polskich.

14.6. Ceną w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r., poz. 915) będzie wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Cena oferty musi być podana w PLN cyfrowo i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia – poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).

14.7. W cenie ofertowej Wykonawca zobowiązany jest ująć wszystkie przewidywane koszty związane z realizacją zamówienia, w tym podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami, koszty transportu i obsługi, oraz wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SWZ i wzoru umowy, bez których realizacja zamówienia nie byłaby możliwa.

14.8. Zamawiający przyjmie do oceny podaną przez Wykonawców wartość brutto.

(...)"

Termin składania ofert upłynął w dniu 7 października 2022 r. W postępowaniu została złożonych 5 ofert:

1. oferta Przystępującego z ceną brutto - 2 497 624,74 zł,
2. oferta Odwołującego z ceną brutto - 2 570 899,41 zł,
3. oferta ENERI D. S.z ceną brutto - 2 408 331,81 zł,
4. oferta konsorcjum Impel Synergies Sp. z o.o. – Lider oraz BMS Serwis Sp. z o.o. – Partner z ceną brutto - 2 823 650,85 zł,
5. oferta PJM INVESTMENT sp. z o. o. z ceną brutto - 4 989 525,39 zł.

W dniu 27 stycznia 2023 r. Zamawiający, działając w oparciu o art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego, do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, m.in. w postaci wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały

wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty - wzór stanowi załącznik nr 5 do SWZ.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie złożył wykaz robót budowlanych w którym wskazał robotę „Wymiana opraw oświetleniowych LED”, wykonaną na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa. Jako miejsce jej wykonania wskazano: „Oddział ZUS w Zabrze, ul. Szczęść Boże 18 Oddział ZUS w Zabrze, ul. 3 Maja 8” Inspektorat ZUS w Tarnowskich Górach ul. Górnicza 4-8”. Data zakończenia robót 26.10.2022 r. Na potwierdzenie wykonania ww. roboty wykonawca złożył dwie faktury.

W dniu 27 lutego 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego, ponadto zawiadomił o odrzuceniu wszystkich pozostałych ofert za wyjątkiem oferty Odwołującego.

W dniu 1 marca 2023 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu informację o niezgodności i wezwaniem do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, powrotu do oceny i badań ofert oraz wezwania Przystępującego o przedłożenie wykazu wykonanych robót budowlanych, z których będzie wynikało spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W tym samym dniu Zamawiający: unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 27 lutego 2023 r. oraz działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu robót wraz z referencjami, które potwierdziłyby spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. W wezwaniu, odnośnie realizacji na rzecz ZUS Zamawiający wskazał, że nie była ona „brana pod uwagę – nie zakończono robót przed upływem terminu składania ofert.”.

W odpowiedzi z dnia 3 marca 2023 r. Przystępujący wskazał, że „przesyłamy uzupełniony wykaz robót.

W pierwotnym wykazie wykonawca w zakresie referencji dla roboty w ZUS Zabrze podał datę wykonania całości robót dla zrealizowanej umowy, w uzupełnionym wykazie wyszczególniono tylko doświadczenie uzyskanie przed terminem otwarcia tj. 05.10.22 ofert dla konkretnego zadania/budynku . Wykonawca załącza potwierdzenie należytego wykonania zamówienia dla całego zadania oraz dodatkowo drugą referencję.

Zwracam uwagę na fakt że referencje/poświadczenia służą wszak udokumentowaniu doświadczenia wykonawcy. Zaś posiadanie przez wykonawcę niezbędnego doświadczenia należy rozumieć jako praktyczną umiejętność zdobytą i ugruntowaną w trakcie realizacji.” Do pisma Przystępujący załączył wykaz robót, gdzie jako miejsce wykonania robót na rzecz ZUS wskazał Oddział ZUS w Zabrze, ul. Szczęść Boże 18, a jako termin zakończenia 5 października 2022 r. Do wykazu załączył poświadczenie wydane przez ZUS nr 4/2023/ADG, w którym oświadczone że ZUS potwierdza wykonanie przez ALPIDA Sp. z o.o. roboty budowlanej – stosownie do postanowień umowy nr 1084544 z dnia. 8.07.2022 r. Okres

obowiązywania umowy 8.07 – 14.10.2022 r. Przedmiotem umowy była m.in. wymiana oświetlenia na LED w Oddział ZUS w Zabrze, ul. Szczęść Boże 18. ZUS oświadczył, iż umowę wykonano należycie i zgodnie z jej postanowieniami, a roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Ponadto wykonawca przekazał Zamawiającemu kopie zgłoszenia robót do odbioru z dn. 5.10.2022 r.

W dniu 14 marca 2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp, Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień do uzupełnionych podmiotowych środków dowodowych, które potwierdziłyby spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. W zakresie pozycji 1 w wykazie wykonanych robót budowlanych, Zamawiający prosił o przedstawienie dokumentu potwierdzającego, że robota polegająca na wymianie opraw oświetleniowych na LED w budynku Oddziału ZUS w Zabrze przy ul. Szczęść Boże 18 została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona przed terminem składania ofert, tj. przed 07.10.2022r., w szczególności przedstawienie częściowego protokołu odbioru.

W dniu 17 marca 2023 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z poświadczeniem ZUS nr 6/2023/ADG, w którym względem treści poświadczenia nr 4/2023/ADG dodano informację, że „Zgłoszenie odbioru zakończenia robót dotyczących zadania budowlanego wymienionego w Części I o wartości 1 378 420,41 zł, pn.: „Wymiana oświetlenia na LED w Oddziale ZUS w Zabrze, ul. Szczęść Boże 18” zgodnie z pismem Wykonawcy miało miejsce w dniu 05.10.2022r., Potwierdzenie zakończenia robót w powyższym terminie zostało również odnotowane wpisem do Dziennika Budowy.

Roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.”.

Ponadto Wykonawca załączył kopię Dziennika Budowy zawierającą informację o zgłoszeniu do odbioru końcowego robót w budynku przy ul. Szczęść Boże 18 oraz protokół odbioru częściowego dot. ww. robót z dn. 11.10.2023 r.

W dniu 3 kwietnia 2023 r. Zamawiający ponownie wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba wyjaśnia na wstępie, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym dokonała oceny czynności podjętych oraz zaniechanych przez Zamawiającego w prowadzonym przez niego

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o dokumentację ww. postępowania, w której określone zostały warunki tego zamówienia oraz wymagania co do treści składanych oświadczeń i zakresu składanych dokumentów.

Podkreślić również należy, że w rozstrzyganej sprawie ciężar dowodu, że w stosunku do oferty Przystępującego wystąpiły okoliczności uzasadniające odrzucenie tej oferty, spoczywa na wykonawcy, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci obowiązku zamawiającego odrzucenia oferty konkurenta (art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 534 ust. 1 Pzp). Ponadto, w przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 Pzp w odniesieniu do badania ceny oferty po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym (tak m.in. wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1024/17). Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie realizacji zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia w SWZ. W związku z powyższym, skład orzekający stwierdził, że Odwołujący nie spełnił swoich powinności dowodowych.

Co do naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i niezgodnego z tym przepisem, zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę oferty Przystępującego, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. W tym zakresie, Izba podzieliła argumentację Zamawiającego i Przystępującego uznając, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z rozbieżnością wynikającą z okoliczności oczywistych, nie wymagających wyjaśnienia, a tym samym uzasadniającą odstępnie od procedury wyjaśniania ceny. Stosownie do art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wezwanie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, nie ma zatem charakteru bezwzględnie - zamawiający może zdecydować o odstępnie od obowiązku wzywania w sytuacji, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W związku z powyższym, aby uznać, iż ziściła się przesłanka odstępnie od procedury wyjaśniającej cenę, konieczne jest stwierdzenie zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez

konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (okoliczność oczywista). Izba zważyła, że Zamawiający w toku postępowania ograniczył zakres zamówienia i zrezygnował z wymiany 255 opraw, co było faktem bezspornym pomiędzy stronami. W związku z tym, dokonał również przeliczenia kosztorysu inwestorskiego oraz zmiany kosztorysu nakładczego - o czym poinformował wykonawców. Ograniczenie zakresu merytorycznego zamówienia wpłynęło, na tyle na jego wartość, iż nie ziszczają się przesłanki uzasadniające żądanie wyjaśnień ceny od Przystępującego. Różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a wartością szacunkową pomniejszoną o wartość wyłączonego przedmiotu zamówienia wynosi ok. 27 %. W ocenie Izby, w rozpatrywanej sprawie wystąpiła przesłanka zwalniająca Zamawiającego z obowiązku badania ceny oferty Przystępującego. Również ze względu na wartość złożonych w postępowaniu ofert, w tym oferty Odwołującego, Izba doszła do przekonania, iż wystosowanie takiego wezwania byłoby nieracjonalne. Zamawiający słusznie uznał, że rozbieżność, która wystąpiła pomiędzy wartością szacunkową zamówienia, a ceną oferty złożonej przez Przystępującego wynika z oczywistych okoliczności, niewymagających wyjaśnienia – tj. z ograniczenia zakresu przedmiotowego zamówienia, co wykazał za pomocą dokumentacji postępowania. Zaistniała zatem przesłanka do odstąpienia od obowiązku wzywania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Dostrzeżenia przy tym wymagało, że orzecznictwo przywołane przez Odwołującego w toku rozprawy, jest nieadekwatne do stanu faktycznego sprawy niniejszej.

Jednocześnie należy wskazać, że Odwołujący w treści zarzutu podnosił również naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego podstawę do żądania wyjaśnień ceny gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Jednak pomimo, wskazania ww. podstawy prawnej, Odwołujący poza samym stwierdzeniem, iż konieczne jest wezwanie do wyjaśnienia zaniechał jakiegokolwiek pogłębionego wywodu w tym zakresie.

Zamawiający w swoim stanowisku podkreślał, że różnica między obiema ofertami [ofertą Odwołującego i Przystępującego] wynosi mniej niż 3%. Słusznie Zamawiający wskazywał również, że Odwołujący polemizując z wysokością kosztów pośrednich wskazanych w ofercie najkorzystniejszej, pomija znaczną różnicę w przedstawionej w swojej ofercie cenie materiałów która w stosunku do oferty Przystępującego jest znacząco niższa. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego można by dojść do konkluzji, że ceny materiałów zaproponowane przez Odwołującego zostały przedstawione w nieprawidłowej, zaniżonej

wysokości, co należałoby rozważyć w kontekście oceny, czy istotne części składowe oferty odwołującego się nie budzą wątpliwości w kontekście rażąco niskiej ceny albowiem wartość materiałów została określona przez Odwołującego się w jego ofercie na kwotę 1.569.094,20 zł a w kosztorysie inwestorskim na kwotę 2.346.645,11, co stanowi więcej niż 30 %. Abstrahując od powyższego, Zamawiający podkreślał, że przedmiot zamówienia - wymiana opraw oświetleniowych nie generuje wysokich kosztów pośrednich budowy (brak zaplecza budowy z przyłączami wod.-kan., elektrycznymi, telefonicznymi czy internetowymi, brak składowiska materiałów i urządzeń, brak ochrony, itp.). W związku z tym wskazany przez Przystępującego wskaźnik kosztów pośrednich nie budził wątpliwości Zamawiającego.

Skład orzekający, doszedł do przekonania, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, uwzględniając ceny złożonych ofert nie istniały podstawy uzasadniające powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do realności ceny oferty Przystępującego. Istnienia takich podstaw nie wykazał też Odwołujący. W ocenie Izby, dowodem niewystarczającym, do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w zakresie wezwania do wyjaśnień ceny, jest zaprezentowane zestawienie kosztów pośrednich przewidzianych przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim oraz przez Konsorcjum w ofercie.

Kwestia kosztów pośrednich zostanie omówiona w dalszej treści uzasadnienia.

Wobec powyższego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1) i ust. 4 ustawy Pzp, nie potwierdził się.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny, Izba uznała, że zarzut podlega oddaleniu. Zgodnie przywołanym przepisem odrzuceniu podlega oferta, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Słusznie wskazywał Odwołujący, iż z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędów co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania, a oferta z taką ceną lub kosztem podlega odrzuceniu.

W niniejszej sprawie Odwołujący wywodził błąd w ofercie Przystępującego z przyjętego przez tego wykonawcę poziomu kosztów pośrednich. Przystępujący przyjął w ofercie koszty pośrednie na poziomie 10 % od R (robocizny) i S (sprzętu). Odwołujący wskazywał, że obliczając cenę w oparciu o kosztorys szczegółowy wykonawca musiał uwzględnić jeden z istotnych elementów kosztorysowania wartości robót budowlanych tj. koszty pośrednie zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w

sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym. Odwołujący podnosił, że koszty pośrednie to istotny składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej, obejmujący koszty nieuwzględnione w kosztach bezpośrednich, zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów. Obejmują one w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu wykonawcy, przy czym minimalny i maksymalny wskaźnik kosztów pośrednich liczony wg danych rynkowych, wynosi odpowiednio dla R i S 40% i 80%. Natomiast średnie wskaźniki kosztów pośrednich wynoszą odpowiednio 67,2 % i 67,4% (za SEKOCENBUD, podobnie ORGBUD SERWIS oraz INTERCENBUD). Odwołujący wywodził, iż takie przyjęcie kosztów przez Przystępującego nie uwzględnia ogółu kosztów które zgodnie z właściwymi przepisami składają się na zdefiniowane koszty pośrednie, skutkiem czego dopuścił się działania polegającego na swego rodzaju inżynierii finansowej, tj. utrzymaniu stawki roboczogodziny na poziomie zgodnym z prawem i zaniżeniu kosztów pośrednich. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, iż w jakim zakresie oferta Przystępującego obciążona jest błędem w obliczeniu ceny. Wg oceny Zamawiającego oferta przystępującego została złożona zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ zarówno w aspekcie formalnym jak i merytorycznym. Złożony kosztorys został przygotowany z uwzględnieniem wytycznych Zamawiającego. Wykonawca przygotowując ofertę ma możliwość wyliczenia kosztów pośrednich na poziomie właściwym dla niego, niezależnie od wymagań ww. rozporządzenia w sprawie kosztorysowania czy też założeń informatorów branżowych. Nadmienić należy, iż przedmiotowe rozporządzenie kierowane jest do Zamawiających i określa ich obowiązki w zakresie sporządzania m.in. kosztorysu inwestorskiego. Wykonawcy składający ofertę, uprawnieni są do samodzielnej wyceny przedmiotu zamówienia i oczywiście mogą kierować się zasadami ww. rozporządzenia czy też informatorów branżowych, lecz przyjęcie odmiennych założeń do wyceny, dopóki nie narusza obowiązującego prawa, jest dopuszczalne. Jak wskazywał Zamawiający, oczekiwanie, iż każdy Wykonawca zastosuje tożsame stawki pośrednie prowadziłyby do wniosku, iż każda z ofert byłaby na analogicznym poziomie. Odwołujący, argumentację dot. przedmiotowego zarzutu budował na nie zgodności założeń Przystępującego z pewnymi średnimi poziomami kosztów pośrednich wskazywanymi czy to w kosztorysie inwestorskim, czy w informatorach branżowych. W ocenie składu orzekającego, tego typu argumentacja, abstrahująca od realiów konkretnego postępowania, nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż faktycznie wykonawca błędnie ustalił koszty pośrednie. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący popełnił błąd wyliczając koszty pośrednie. Podkreślić należy, że każdy z wykonawców będących profesjonalistą kalkuluje cenę oferty uwzględniając sprzyjające jemu okoliczności i uwzględniając stosowaną przez siebie politykę cenową.

Przystępujący w toku postępowania odwoławczego wskazywał na sprzyjające mu okoliczności uzasadniające przyjęcie 10% poziomu kosztów pośrednich. Argumentacja ta nie została skutecznie podważona przez Odwołującego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący złożył jako dowód w sprawie zestawienie postanowień umownych z których ma wynikać konieczność ponoszenia kosztów pośrednich, lecz nie wykazał jak jest faktyczna wartość realizacji tych obowiązków, stąd zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony. Ponadto Izba wskazuje, że za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy uznała składane zarówno przez Przystępującego jak i Odwołującego wyciągi z kosztorysów sporządzanych w innych postępowaniach obrazujące różne poziomy kosztów pośrednich przyjęte przy ich wyliczaniu. W ocenie Izby dokumenty te potwierdzają wyłącznie, że w każdym z tych postępowań przyjęto stawki w nich wskazane lecz nie można z nich czynić projekcji jaki poziom jest właściwy w niniejszym postępowaniu. Z kolei opinię Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych przedłożoną przez Odwołującego i wykonaną na jego zlecenie Izba uznała, że element stanowiska własnego Odwołującego. Dostrzeżenia przy tym wymaga, iż opinia sporządzona przez rzeczoznawcę kosztorysowego SKB, prezentowana przez Odwołującego, powieliła błąd Odwołującego z odwołania, co do wskazywanego jako podstawa wyceny Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, co budzi również w zakresie jej rzetelności.

W zakresie kolejnego zarzutu dot. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą a niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała, iż zarzut nie potwierdził się. Warunek udziału w postępowaniu został przez Przystępującego spełniony i przedstawił on na tę okoliczność właściwe podmiotowe środki dowodowe.

Zamawiający ustalił w postępowaniu, że wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w ust. 5.2 pkt 1 lit. d) SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

- wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na wymianie opraw oświetleniowych w budynku o wartości co najmniej 500.000.- zł brutto, (*Zamawiający zastrzega, iż przez jedną robotę rozumie wartość robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę w ramach jednej umowy, dotyczącej jednego budynku*),

co potwierdzi przedstawiając dowody określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób

należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”

Bezsprzecznie, zarówno warunek udziału w postępowaniu jak i wzór wykazu wykonanych robót budowlanych, referowały do wykonania robót budowlanych, a nie do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też zamówienia.

Podzielając stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2021 r., wydanym w postępowaniu o sygn. KIO 2264/21, iż „obowiązkiem zamawiającego jest ocena spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu ściśle według tego jaki warunek został ustanowiony. Tak zamawiający, jak i wykonawcy są związani ustanowionymi przez zamawiającego postanowieniami SWZ warunkami i wymogami”, Izba wskazuje, że w przypadku, gdy warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest wykonanie określonych robót budowlanych, a w celu wykazania spełniania tego warunku wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz tych robót, dla oceny, czy wykonawca wykazał spełnianie tego warunku istotne jest to, czy roboty budowlane wskazane w tym wykazie zostały faktycznie wykonane (oczywiście, jeżeli zamawiający żąda przedstawienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych robót, wykonawca zobowiązany jest także złożyć zamawiającemu dowody na to) (por. wyrok KIO z 25 maja 2022 r., KIO 1142/22). Bezsporne było, iż Przystępujący w dniu 5 października 2022 r. (a więc przed upływem terminu składania ofert) zakończył wykonywanie robót budowlanych polegających na wymianie opraw oświetleniowych na Led w Oddziale ZUS w Zabrze, ul. Szczęść Boże 18. Odwołujący kwestionował jednak dopuszczalność wykazania doświadczenia za pomocą tej roboty przez Przystępującego, ze względu na fakt, iż cała umowa w ramach której realizował ww. roboty Przystępujący została zakończona w dniu 14 października 2022 r. (co potwierdzał złożony protokół odbioru dokumentacji powykonawczej oraz oświadczenie). Również korespondencja z Zamawiającym ZUS potwierdza, że 14 października zakończono realizację przedmiotu umowy obejmującej m.in. roboty wykazywane przez Przystępującego. Fakty te są bezsporne, jednakże wobec sposobu sformułowania warunku przez Zamawiającego, który referuje do wykonanych robót budowlanych, pozostają, w ocenie Izby, bez wpływu na badanie spełniania warunku. W ocenie składu orzekającego, wykonawca zakończył wykonywanie robót (wykonał roboty) budowlanych polegających na wymianie opraw oświetleniowych na Led w Oddziale ZUS w Zabrze, ul. Szczęść Boże 18 w dniu 5 października, co potwierdzają przedłożone dokumenty, w tym kluczowe oświadczenie wykonawcy złożone w uzupełnionym wykazie wykonanych robót budowlanych, a zatem mógł wskazywać na to doświadczenie jako potwierdzające spełniania warunków udziału.

Odnośnie drugiego aspektu tj. nie przedłożenia przez Przystępującego w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, Izba po analizie dokumentacji

postępowania stwierdziła, iż nie doszło w tym zakresie do naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Wskazać należy, iż dokumentem którego złożenia wymagał Zamawiający, na potwierdzenie spełniania warunku udziału był wykaz wykonanych robót budowlanych. Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający wymagał załączenia dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, mogły być referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane. Wobec tak określonych wymagań w SWZ, Izba ustaliła, że dokumenty złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego do ich uzupełnienia, wystosowane w dniu 1 marca 2023 r. odpowiadają wymaganiom SWZ. W dniu 3 marca 2023 r. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wykazu robót wraz z referencjami złożył nowy wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wskazał że: na rzecz ZUS wykonał wymianę opraw oświetleniowych na Led w Oddziale ZUS w Zabrze, przy ul. Szczęść Boże 18, zakończył roboty w dniu 5 października 2022 r., wartość brutto wykonanych robót wynosiła 1 378 420,41 zł. Do przedmiotowego wykazy Przystępujący załączył poświadczenie nr 4/2023/ADG, wydane przez ZUS. W tym poświadczeniu ZUS potwierdził wykonanie, przez ALPIDA sp. z o.o., roboty budowlanej – stosownie do postanowień umowy nr 1084544 z dnia 08.07.2023 r. Jednocześnie ZUS wskazał, że umowa obowiązywała od 8.07 do 14.10.2022 r. a jej przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych pn.: Część I „Wymiana oświetlenia na LED w Oddziale ZUS w Zabrze, ul. Szczęść Boże 18, oraz Oddziale ZUS w Zabrze, ul. 3 Maja 8”; Część II „wymiana oświetlenia na LED w Inspektoracie ZUS w Tarnowskich Górach, ul. Górnicza 4-8”. ZUS oświadczył, iż „umowa została zrealizowana należycie i zgodnie z jej postanowieniami. Roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.” Biorąc pod uwagę, że to wykaz jest oświadczeniem wykonawcy składanym na potwierdzenie spełniania warunków, a referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie robót, Izba stwierdziła, iż Przystępujący przedłożył prawidłowe podmiotowe środki dowodowe w celu wykazania spełniania warunku doświadczenia. Z uzupełnionego wykazu wynikają dane niezbędne do stwierdzenia spełniania warunku, a z załączonych referencji poświadczenie ich należytego wykonania. Irrelevantne dla sprawy są dalsze dokumenty składane przez Przystępującego w toku postępowania w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień.

Ponadto Izba, co do ww. zarzutu podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego oparte o stanowisko doktryny oraz orzecznictwo w zakresie materii będącej przedmiotem rozstrzygnięcia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo ocenił spełnianie warunków udziału przez Przystępującego.

Oddaleniu podlegał również ostatni z zarzutów dot. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą a który podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji wraz z Wykonawcą D. S. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S., Boczki – Świdrowo 42, 19-200 Grajewo.

Odwołujący tezę zarzutu popierał argumentacją, iż obaj wykonawcy [ALPIDA (lider konsorcjum Przystępującego) oraz p. D. S.] znają się i współpracują, gdyż kooperowali ze sobą w przeszłości oraz kooperują stale do chwili obecnej. Ponadto Odwołujący zarzut zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji oparł na tym, iż Przystępujący i ENERI D. S. w złożonych w postępowaniu kosztorysach przewidzieli koszty pośrednie na poziomie 10%. Są to jedyne okoliczności, które zdaniem Odwołującego mają świadczyć o zawarciu porozumienia.

Bezsporne było, iż P. D. S. był współpracownikiem firmy ALPIDA.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wskazał wiarygodnych przesłanek świadczących o zawarciu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Sam fakt współpracy pomiędzy wykonawcami nie może być za takowe uznany. W ocenie Izby, również fakt ustalenia kosztów pośrednich na tożsamym poziomie nie przesądza o zaistnieniu porozumienia zakłócającego konkurencję. Odwołujący nie wskazał przyczyn, powodów i celu jaki wykonawcy mieli by osiągnąć zmawiając się. Tym bardziej, iż oferta wykonawcy ENERI D. S. została odrzucona ponieważ jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia. Brak więc, logicznego wyjaśnienia i określenia celu złożenia przez potencjalnych wykonawców zmawiających się, oferty ważnej w postępowaniu (oferta Przystępującego) oraz oferty podlegającej odrzuceniu ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia (oferta ENERI). Brak jest określenia celu jaki wykonawcy mieliby osiągnąć składając oferty w ten sposób.

Nadmienić należy, iż tylko takie porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji, powinno skutkować wykluczeniem z postępowania, ale w sytuacji wiarygodnych przesłanek co do zamiaru, czy też skutku jakim jest zakłócenie konkurencji. Zakazane nie jest więc samo porozumienie między wykonawcami, lecz cel tego porozumienia lub też skutek, jakim jest zakłócenie konkurencji np.: zawyżenie cen, czy też uniemożliwienie złożenia oferty innym wykonawcom to jest wykonawcom spoza porozumienia (brak dostępu).

W orzecznictwie KIO podkreśla, że aby można stwierdzić, że doszło do istnienia zмовы, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej

sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmywy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2022 r., KIO 2051/22 oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2022 r., KIO 1529/22. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest wiarygodnych przesłanek do stwierdzenia, że doszło do zmywy przetargowej. Samo subiektywne przekonanie Odwołującego o jej istnieniu jest niewystarczające dla stwierdzenia istnienia podstaw wykluczenia i odrzucenia oferty Przystępującego. W ocenie Izby, dopuszczane przez doktrynę bardziej tolerancyjne dowodzenie zmywy przetargowej, nie może opierać się na tzw. poszlakach, tym bardziej gdy powołujący się na zmywę nie wykazuje, że takie porozumienie wykonawców ogranicza dostęp do zamówień innym wykonawcom, czy też szkodzi zamawiającemu w prowadzeniu konkurencyjnego postępowania.

Z powyższego wynika zatem, że istnienie tzw. zmywy przetargowej powinno wyraźnie wynikać z okoliczności sprawy, układających się w pewien logiczny ciąg, a w tej sprawie tego brak. Projekcja rzeczywistości opisana przez Odwołującego jako uwiarygadniająca istnienie zmywy, nie pozwala na uznanie jej za prawidłową. Odwołujący starał się w toku postępowania odwoławczego wywrzeć wrażenie, że wykonawca ALPIDA jest podmiotem co najmniej niewiarygodnym, jednakże przedłożone przez Odwołującego jako dowody dokumenty w postaci kopii wyroku KIO z dn. 1 grudnia 2022 r., zawiadomienia o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa czy też zawiadomienia o przesłaniu aktu oskarżenia, jako niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, nie były brane pod uwagę przez Izbę.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Izba uznała, że w tym postępowaniu Odwołujący nie wykazał przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy, a więc złożenia oferty w czynie nieuczciwej konkurencji. Odwołujący argumentował, iż wykonawca ALPIDA i p. D. S. przystępując do przetargu uzgodnili warunki składanych ofert, w szczególności ceny, a wobec nie zawarcia np. konsorcjum dopuścili się porozumienia antykonkurencyjnego. W ocenie Odwołującego powyższe dowodzi, że celem i skutkiem podjętych działań miało być zwiększenie szans na zwycięstwo członków porozumienia poprzez złożenie większej liczby ofert na ustalonych z góry warunkach, stanowiące działanie na szkodę konkurentów, co stanowić powinno samodzielną podstawę odrzucenia ofert ww. wykonawców. Jednakże podobnie jak przy poprzednim zarzucie, brak jest nie tyle dowodów co nawet uprawdopodobnienia, że oferty ALPIDA i p. D. S. zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę zapadłe rozstrzygnięcie, o kosztach postępowania odwoławczego

orzeczone stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....