

## WYROK

Warszawa, dnia 30 lipca 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko  
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez wykonawcę Metrolog Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czarnkowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miastko przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie

### orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00 groszy), uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę Metrolog Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czarnkowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych sześćset złotych 00 groszy), stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika, poniesioną przez uczestnika postępowania – wykonawcę Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie;

2.2. zasądza od odwołującego – wykonawcy Metrolog Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czarnkowie na rzecz uczestnika postępowania – wykonawcy Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie kwotę 3.600,00 złotych (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy), stanowiącą uzasadnione koszty ww. wykonawcy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

### Sygn. akt KIO 2289/24

### Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Miastko, dalej: „Zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Modernizacja źródła ciepła w ZEC Sp. z o.o. Miastko wraz z przebudową i rozbudową sieci ciepłowniczej na terenie miasta Miastko”, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 kwietnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00273079/01.

W dniu 1 lipca 2024 r. wykonawca Metrolog Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czarnkowie, dalej: „Odwołujący” wniósł odwołanie wobec:

(i) nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego oferty, w zakresie części I Postępowania, złożonej przez Wykonawcę Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych PROMAT Sp. z o.o. z/s przy ul. Wejherowskiej 5c, 84-208 Dobrzewino (dalej: „PROMAT” lub „Wykonawca”), poprzez nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez PROMAT oraz poprzez nieprawidłowe uznanie, że oferta PROMAT jest zgodna z warunkami zamówienia i że PROMAT spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy prawidłowa analiza wyjaśnień ceny dokonana przez PROMAT winna prowadzić do wniosku, że PROMAT nie złożył w terminie wyjaśnienia ceny w stopniu szczegółowości wymaganym przez Zamawiającemu lub ocena tych wyjaśnień winna prowadzić do wniosku, że oferta PROMAT jest rażąco niska, ponadto w ofercie PROMAT, w części dot. kalkulacji ceny widnieje błąd rachunkowy, który nie posiada charakteru oczywistego i niemożliwe było jego poprawienie przez Zamawiającego oraz Wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XIV ust. 2 pkt 2.4. ppkt 1) lit. a) SWZ, jak również, Zamawiający winien uznać, że oferta PROMAT jest niezgodna z warunkami zamówienia; a tym

samym nieprawidłową czynność dokonania wyboru oferty PROMAT jako najkorzystniejszej;

(ii) niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty PROMAT; mających miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości nieprzekraczającej równowartości kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp, prowadzonego przez Gminę Miastko pod nazwą: „Modernizacja źródła ciepła w ZEC Sp. z o.o. Miastko wraz z przebudową i rozbudową sieci ciepłowniczej na terenie miasta Miastko”. Numer referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: WliGP.271.31.2024.IF.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp, poprzez zaniechanie ich zastosowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty PROMAT, pomimo tego, że Wykonawca nie udzielił wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oraz nie przedstawił dowodów

w zakresie wymaganym przez Zamawiającego lub przedstawił dowody niewystarczające; alternatywnie, w sytuacji uznania, że wyjaśnienia PROMAT były prawidłowe i wyczerpujące: art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 oraz 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp,

poprzez zaniechanie ich zastosowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty PROMAT, pomimo tego, że ocena wyjaśnień PROMAT, potwierdza, że oferta

(w szczególności jej istotne części składowe) PROMAT zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp, alternatywnie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw.

z art. 266 Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, iż oferta Wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia, zarówno w zakresie błędu rachunkowego, jak i zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z PFU oraz alternatywnie, że nie zawiera błędów w obliczeniach dot. ceny lub kosztów, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty PROMAT, pomimo tego, iż oferta PROMAT jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, który to błąd nie posiada charakteru oczywistego, w związku z czym oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia w sposób istotny i nieusuwalny.

Alternatywnie, w sytuacji uznania przez KIO, że błąd rachunkowy ma charakter oczywisty, zaniechania Zamawiającego, polegającego na braku poprawy tego błędu, tj. naruszenie art. 223 ust. 3 pkt 2 Pzp.

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp, poprzez zaniechanie ich zastosowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty PROMAT, pomimo tego, że prawidłowa ocena oferty PROMAT, w szczególności środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych, winna prowadzić do wniosku, że PROMAT nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Alternatywnie zaniechania wezwania Zamawiającego do wyjaśnień lub poprawy wykazu robót, tj. naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

a) uwzględnienie odwołania w całości;

b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty PROMAT;

c) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty PROMAT, a w jej następstwie uznania, iż oferta PROMAT podlega odrzuceniu oraz dokonania wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a po ich ocenie – wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

d) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wyszczególnionych w odwołaniu lub dołączonych do odwołania lub przedłożonych na posiedzeniu lub rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, na okoliczności wskazane w odwołaniu lub wskazane na posiedzeniu lub rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;

e) zasądzenie w całości od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu lub noclegu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania, Odwołujący wskazał, że wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia kalkulacji ceny odnoszącej się do istotnej części składowej wskazanej

w zestawieniu tabelarycznym w ofercie w poz. 6.7. – „instalacja spalinowa (kominy)”, wskazane w piśmie z dnia 20 maja 2024 r. było jednoznaczne i wyczerpująco wskazywało zakres informacji, których Zamawiający oczekiwał od PROMAT, w tym precyzyjnie wskazano zakresy rzeczowe wymagające wyjaśnienia przez PROMAT.

Zamawiający wezwał PROMAT do następujących wyjaśnień: „W opisanych okolicznościach należy przedłożyć wyjaśnienie w zakresie możliwości wykonania wymienionej powyżej części składowej za cenę wskazaną w ofercie z uwzględnieniem okoliczności opisanych w art. 224 ust. 3 pkt 1-8 Pzp, mających wpływ na wysokość zaproponowanej ww. ceny wraz

z przedłożeniem stosownych dowodów.”

Odwołujący uznał, po porównaniu zakresu wezwania Zamawiającego z wyjaśnieniami udzielonymi przez PROMAT, że nie są one adekwatne do treści wezwania Zamawiającego

i z nim nie korespondują. PROMAT nie ustosunkował się do ponad połowy zakresów rzeczowych wskazanych przez Zamawiającego. W wyjaśnieniach PROMAT nie ma informacji na temat:

- 1) Zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 3) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 5) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Odwołujący ocenił pismo PROMAT z dnia 22 maja 2024 r. i uznał, iż nie stanowi ono wyjaśnienia kalkulacji ceny istotnej części składowej oferty, korespondujące z wezwaniem Zamawiającego, a tym bardziej, że w jakikolwiek sposób wyjaśniają sposób skalkulowania przedmiotowej ceny przez Wykonawcę, a tym samym należy uznać, że PROMAT w rzeczywistości nie złożył wyjaśnień kalkulacji ceny istotnej części składowej oferty w terminie i zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że wobec powyższego Zamawiający nie miał żadnych podstaw by powtórnie wezwać PROMAT do wyjaśnień, skoro pierwotne wyjaśnienia w rzeczywistości nie zostały złożone w zakresie i terminie wymaganym przez Zamawiającego.

Obowiązkiem PROMAT, do którego Zamawiający skierował żądanie w trybie art. 224 ust.

1 Pzp było zatem wyjaśnienie tych kwestii, o które Zamawiający pytał, z kolei Zamawiający oceniając wyjaśnienia przedstawione przez PROMAT miał za zadanie zweryfikować, czy otrzymał przekonujące odpowiedzi na pytania, które zadał oraz czy Wykonawca w sposób rzetelny wyjaśnił wątpliwe kwestie, w szczególności czy wyjaśnił, w jaki sposób skalkulował cenę istotnej części składowej wskazanej w zestawieniu tabelarycznym w ofercie poz. 6.7. – „instalacja spalinowa (kominy)”. Zamawiający zaniechał takiej weryfikacji lub dokonał jej w sposób nieprawidłowy. Wykonawca powinien udzielić wyjaśnień w taki sposób by wyeliminować wszelkie wątpliwości dotyczące poprawności obliczenia ceny oferty wyrażone przez Zamawiającego, w szczególności winny potwierdzać, iż Wykonawca, określając cenę na takim poziomie, będzie w stanie wykonać przedmiot umowy w sposób należyty, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ. W związku z powyższym, wyjaśnienia winny podlegać ocenie również pod kątem adekwatności przekazywanych informacji do treści wezwania.

Stosownie do treści art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub koszty spoczywał na PROMAT.

W ocenie Odwołującego PROMAT nie sprostął jednak ciężarowi dowodowemu nałożonemu przez Ustawodawcę. Wyjaśnienia PROMAT zostały sporządzone w sposób lakoniczny oraz nie pozwalały na szczegółowe zweryfikowanie, w jaki sposób Wykonawca dokonał wyceny przedmiotowej pozycji oraz nie pozwalają jednoznacznie stwierdzić, czy cena zaoferowana przez PROMAT gwarantuje należyłą realizację zamówienia.

PROMAT wskazał przykładowo, że w celu wyceny pozycji 6.7. – „instalacja spalinowa (kominy)” zwrócił się do producenta systemu przewodów spalin dla kotłów gazowych, by ten przygotował ofertę na komplet przewodów spalin wraz z osprzętem. Oferta na ten zakres zamówienia została rzekomo sporządzona na kwotę 39.902,40 zł netto. PROMAT wskazał, iż cenę pozycji skalkulował na podstawie ww. oferty i w oparciu o nią podał cenę za przewody spalin wynoszącą 49.000,00 zł netto, nie podając przy tym co zostało uwzględnione w dodanej przez siebie kwocie w wysokości 9.097,60 zł.

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2024 r.; sygn. akt KIO 135/24).

Odwołujący zauważył, że jako załącznik nr 1 do wyjaśnień PROMAT dołączył ofertę cenową firmy WOBEX. Z treści oferty nie wynika jednak, iż dotyczy Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Dane wskazane w ofercie cenowej firmy WOBEX wskazują wręcz, że nie może dotyczyć ona przedmiotowego Postępowania, bowiem jako termin

realizacji wskazano 19 kwietnia 2024 roku, podczas, gdy otwarcie ofert w Postępowaniu miało miejsce dopiero 10 maja 2024 roku. Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że oferta cenowa dotyczy innej inwestycji prowadzonej przez PROMAT. Ponadto, oferta cenowa nie została w żaden sposób podpisana przez firmę WOBEX.

Wykonawca PROMAT wskazał, iż łączna cena za realizację komina (tj. fundament komina, konstrukcja wsporcza i przewody spalinowe) wynosi w ofercie PROMAT 224.708,70 zł brutto. Niemniej, na powyższe twierdzenia Wykonawca PROMAT nie przedłożył żadnych dowodów. W tym, PROMAT w żaden sposób nie odniósł się do kosztów pracowniczych za przedmiotowy zakres realizacji zamówienia.

W orzecznictwie Izby słusznie wskazuje się, że „Nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2023 r.; sygn. akt KIO1191/23.)

PROMAT wskazał również w piśmie z dnia 22 maja 2024 r., iż „W ofercie przewidzieliśmy wykonanie instalacji spalinowej dla kotłów gazowych z elementów systemowych firmy Wobex. Jest to system przewodów dwuciennych przeznaczonych dla instalacji spalinowych kotłów gazowych. Przewody spalin wykonane są z wysokostopowej stali szlachetnej gat. 1.4404/1.4301”. Wykonawca jednak w żadnej mierze nie wyjaśnił, w jaki sposób przyjęte przez niego rozwiązanie wpływa na skalkulowaną cenę wskazaną w poz. 6.7.

Odwołujący zauważył, że sposób sformułowania wyjaśnień przez PROMAT, wskazany w ust. 16 powyżej jest nagminny. W dalszej części wyjaśnień sporządzonych przez PROMAT również zostały powołane wyłącznie „suche” fakty. Wykonawca na żadnym etapie wyjaśnień nie wykazał jak wskazane przez niego, w piśmie z dnia 29 maja 2024 r., okoliczności wpłynęły na kalkulację ceny oferty i zapewniły mu przewagę konkurencyjną. Nie udowodnił również, iż skalkulowana przez niego cena zawiera wszelkie koszty, jakie będzie musiał ponieść, a tym samym nie udowodnił czy skalkulowana cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący uznał, że PROMAT nie przedłożył wyjaśnień kalkulacji ceny odnoszącej się do istotnej części składowej, stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 maja 2024 r. Zatem, już z tej przyczyny, stosownie do treści art. 224 ust. 6 Pzp, Zamawiający winien był uznać, że PROMAT nie złożył wyjaśnień i dokonać odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazał, że próba uzupełnienia wyjaśnień lub przedłożenia dowodów przez PROMAT dopiero w odpowiedzi na odwołanie lub na posiedzeniu lub rozprawie przed KIO, będzie spóźniona. W tym zakresie powołał się na wyrok KIO, w którym wskazano, iż:

„Udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p. nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny”, (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3488/22.)

Końcowo, niejako wyprzedzając Odwołujący wskazał, że argumentacja oparta na twierdzeniu, iż żądanie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, w porównaniu do żądania wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, jest fakultatywne będzie bezzasadne. W sytuacji pojawienia się wątpliwości po stronie Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień staje się jego obowiązkiem, a tym samym brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, brak złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę, winno pociągać za sobą wszelkie możliwe konsekwencje przewidziane ustawą Pzp – w tym przypadku niezłożenie wyjaśnień przez Wykonawcę winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp. Powyższe niejako potwierdza orzecznictwo KIO: I pomimo, że w omawianej normie ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w przeciwieństwie do art. 224 ust. 2 ustawy pzp, to w przypadku zająścia okoliczności, o których mowa w hipotezie przepisu - zaistnienie okoliczności powodujących, że cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska i wzbudza wątpliwość, czy możliwym będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania i przepisami prawa - przeradza się to w obowiązek Zamawiającego (...), (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3497/22).

Odwołujący zauważył, że w wyjaśnieniach PROMAT w ogóle nie odniósł się do kosztów pracowniczych oraz ich zgodności z obecnie obowiązującymi przepisami, do czego przecież wzywał Zamawiający, powołując się na art. 224 ust. 3 Pzp, gdzie w pkt. 4 i 6 mowa właśnie

o kosztach pracowniczych. Zarówno wyjaśnienia PROMAT, jak i oferta cenowa stanowiąca załącznik nr 1 do wyjaśnień, w ogóle nie zawierają informacji o kosztach pracy. Oferta cenowa skupia się wyłącznie na wycenie materiałów, zupełnie pomijając wycenę roboczo-godzin. PROMAT w żaden sposób nie wykazał również, że wycenił obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę osób, wymaganych przez Zamawiającego w rozdziale IV ust. 5 SWZ.

Odwołujący sformułował wniosek, że PROMAT nie dokonał, wymaganych przez Zamawiającego, wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a tym samym, jego oferta winna podlegać odrzuceniu.

W opinii Odwołującego, cena za część składową oferty PROMAT, dotycząca realizacji komina (tj. fundament komina, konstrukcja wsporcza i przewody spalinowe) jest ceną rażąco niską. Odwołujący zauważył, że PROMAT wskazał w wyjaśnieniach z dnia 22 maja 2024 roku, że łączna cena za realizację komina wynosi 224.708,70 zł brutto, co nadal jest ceną znacząco odbiegającą od cen konkurencji, wskazanych w ofertach, za ten zakres przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zauważył, że:

- a) w ofercie nr 3 (tj. ofercie Odwołującego) przedmiotowy zakres został ustalony na kwotę 553.500,00 zł brutto, a zatem o prawie 2,5 razy więcej niż w ofercie PROMAT;
- b) w ofercie nr 5 (tj. ofercie Construction Development Center Sp. z o.o.) przedmiotowy zakres został ustalony na kwotę 920.738,62 zł brutto, a zatem ponad 4 razy więcej niż w ofercie PROMAT;
- c) w ofercie nr 6 (tj. ofercie ROMGAZ Sp. z o.o.) przedmiotowy zakres został ustalony na kwotę 738.000,00 zł brutto, a zatem o ponad 3 razy więcej niż w ofercie PROMAT.

PROMAT w przedłożonych wyjaśnieniach w żadnym miejscu nie odniósł się do art. 224 ust.

3 pkt 2 Pzp i nie wykazał, że posiada wyjątkowo korzystne warunki ofertowanych prac. PROMAT w żadnym miejscu nie wskazał również kosztów osobowych, robocizny, materiałów, sprzętu, itp. związanych z realizacją przedmiotowych prac, co w opinii Odwołującego, przesądza o tym, że cena za część składową zamówienia, dot. realizacji komina, jest ceną rażąco niską.

Odwołujący zauważył, że nawet gdyby PROMAT próbował wykazywać, iż dokonał przerzucenia części kosztów w ramach różny pozycji w kosztorysie (bowiem wynagrodzenie za przedmiot zamówienia ma charakter ryczałtowy), to takie działanie powinno być uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 15 marca 2018 roku (sygn. akt KIO 399/18), zgodnie z którym: „W ocenie Izby również niezasadna jest argumentacja wskazująca, że „wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy poszczególnymi pozycjami kalkulacji cenowej”. Dalej Odwołujący argumentował w odwołaniu, że żądanie wyjaśnień przez Zamawiającego ma się „nijak” do wyceny całkowitej danej pozycji, bowiem koszty w jej obrębie mogą być przenoszone. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie,

a wniosek ze stanowiska jakie prezentuje Odwołujący sprowadza się do stwierdzenia, że wykonawca mógł przenosić koszty realizacji zamówienia pomiędzy poszczególnymi pozycjami oraz poszczególnymi elementami w konkretnych pozycjach. Fakt, że Zamawiający nie zakazał takiej czynności nie oznacza jednoznacznie, że takie działanie jest dopuszczone; natomiast jeżeli Odwołujący dokonywał takich przesunięć, o czym nie ma mowy w wyjaśnieniach,

a wskazuje na to argumentacja podnoszona w odwołaniu, to był to winien wykazać

w złożonych wyjaśnieniach podając jednocześnie te elementy, które przeniósł

z poszczególnych pozycji do innych pozycji i koszty jakie się z tym wiążą oraz powinien był wykazać jak w zakresie poszczególnych elementów w danych pozycjach dochodzi do przesunięć określonych przez Zamawiającego zadań.

Jednocześnie w ocenie Izby Odwołujący w odwołaniu używając określeń "przenoszenie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kalkulacji cenowej" oraz "dowolnie przenosić koszty pomiędzy poszczególnymi elementami w ramach pozycji" wskazał dwie różne możliwości przesunięć kosztów, czego nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, jak również zabrakło precyzyjnej argumentacji w zakresie przenoszonych kosztów pomiędzy pozycjami, co w ocenie Izby jest niedozwolone”.

Odwołujący wskazał na dalsze stanowisko płynące z wyroku KIO z dnia 15 marca 2018 roku (sygn. akt KIO 399/18), z którym w pełni się zgadza: „To wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest

w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste. Odwołujący podkreślił, że to wykonawca musi wykazać rzeczywistość, realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

(...) Cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykazają, że oferowana przez niego cena rażąco niska nie jest”.

Odwołujący zauważył należy, że zgodnie z treścią SWZ (rozdział XXVI ust. 5) Zamawiający bardzo szczegółowo określił, jakie co najmniej koszty należy uwzględnić w cenie oferty. Wykonawca PROMAT w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że wycenił wszystkie opisane w SWZ koszty, w zakresie umożliwiającym należytą realizację zamówienia.

Odwołujący zauważył również, że zgodnie z przedłożonym Wykazem osób, Wykonawca PROMAT winien wycenić w ofercie koszty zatrudnienia, jak sam wskazał, w oparciu o umowę o pracę, co najmniej Kierownika Budowy. Okres realizacji umowy wynosi 13 miesięcy, niemniej w uwagi na formułę „zaprojektuj i wybuduj” można założyć, że Kierownik Budowy winien być zatrudniony co najmniej w okresie 10 miesięcy realizacji umowy.

Odwołujący, bazując na danych z portalu <https://wynagrodzenia.pl>, wskazał poziom zarobków kierowników robót.

Przy najniższej rynkowej stawce brutto, tj. 8.500,00 zł, wynagrodzenie kierownika budowy za 10-miesięczny okres realizacji zamówienia wyniosłoby 85.000,00 zł brutto.

PROMAT wskazał, że zatrudnia Kierownika budowy w ramach umowy o pracę, to miesięczny koszt dla pracodawcy wyniósłby 10.203,00 zł, bazując na informacjach dostępnych na stronie money.pl. Tym samym, w okresie 10-miesięcznej realizacji zamówienia koszt dla pracodawcy,

spowodowany zatrudnieniem Kierownika budowy winien minimalnie wynieść 102.030,00 zł. PROMAT w żadnym miejscu wyjaśnień nie wskazał, gdzie ujął te koszty (winien je ująć proporcjonalnie w każdej pozycji tabeli, wskazanej w Formularzu oferty).

Zgodnie ze stanowiskiem Izby wskazane w wyroku z dnia 27 lutego 2023 r.: „Sam fakt, że przyjęty poziom wynagrodzenia pracowników nie narusza przepisów powszechnie obowiązujących w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie jest równoznaczny

z tym, że koszty pracy przyjęto na poziomie oddającym rzeczywiste nakłady, musiałoby to się

bowiem wiązać każdorazowo z przyjęciem, że wszystkie osoby zatrudnione na umowę

o pracę, mające realizować zamówienie, otrzymują wynagrodzenie minimalne, co

w aktualnych realiach gospodarczych na rynku budowlanym oraz mając na uwadze okoliczność, iż pracownicy skierowani do realizacji zamówienia zatrudnieni są/będą na różnych stanowiskach, wymagających różnych kwalifikacji, jest mało prawdopodobne”, (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 388/23).

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania, Odwołujący wskazał:

A. Błąd rachunkowy

Odwołujący uznał, że oferta PROMAT jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie prawidłowości wyceny Formularza oferty.

Zamawiający w rozdziale XXVI ust. 7 SWZ wskazał wymaganie, w zakresie dot. części

I postępowania: W celu kalkulacji ceny oferty należy dokonać wyceny poszczególnych rodzajów robót określonych w poniższym zestawieniu planowanych robót.

PROMAT złożył ofertę, która jest niezgodna z powyżej wskazanymi warunkami zamówienia. Po pierwsze, PROMAT nie wskazał w Formularzu oferty tabeli odpowiadającej nomenklaturą wskazaną w powołanych powyżej postanowieniach SWZ, a po drugie z zakresu poz. 6.3. pkt 1 i 2 oferty (poz. 9.3 Tabeli wskazanej przez Zamawiającego w SWZ), wynika, iż, po zsumowaniu kwot wskazanych w poz. 6.3. pkt 1 i 2 wychodzi kwota 1.230.000,00 zł, a nie jak wskazał PROMAT 1.290.000,00 zł. Ww. błąd powoduje, iż kwota wskazana w poz. 6 oferty również jest zawyżona – PROMAT wskazał, iż łączna wartość pozycji od 6.1. – 6.8. oferty wynosi 1.903.000,00 zł, podczas gdy w rzeczywistości wynosi 1.843.000,00 zł.

Odwołujący wskazał, że oferta PROMAT jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem błędnie wskazano cenę w poz. 9.3. Tabeli określonej przez Zamawiającego w SWZ. Przy czym, Zamawiający nie był w stanie poprawić omyłki jako oczywistej omyłki rachunkowej, bowiem nie wiadomo, czy PROMAT błędnie zsumował pkt 1 i 2 w poz. 6.3, co winno skutkować w konsekwencji obniżeniem ceny oferty, czy też PROMAT prawidłowo wskazał kwotę w poz. 6.3 oferty, niemniej błędnie rozdzielił tę kwotę na kwoty wskazane w pkt 1 i 2 przedmiotowej tabeli - wtedy cena oferty byłaby wskazana prawidłowo.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że przedmiotowy błąd alternatywnie może być również kwalifikowany jako błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z orzecznictwem prezentowanym przez Krajową Izbę Odwoławczą: „Zatem z błędem w obliczeniu ceny skutkującym odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. mamy do czynienia wyłącznie wówczas, gdy nie można go zakwalifikować jako innej omyłki, możliwej do poprawienia, zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Inna omyłka ma miejsce wtedy, gdy wykonawca w ofercie przyjął element zamówienia inny niż Zamawiający w dokumentach zamówienia, ale możliwe jest wykazanie, że było to wynikiem omyłki, a nie świadomego działania. Omyłka może bowiem polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu.”

Odwołujący zauważyć należy, iż ww. błędu nie można zakwalifikować jako oczywistej omyłki

rachunkowej, z uwagi, iż trudno jest jednoznacznie określić, co miał na myśli Wykonawca sporządzając przedmiotową

ofertę (czy kwoty ujęte w poz. 6.3. pkt 1 i 2 zostały błędnie skalkulowane przez PROMAT, czy błąd wynika z niewłaściwego zsumowania przedmiotowych pozycji), co w konsekwencji powoduje, iż omyłka jest nieusuwalna. Odwołujący wyjaśnił, że wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie podanych cen w ww. pozycjach skutkowałoby w istocie negocjowaniem złożonej przez PROMAT oferty oraz niedopuszczalną zmianą jej treści, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp.

#### B. Niezgodność oferty z PFU

W opinii Odwołującego, PROMAT nie wykazał również, że materiały wskazane w ofercie cenowej nr 0284/24/ZO/MG, dołączonej do wyjaśnień ceny z dnia 22 maja 2024 roku są zgodne z PFU, w tym w zakresie spełnienia pkt. III.15.13 w zakresie oznakowania materiałów znakiem CE.

Zgodnie z PFU, w tym pkt. III.5: „W miarę możliwości ocenę materiałów należy prowadzić w oparciu o aktualną PN”.

Zgodnie zaś z pkt. IV.1.2 PFU „Wykonawca jest zobowiązany do wykonywania robót zgodnie z przepisami polskiego Prawa Budowlanego oraz Polskich Norm i norm branżowych”.

Tymczasem w załączniku nr 2 do wyjaśnień ceny z dnia 22 maja 2024 roku PROMAT wskazał, iż w zakresie konstrukcji wsporczej komina zastosuje śruby wg PN-85/M-82101. Jeśli Wykonawca miał na myśli normę PN-M-82101:1985, to Odwołujący zauważył, że zgodnie

z informacjami wskazanymi na stronie PKN.pl, przedmiotowa norma została wycofana, tym samym PROMAT zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z warunkami zamówienia.

Tożsama uwaga dotyczy również nakrętek, wskazanych w załączniku nr 2 do wyjaśnień z dnia 22 maja 2024 roku, jako zgodnych z normą PN-85/M-82144. Jeśli PROMAT miał na myśli normę PN-M-82144:1986, to norma ta została wycofana, zgodnie z danymi dostępnymi na stronie pkn.pl.

Również w zakresie wskazanych w Załączniku nr 2 do pisma PROMAT z dnia 22 maja 2024 roku podkładek okrągłych zgrubnych wskazano na wycofaną normę PN-78/M-82005.

W ocenie Odwołującego, oferta PROMAT jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. postanowieniami PFU.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania, Odwołujący wskazał:

Stosownie do treści rozdziału XIV pkt 2.4 ppkt 1 SWZ, w celu spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, PROMAT miał wykazać:

1) iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał prawidłowo:

- a) dla Części I zamówienia – jedną robotę budowlaną odpowiadającą swym rodzajem niniejszej części zamówienia polegającą na modernizacji, budowie, przebudowie, rozbudowie kotłowni gazowej wraz z montażem kotłów gazowych i instalacjami towarzyszącymi o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 PLN brutto (słownie: jeden milion pięćset tysięcy 00/100 złotych).

PROMAT przedkładając podmiotowy środek dowodowy, tj. wykaz robót budowlanych,

w kolumnie dot. „miejsca i rodzaju wykonanych robót budowlanych”, wskazał, iż:

Miejsce:

Kotłownia gazowa współpracująca z istniejącą kotłownią węglową i miejską siecią ciepłowniczą z możliwością pracy jako niezależne źródło zlokalizowania na terenie ciepłowni Veolia Szczytno Sp. z o.o. w Szczytnie.

Rodzaj:

Budowa kotłowni gazowej o mocy 8,1 MW z dwoma kotłami o mocy 2,7 MW każdy.

Moc zainstalowanych kotłów: 2,7 MW każdy.

Ilość zainstalowanych kotłów: 2

Producent kotłów gazowych: Bosch.

Odwołujący wskazał, że z powyższego opisu, wskazanego w Wykazie robót budowlanych nie wynika jednoznacznie spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. PROMAT nie wykazał bowiem, że zamontował (przeprowadził prace montażowe) kocioł gazowy wraz z instalacjami towarzyszącymi.

Tym samym, PROMAT w wykazie robót budowlanych nie wykazał w sposób jednoznaczny, literalnego spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, określonego jednoznacznie przez Zamawiającego.

Odwołujący zgodził się z poglądem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku

z dnia 27 lutego 2024 roku (sygn. akt KIO 438/24), zgodnie z którym: „Ocena spełnienia warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału

w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału

w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do

przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe, Zamawiający winien odrzucić ofertę PROMAT, jako niespełniającą warunków udziału w Postępowaniu, alternatywnie wezwać PROMAT do poprawienia podmiotowego środka dowodowego, czego jednak nie uczynił,

a które to zaniechania miały wpływ na wynik postępowania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk Stron zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia.

Izba ustaliła także, że przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca – Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie, dalej: „Przystępujący”.

Mając na uwadze podniesione przez Odwołującego wątpliwości dotyczące formy przystąpienia Przystępującego – pismo z 25 lipca 2024 r., Izba ustaliła, że Zgłoszenie przystąpienia Przystępującego zostało opatrzone podpisem zaufanym pełnomocnika Przystępującego - radcy prawnego I.K., natomiast do Zgłoszenia przystąpienia został załączony skan pełnomocnictwa udzielonego radcy prawnemu I.K. przez Prezesa oraz członka Zarządu Przystępującego. Z uwagi na fakt, że w Zgłoszeniu przystąpienia jako załącznik zostało wymienione pełnomocnictwo udzielone radcy prawnemu I.K., pełnomocnik Przystępującego – radca prawny, opatrzył podpisem zaufanym wszystkie dokumenty składane w ramach Zgłoszenia przystąpienia, w tym uwierzytelił również odpis udzielonego mu pełnomocnictwa.

Odwołujący, podnosił mając na względzie brzmienie art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego w zw.

z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, że pełnomocnictwo załączone do Przystąpienia, składane przez pełnomocnika w postaci elektronicznej, winno zostać podpisane podpisem zaufanym przez mocodawcę.

Izba wskazuje, że art. 99 Kodeksu cywilnego określa formę pełnomocnictwa do dokonania czynności prawnych, w ocenie Izby powyższy przepis nie ma zastosowania w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny: „Przepis art. 511 jest odwzorowaniem przepisu z Kodeksu postępowania cywilnego, tj. art. 89 § 1 KPC, o następującej treści: "Pełnomocnik jest obowiązany przy pierwszej czynności procesowej dołączyć do akt sprawy pełnomocnictwo

z podpisem mocodawcy lub wierzytelny odpis pełnomocnictwa wraz z odpisem dla strony przeciwnej. Adwokat, radca prawny, rzecznik patentowy, a także radca Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej mogą sami uwierzytelić odpis udzielonego im pełnomocnictwa oraz odpisy innych dokumentów wykazujących ich umocowanie.” oraz: „Pełnomocnik przedstawia zatem wraz z odwołaniem oryginał pełnomocnictwa lub jego odpis wierzytelny. Oryginał pełnomocnictwa to również pełnomocnictwo w formie elektronicznej podpisane podpisem elektronicznym, a kopia uwierzytelniona elektronicznie to skan pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika. Jeżeli pełnomocnik jest adwokatem lub radcą prawnym, może samodzielnie uwierzytelić składaną kopię pełnomocnictwa w formie pisemnej lub elektronicznej.”, tak: Prawo zamówień publicznych, Komentarz [do art. 511 ustawy Prawo zamówień publicznych], Paweł Granecki, Iga Granecka, wyd. 2, Warszawa 2024.

W ocenie Izby powyższe stanowisko odnosi się również do pełnomocnictwa przedstawianego wraz ze zgłoszeniem przystąpienia.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, przystąpienie wykonawcy – Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie do postępowania odwoławczego było skuteczne.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz złożone podczas rozprawy.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Modernizacja źródła ciepła w ZEC Sp. z o.o. Miastko wraz z przebudową i rozbudową sieci ciepłowniczej na terenie miasta Miastko”.

W Postępowaniu – części I oferty złożyło 4 wykonawców, w tym Odwołujący oraz Przystępujący.

Pismem z dnia 20 maja 2024 r. wezwał Przystępującego, do złożenia na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp pisemnych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty złożonej na Część

I zamówienia. Zamawiający wskazał, że w trakcie oceny i badania, Zamawiający podjął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji

Warunków Zamówienia za zaproponowaną cenę odnoszącą się do istotnej części składowej wskazanej w zestawieniu tabelarycznym

w ofercie w poz. 6.7 – instalacja spalinowa (kominy) oraz że jak ustalił cena odnosząca się do tej części składowej jest rażąco niska w stosunku do analogicznych cen tej pozycji

w pozostałych ofertach. Zamawiający wezwał Przystępującego do przedłożenia wyjaśnień w zakresie możliwości wykonania wymienionej powyższej części składowej za cenę wskazaną w ofercie z uwzględnieniem okoliczności opisanych w art. 224 ust. 3 pkt 1-8 Pzp, mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny wraz z przedłożeniem stosownych dowodów.

W dniu 22 maja 2024 r. Przystępujący złożył odpowiedź na wezwanie Zamawiającego załączając do pisma: ofertę cenową firmy Wobex, rysunek konstrukcji wsporczej kominowych przewodów spalin, rysunek fundamentu komina oraz zdjęcie prezentujące oferowane rozwiązanie komina.

W dniu 29 maja 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zostały one przedłożone przez Przystępującego w tym samym dniu.

Pismem z dnia 6 czerwca 2024 roku, Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 11 czerwca 2024 r. Przystępujący złożył ponownie ten sam wykaz robót budowlanych oraz protokołem odbioru wraz z referencjami.

W piśmie z 24 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w Części I zamówienia.

Wobec powyższej czynności oraz zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego, odwołanie wniósł wykonawca Metrolog Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czarnkowie.

W odpowiedzi na odwołanie – w piśmie z dnia 19 lipca 2024 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 23 lipca 2024 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego, złożył wniosek o rozpoznanie odwołania, jego oddalenie w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania.

Przystępujący odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wskazał „precyzyjnie”, jakich informacji oczekuje, zaś odesłanie do przepisu 224 ust. 3 pkt 1-8 Pzp, zostało powołane w sposób ogólnikowy i jedynie w aspekcie technicznym.

Przepis art. 224 ust. 3 pkt 1-8 ustawy Pzp, określa „podstawowy” katalog informacji będący elementem składowym wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Zatem stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Przystępujący miał obowiązek uwzględnić wszystkie kwestie objęte katalogiem z art. 224 ust. 3 Pzp było błędne. Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do szczegółowych wyjaśnień, tak aby w pełni zrewidować poprawność zaoferowanej ceny. Zamawiający nie podjął się w ogóle skonkretyzowania swoich wątpliwości i określenia żądanych wyjaśnień.

Przystępujący wskazał, że wątpliwości Zamawiającego w zakresie części składowej ceny wskazanej przez Przystępującego dotyczące instalacji spalinowej miały swoje źródło

w niezrozumieniu treści oferty wykonawcy oraz jej poszczególnych elementów i podkreślił, że Przystępujący dostrzegł ten problem i udzielił wyjaśnień, które zidentyfikowały Zamawiającemu źródło jego wątpliwości oraz je rozwiązały.

Przystępujący wskazał, że formularzu oferty tj. w jej tabelarycznym zestawieniu cen w pozycji 6.7 – instalacja spalinowa (kominy), cena 60.270,00 zł brutto obejmowała jedynie wykonanie przewodów spalinowych (bez konstrukcji wsporczej i fundamentów komina). Pozycja ta nie obejmowała (tak jak w innych ofertach) wykonania fundamentu komina i konstrukcji wsporczej przewodów kominowych, których cena wynosiła odpowiednio: 49.190,00 zł (pozycja numer 4 tabelarycznego zestawienia cen zawartego w formularzu oferty) i 84.500,00 zł netto (pozycja 5).

Przystępujący wyjaśnił, że w samej ofercie wskazał on, że cena wykonania instalacji wraz z fundamentem i konstrukcją wsporczą powinna wynieść 224.708,00 zł brutto, a nie jak błędnie przypuszczał Zamawiający zaledwie 60 tys. zł brutto. W ocenie Przystępującego ten aspekt został przez niego wyjaśniony.

Wskazał również, że szczegółowo wyjaśnił samą cenę przewodu kominowego, która została ustalona w oparciu o przyjętą metodę i technologię wykonania instalacji spalinowej, która to technologia oparta była na wykonaniu instalacji spalinowej dla kotłów gazowych z elementów systemowych firmy Wobex – to system przewodów dwuciennych przeznaczony dla instalacji spalinowych kotłów gazowych.

Przystępujący podkreślił, że producent systemów przewodów spalin dla kotłów gazowych – Wobex przygotował dla niego ofertę na komplet przewodów spalin wraz z osprzętem za cenę 39.902,40 zł, która po uwzględnieniu kosztów montażu przewodów, zmian inflacyjnych postępujących cen rynkowych oraz marży wykonawcy wynosiła 49.000 zł netto, przy czym należało również uwzględnić koszt montażu przewodów.

W ocenie Przystępującego powoływanie się na dostępność przewodów w określonej cenie,

w oparciu o posiadaną ofertę samego producenta stanowiło dostateczne wyjaśnienie ceny w zakresie wskazanym w wezwaniu przez Zamawiającego.

W odniesieniu do braku przedłożenia dowodów Zamawiającemu, Przystępujący wskazał, że Odwołujący sam nie określił, jakich dowodów oczekiwałby od wykonawcy, nie uczynił tego też sam Zamawiający. Podkreślił również, że jak wynika ze stanowiska doktryny, wykonawca nie musi zawsze dołączać dowody i przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym prezentowano stanowisko, zgodnie z którym, jeżeli zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do daty sporządzenia oferty firmy Wobex, Przystępujący wskazał, że oferta została opracowana 19 kwietnia 2024 r., a więc była ona w pełni aktualna w ramach opracowanej oferty Przystępującego złożonej w ramach Postępowania, które zostało ogłoszone w dniu 5 kwietnia 2024 r.

Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, zgodnie z którym oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę i podkreślił, że wezwanie Zamawiającego oraz jego wątpliwości dotyczyły jedynie części składowej oferty, a wartość oferty w zakresie instalacji spalinowej stanowiła zaledwie 6% ceny całkowitej oferty, więc nie można uznać, aby ona mogła być uznana za istotną w świetle regulacji art. 224 ust. 1 Pzp.

Przystępujący wskazał, że w wypadku, gdyby Zamawiający miał dalsze wątpliwości wobec złożonych wyjaśnień, to miał prawo do ponownego wezwania i oczekiwania dalszych, bardziej precyzyjnych wyjaśnień. Jeśli chodzi o niewskazanie kosztów pracowniczych w treści oferty

i złożonych wyjaśnieniach, to Przystępujący podkreślił, że taki wymóg nie istnieje w ramach Postępowania, ponieważ jest to zamówienie typu „zaprojektuj i wybuduj”, a wobec tego na etapie składania ofert nie istnieje jeszcze gotowy projekt ani przedmiar robót, na podstawie którego można by wykazywać wyliczenia kosztów osobowych, robocizny, materiałów, sprzętu związanych z realizacją przedmiotowych prac.

W odniesieniu do braku wykazania kosztów związanych z zatrudnieniem kierownika budowy, Przystępujący wskazał, że ani Prawo budowlane ani Zamawiający w SWZ nie zastrzegł konieczności wykonywania samodzielnych funkcji technicznych na konkretnej budowie przez 8 godzin, czyli w ramach pełnego etatu. Powyższe oznaczało, że wyliczenia przedstawione przez Odwołującego w powyższym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 odwołania Przystępujący wskazał, że rzekoma omyłka rachunkowa w ofercie nie miała miejsca i podkreślił, że formularz ofertowy został niewłaściwie przygotowany.

Zgodnie z powyższym formularzem w pozycji 9.3 należało podać cenę za instalacje gazowe wewnętrzne w tym w kolumnie „Razem” w pkt 1) za kompletne kotły c.o. z palnikami i szafami elektrycznymi i sterowaniem 2,3 MW, a w pkt 2) za kompletne kotły c.o. z palnikami i szafami elektrycznymi i sterowaniem 2,7 MW.

Wobec powyższego na cenę pozycji 9.3 składały się 3 elementy:

- instalacja gazowa wewnętrzna,
- kocioł c.o. z palnikiem i szafami elektrycznymi i sterowaniem 2,3 MW,
- kompletny kocioł c.o. z palnikiem i szafami elektrycznymi i sterowaniem 2,7 MW.

Przystępujący wskazał, że ponieważ w formularzu nie było dodatkowej kolumny pod nazwą „3) instalacja gazowa wewnętrzna”, więc cena za wykonanie tej instalacji wskazana została przez Przystępującego w pozycji 9.3 instalacje gazowe wewnętrzne w tym w kolumnie Razem. Jak wskazał Przystępujący, w tabeli w pkt 6 oferty Przystępującego brakowało innego wiersza, w którym można by uwzględnić cenę za wykonanie instalacji gazowej. Po zsumowaniu podsumowaniu wszystkich pozycji od 6.1 do jeden do 6.8, ich wartość znalazła się w pozycji 6.

Powyższe oznaczało, w ocenie Przystępującego, że nie doszło ani do omyłki rachunkowej ani do nieprawidłowego obliczenia ceny.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z Planem Funkcjonalno-Użytkowym, Przystępujący podkreślił, że Postępowanie dotyczyło zamówienia typu „zaprojektuj i wybuduj” wobec powyższego projekt komina dla tej realizacji jeszcze nie powstał a przekazane wraz z pismem z dnia 22 maja 2024 r. projekty wskazywały wprost, że dotyczyły realizacji innej inwestycji.

Przystępujący podkreślił, że w piśmie z dnia 22 maja 2024 r. wskazał, że: „Wycena przewodów spalin oraz fundamentu i konstrukcji wsporczej dla przewodów spalin została przygotowana

w oparciu o zrealizowany przez naszą firmę projekt instalacji spalin dla dwóch kotłów gazowych o mocy 2,7 MW każdy (z konstrukcją nośną przygotowaną do montażu przewodów spalin dla trzeciego kotła mocy 2,7 MW. Wysokość konstrukcji wsporczej wynosi 12 m.”, wobec powyższego wycena na potrzeby Postępowania została przygotowana oparciu o zrealizowany projekt, natomiast dla przedmiotowej inwestycji powstanie nowy projekt zgodny z wymaganiami PFU.

Jeśli chodzi o stanowisko Przystępującego w zakresie zarzutu numer 3 odwołania, to wskazał on na brzmienie warunku

udziału w Postępowaniu, treść przedstawionych przez siebie referencji i podkreślił, że „układ technologiczny składający się z przewodów spalin

i kominów, pomp, rurociągów armatury odcinającej i regulacyjnej, aparatury kontrolno- pomiarowej i automatyki, instalacji gazu ziemnego wraz z podłączeniem do sieci ciepłowniczej, gazowej i elektroenergetycznej” stanowią właśnie rzeczzone „instalacje towarzyszące”. Przystępujący nie zgodził się również ze stanowiskiem Odwołującego, że nie wykazał, że zamontował, czyli przeprowadził prace montażowe kotła gazowego wraz z instalacjami towarzyszącymi. W ocenie Przystępującego słowo „zamontował” jest równoznaczne

z określeniami „zabudował”, „zainstalował”, co wynika wprost z treści przedłożonych przez Przystępującego referencji.

W pismach z dnia 25 lipca 2024 r. Odwołujący przedstawił swoje stanowisko, stanowiące ustosunkowanie się do sprzeciwu Przystępującego z 23 lipca 2024 r. oraz pismo, w którym zakwestionował prawidłowość Zgłoszenia Przystępującego do postępowania odwoławczego oraz formę dołączonego do zgłoszenia przystąpienia pełnomocnictwa. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.

#### Zarzut nr 1 odwołania

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

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stosownie do art. 224 ust. 3 pkt 1-8 ustawy Pzp, wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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 podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Stosownie do brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Natomiast stosownie do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba wskazuje, że wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu.

Przepis art. 224 ust. 3 pkt 1-8 ustawy Pzp zawiera otwarty oraz przykładowy katalog czynników, które wpływają na wysokość ceny lub kosztu, których dotyczyć może wezwanie do złożenia wyjaśnień, jak również same wyjaśnienia wykonawcy. W powyższym przepisie została zawarta wskazówka interpretacyjna dla zamawiającego, który powinien kierować się nią przy formułowaniu treści wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz dla wykonawcy, który takie wyjaśnienia składa.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi

określić swoje wątpliwości w taki sposób, aby wykonawca wiedział, co jest zobowiązany wyjaśnić i dlaczego zamawiający właśnie w tym zakresie powziął wątpliwości.

Dowody mają na celu wzmocnienie przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień. Jednocześnie Izba podkreśla, że przedstawienie dowodów nie zawsze jest konieczne lub też możliwe.

Izba wskazuje, że Przystępujący dołączył do wyjaśnień ofertę Wobex oraz rysunki konstrukcji wsporczej kominowych przewodów spalin, fundamentu komina oraz zdjęcie prezentujące oferowane rozwiązanie komina.

Izba podkreśla również, że wykonawca nie ma obowiązku złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wszystkich składowych ceny mających na nią wpływ. Obowiązkiem wykonawcy jest usunięcie wątpliwości zamawiającego w zakresie, który wynika z wezwania do wyjaśnień. Zamawiający nie sprecyzował, jakie konkretnie wątpliwości w zakresie istotnej części składowej Przystępujący powinien rozwiać, a wobec powyższego stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym wyjaśnienia Przystępującego powinny obejmować określone elementy, takie jak koszty pracownicze, koszty związane z zatrudnieniem kierownika budowy, konieczność uwzględnienia określonych kosztów, w tym przypadku fundamentów (co miało wynikać

z przedstawionego przez Odwołującego dowodu w postaci załącznika do PFU), nie jest uzasadnione.

Izba wskazuje ponadto, że przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny, choć zaniżenie ceny lub kosztu części ceny oferty może mieć istotny wpływ na ocenę, czy cena oferty jest rażąco niska.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że cena istotnej części składowej oferty Przystępującego została zaniżona, podnosząc brak w wyjaśnieniach określonych przez Odwołującego elementów lub kwestionując ofertę, która została załączona do wyjaśnień Przystępującego.

W ocenie Izby, dowodu załączonego do wyjaśnień w postaci oferty Wobex nie dyskwalifikuje fakt, że nie została przygotowana w ramach Postępowania. Przystępujący wyjaśnił, że jest to oferta aktualna w ramach Postępowania, a Odwołujący nie przedstawił dowodów dla odparcia powyższego twierdzenia.

W kontekście złożonych wyjaśnień Izba zgodziła się ze stanowiskiem Przystępującego, że fakt, iż posiada ofertę samego producenta przewodów spalinowych, powołuje się on na ich dostępność w określonej cenie, która jest niższa od przedstawionej w ofercie, stanowi wyjaśnienie ceny istotnej części składowej.

Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego dowodów - Opracowania własnego Odwołującego zawierającego porównanie informacji wskazywanych przez Przystępującego w wyjaśnieniach ceny oferty z informacjami wskazanymi w Tabeli Formularza oferty

z wykazem nieprawidłowości oraz elementów, które, w ocenie Odwołującego, powinien wyjaśnić Przystępujący oraz informacji o inwestycji realizowanej na rzecz Veolia Szczytno Sp. z o.o. jako inwestycji innej niż inwestycja stanowiąca przedmiot Postępowania, a także załącznik do PFH, z którego, w ocenie Odwołującego, wynika konieczność wyjaśnienia kosztu budowy fundamentów, Izba wskazuje, że podniesione w związku ze zgłoszonymi dowodami okoliczności nie zostały wskazane w odwołaniu, tak więc Izba zmuszona była powyższe dowody pominąć.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, zarzut nr 1 odwołania podlegał oddaleniu.

#### Zarzut nr 2 odwołania

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Stosowanie do art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym oferta Przystępującego zawiera błędnie wskazaną w poz. 6.3. sumę kwot z pkt 1 i 2, która wpływa na kwotę w poz. 6 oferty

i jest zawyżona, jest w ocenie Izby, nieuzasadnione.

Odwołujący przedstawił własne założenie, zgodnie z którym punkty 1) i 2) w pkt 6.3. należy zsumować.

Pkt 6.3 w ofercie Przystępującego i pkt 9.3 Tabeli wskazanej przez Zamawiającego w SWZ brzmi: „6.3. instalacje gazowe wewnętrzne w tym: Razem”.

pkt 1) kompletne kotły c.o. z palnikami i szafami elektrycznymi i sterowaniem 2,3 MW oraz

pkt 2) kompletne kotły c.o. z palnikami i szafami elektrycznymi i sterowaniem 2,7 MW.

Jednakże powyższy punkt nie zawiera zalecenia, aby pkt 1 i pkt 2 zsumować, np. w postaci: (1) +2)), a jedynie, aby pkt 1) i 2) mieścił się w zakresie pkt 6.3.

Tak więc Izba wskazuje, że stanowisko Przystępującego, zgodnie z którym pozycja 9.3 składa się z 3 elementów:

- instalacji gazowej wewnętrznej,

- kompletnego kotła co. z palnikiem i szafami elektrycznymi i sterowaniem 2,3 MW oraz

- kompletnego kotła c.o. z palnikiem i szafami elektrycznymi i sterowaniem 2,7 MW,

a ponieważ nie ma miejsca na wskazanie ceny wykonania instalacji gazowej, Przystępujący wskazał ją w pkt 6.3 a

następnie zsumował pozycje od 6.1 do 6.8, które złożyły się na wartość w pozycji 6, wobec niejednoznacznego określenia Zestawienia planowanych robót/Kalkulacji ceny oferty przez Zamawiającego, należało uznać za prawidłowe. W ocenie Izby, argument Odwołującego, zgodnie z którym w innych pozycjach w swojej ofercie np. pozycji nr 3 dotyczącej przyłączeń sieciowych pozycje 3.1, 3.2 i 3.3. zostały przez Przystępującego zsumowane, jest niewystarczający do przyjęcia, że oferta Przystępującego w pkt 6.3 zawiera błąd, w związku z tym, że pkt 1) i 2) w pkt 6.3 należało zsumować.

Zatem w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że jego stanowisko, zgodnie z którym oferta Przystępującego zawiera oczywisty błąd rachunkowy, jest uzasadnione.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał również, że oferta Przystępującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Błąd w obliczeniu ceny lub kosztu występuje w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cen lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SWZ i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego.

Izba wskazuje, że w jej ocenie, Odwołujący nie wykazał nieuwzględnienia lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy w wyliczeniu ceny oferty Przystępującego wszystkich elementów cen lub kosztotwórczych.

A zatem zarzut nr 2 we wskazanym powyżej zakresie podlegał również oddaleniu.

#### Niezgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z PFU

- niewykazanie, że materiały wskazane w ofercie cenowej nr 0284/24/ZO/MG dołączone do wyjaśnień ceny z 22 maja 2024 r. są zgodne z PFU, w tym w zakresie spełniania pkt III.15.13 w zakresie oznakowania materiałów znakiem CE oraz  
- wskazanie nieaktualnych Polskich Norm.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie do art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, przez „warunki zamówienia” należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające

w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że odrzucenie oferty wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jest możliwe wówczas, gdy ta niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny,

a Zamawiający może w sposób jednoznaczny stwierdzić, mając na uwadze treść złożonej oferty, że nie jest możliwa realizacja zamierzonego w postępowaniu celu.

W wyroku z 20 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3283/2023, Izba wskazała: „aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania Zamawiającego”. Stanowisko powyższe, Izba w pełni aprobuje.

Izba ocenia zasadność zarzutów na podstawie przedstawionych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego dowodów. W przypadku, gdy Odwołujący jest zdania, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza jest niezgodna z warunkami zamówienia, to ciąży na nim obowiązek udowodnienia tej okoliczności. Zgodnie z art. 534 ust. 1, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił dowodów na zasadniczą i nieusuwalną niezgodność treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu niewykazania, że materiały wskazane w ofercie cenowej nr 0284/24/ZO/MG dołączone do wyjaśnień ceny z 22 maja 2024 r. są zgodne z PFU, w tym w zakresie spełniania pkt III.15.13 w zakresie oznakowania materiałów znakiem CE, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie jej nie wykazał takiej niezgodności.

Odwołujący w celu wykazania niezgodności treści oferty Przystępującego w zakresie przywołania nieaktualnych Polskich Norm w załączniku nr 2 do wyjaśnień z 22 maja 2024 r. powołał się na złożony przez Przystępującego załącznik do wyjaśnień z 22 maja 2024 r. ceny oferty, pomijając fakt, że w wyjaśnieniach Przystępujący wskazał wprost, iż „wycena

przewodów spalin oraz fundamentu i konstrukcji wsporczej dla przewodów spalin została przygotowana w oparciu o zrealizowany przez naszą firmę projekt instalacji spalin dla dwóch kotłów gazowych o mocy 2,7 MW każdy (z konstrukcją nośną przygotowaną do montażu przewodów spalin dla trzeciego kotła o mocy 2,7 MW). Wysokość konstrukcji wsporczej wynosi 12 m.”

Izba wskazuje, podziеляjąc w tym zakresie stanowisko wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że wyjaśnienia ceny oferty nie służą wykazaniu zgodności ofert z SWZ czy ogólnie rozumianymi warunkami zamówienia. W wyjaśnieniach dopuszczalne jest np. posłużenie się pewnego rodzaju uproszczeniami w zakresie określenia poszczególnych elementów ofert, ponieważ określenia te służą potwierdzeniu prawidłowości i realności ceny.

Wobec powyższego, zarzut nr 2 odwołania we wskazanym powyżej zakresie podlega oddaleniu.

### Zarzut 3 odwołania

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

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba wskazuje, że podstawą oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest treść tego warunku, oświadczenie złożone w wykazie robót budowlanych oraz dowody potwierdzające ich należyte wykonanie.

Warunek określony w treści rozdziału XIV pkt 2.4. ppkt 1 SWZ brzmi:

Zamawiający wymaga wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków określonych w art. 112 ust. 2 Pzp dotyczących:

Zdolności technicznej lub zawodowej.

W celu spełnienia tego warunku wykonawca jest zobowiązany do wykazania:

- 1) iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. A jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie – wykonał prawidłowo – nie mniej niż
  - a) dla Części I zamówienia – jedną robotę budowlaną odpowiadającą swym rodzajem niniejszej części zamówienia polegającą na modernizacji, budowie, przebudowie, rozbudowie kotłowni gazowej wraz z montażem kotłów gazowych i instalacjami towarzyszącymi o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 PLN brutto (słownie: jeden milion pięćset tysięcy 00/100 złotych).

PROMAT przedkładając podmiotowy środek dowodowy, tj. wykaz robót budowlanych, w kolumnie dot. „miejsca i rodzaju wykonanych robót budowlanych”, wskazał, iż:

Miejsce:

Kotłownia gazowa współpracująca z istniejącą kotłownią węglową i miejską siecią ciepłowniczą z możliwością pracy jako niezależne źródło zlokalizowana na terenie ciepłowni Veolia Szczytno Sp. z o.o. w Szczytnie.

Rodzaj:

Budowa kotłowni gazowej o mocy 8,1 MW z dwoma kotłami o mocy 2,7 MW każdy.

Moc zainstalowanych kotłów: 2,7 MW każdy.

Ilość zainstalowanych kotłów: 2

Producent kotłów gazowych: Bosch.

Przystępujący przedstawił również referencje od Veolia Szczytno Sp. z o.o. z 10 czerwca 2024 r. z których wynikało, że zakres prac wykonanych przez Przystępującego obejmował:

- budowę kotłowni wraz z fundamentami, instalacją grzewczą, elektryczną, wentylacyjną, wodną, burzową i kanalizacyjną
- zabudowa dwóch 3- ciągowych kotłów wodnych, gazowych o mocy 2,7 MW każdy, układu technologicznego, składającego się z przewodów spalin i kominów, pomp, rurociągów, armatury odcinającej i regulacyjnej, aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki, instalacji gazu ziemnego wraz z podłączeniem do sieci ciepłowniczej, gazowej i elektroenergetycznej wg projektu budowlano-wykonawczego część technologiczna, budowlana, elektryczna i AKAiP firmy Promat.
- uruchomienie kotłowni, odbiory, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Wartość wykonanych robót wyniosła 3 922 045,00 zł netto.

Izba wskazuje, że z przedstawionego przez przystępującego wykazu wynika, że kotły zostały zainstalowane – „moc zainstalowanych kotłów: 2,7 MW każdy” oraz „ilość zainstalowanych kotłów” 2”, określenie „zainstalowane” jest synonimem pojęcia „zamontowane”, zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego.

Natomiast z przedstawionych przez Przystępującego referencji wynika, że prace wykonane przez Przystępującego obejmowały również wykonanie „instalacji towarzyszących”, czyli: „układu technologicznego, składającego się z przewodów spalin i kominów, pomp, rurociągów, armatury odcinającej i regulacyjnej, aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki, instalacji gazu ziemnego wraz z podłączeniem do sieci ciepłowniczej, gazowej i elektroenergetycznej”.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, jednak w okolicznościach niniejszej sprawy wzywanie Przystępującego do potwierdzenia, że wykonane przez niego roboty obejmowały także wykonanie instalacji towarzyszących byłoby przejawem nadmiernego formalizmu, ponieważ powyższa okoliczność wynika z przedstawionych przez Przystępującego referencji.

Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie wykonał prac, o których mowa w referencjach.

Ponadto Izba wskazuje, że zamawiający, zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy pzp, wzywa wykonawcę odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych jeżeli wykonawca ich nie złożył, są one niekompletne lub zawierają błędy.

Natomiast zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy pzp, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest

w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji.

W wypadku wątpliwości zamawiającego dotyczących podmiotowych środków dowodowych może on samodzielnie poddać je ocenie podejmując stosowane kroki w tym celu.

Izba wskazuje, że Zamawiający nie miał wątpliwości wobec podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego.

Wobec powyższych okoliczności również zarzut nr 3 odwołania podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust.

2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z § 5 pkt 2 lit. b 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. ).

Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....