Sygn. akt: KIO 1896/24

WYROK

Warszawa, dnia 25 czerwca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2024 roku odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2024 roku przez wykonawcę*GROM spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie*
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miasto Krosno
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy *Europel Energo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Korczynie*

orzeka:

1.Oddala odwołanie
2.Kosztami postępowania obciąża *wykonawcę GROM spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie*
*2.1*zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięc tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez *wykonawcę GROM spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie* tytułem wpisu od odwołania,
kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawcę GROM spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie*tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
kwotę 759 zł 00 gr (słownie: siedemset pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawcę GROM spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie*tytułem kosztów dojazdu
na posiedzenie i rozprawę,
kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesione przez *wykonawcę GROM spółka z ograniczona odpowiedzialnością*
z siedzibą w Krośnie tytułem opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa

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.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1896/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający *Gmina Miasto Krosno*prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: ustawa PZP)
o wartości szacunkowej nie przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 538 000 euro pod nazwą *pn. „Poprawa stanu infrastruktury obiektów edukacyjnych w Krośnie – II etap”*
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 kwietnia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00295736.

29 maja 2024 roku Odwołujący wniósł odwołanie od następujących czynności Zamawiającego:
1) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spółki EUROPEL ENERGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie,
2) braku odrzucenia oferty spółki EUROPEL ENERGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie,
3) brak podjęcia przez Zamawiającego odpowiednich środków w celu zapobieżenia zakłóceniu konkurencji w trybie art. 85 ustawy PZP,
4) zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
5) brak uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w związku z art. 108 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 85 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty EUROPEL ENERGO Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten należy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów co podmiot (EUROPEL Sp. z o.o. z siedzibą
w Korczynie), który doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego, czym spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu,

2)naruszenie art. 85 ust. 1 i 2 ustawy PZP przez zaniechanie przez Zamawiającego podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. w postępowaniu w związku z zaangażowaniem EUROPEL Sp. z o.o. (należącego do tej samej grupy kapitałowej co ww. wykonawca) nie zakłóci konkurencji oraz zaniechanie wezwania ww. wykonawcy

do wykazania, że udział spółki EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. nie zakłóci konkurencji,

3)naruszenie art. 253 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieprzedstawienie uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

4)naruszenie art. 16 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie, jako oferty najkorzystniejszej,

2) wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spółki EUROPEL ENERGO Sp. z o.o.,

3) odrzucenie oferty spółki EUROPEL ENERGO Sp. z o.o.,

4) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości, w tym kwoty tytułem zapłaconej wpisu od niniejszego odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według norm prawem przepisanych.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego i naruszenia poniżej wskazanych przepisów ustawy PZP, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winno zostać unieważnione.

W sytuacji gdyby Zamawiający postępował zgodnie z prawem dokonałby odrzucenia również oferty EUROPEL ENERGPO Sp. z o.o., a następnie w oparciu o art. 225 pkt 2 ustawy PZP podjął decyzję o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący miałby możliwość ubiegania się o dane zamówienie w nowym postępowaniu. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stoi na stanowisku, że pod pojęciem interesu w uzyskaniu danego zamówienia, należy rozumieć interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia, nie ma wówczas znaczenia, czy wykonawca dąży do uzyskania tego zamówienia w bieżącym, czy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Bowiem jak długo się o nie ubiega i dąży do zawarcia umowy, to posiada interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 74/18).

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał:

W ocenie Odwołującego, dokonując zaskarżonego rozstrzygnięcia postępowania o udzielenia przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia, Zamawiający naruszył przepisy ustawy i bezpodstawnie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. pomimo że wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania, zaś jego oferta odrzucona. Konsekwencją powyższego byłaby konieczność unieważnienia niniejszego postępowania, z uwagi na okoliczność, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Na poparcie powyższego podnieść należy, że Zamawiający na potrzeby szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wykorzystał załączone do SWZ: Projekty wykonawcze, Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót. Zarówno przedmiar (datowany na 20.03.2024 r.), jak i projekt techniczny instalacji elektrycznych i niskoprądowych rewizja 1 zostały wykonane na zlecenie Zamawiającego przez spółkę EUROPEL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie, ul. Spółdzielcza 4, 38-420 Korczyna, nr KRS: 0000547952.

Jak wynika z danych ujawnionych w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego wykonawca, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, tj. EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. należy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów co podmiot, który przygotował wykorzystane do opisu przedmiotu zamówienia przedmiar i projekt techniczny instalacji elektrycznych rewizja 1, tj. spółkę EUROPEL Sp. z o.o.

Uszczegółowiając ww. informacje Odwołujący wskazuje co do:

1.spółki EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie, ul. Spółdzielcza 4, 38-420 Korczyna, nr KR 0001021531, że jej wspólnikami są B.P. (PESEL: 7.) oraz A.P. (PESEL: 8.), jednocześnie w skład zarządu wchodzą obie

ww. osoby z tym, że A.P. pełni funkcję Prezesa Zarządu, zaś B.P. pełni funkcję członka zarządu,
2.spółki EUROPEL Sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie, ul. Spółdzielcza 4, 38-420 Korczyna, nr KRS 0000547952, że je wspólnikami są B.B. (PESEL: 7.) oraz A.M. (PESEL: 8.), jednocześnie w skład zarządu wchodzą obie ww. osoby z tym że B.B. pełni funkcję Prezesa Zarządu, zaś A.M. pełni funkcję członka zarządu.
Dowód:
• informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu dot. spółki EUROPEL ENERGO Sp. z o.o.,
• informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu dot. spółki EUROPEL Sp. z o.o.
Odwołujący podał, że zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani
w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Literalna wykładnia wyżej zacytowanego przepisu wskazuje, że w grupie kapitałowej mamy do czynienia z przedsiębiorcą dominującym oraz przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami przez niego kontrolowanymi. Należy wskazać, że relacja dominacji jednego przedsiębiorcy nad drugim jest cechą immanentną grupy kapitałowej. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 4 pkt 3 tak definiuje pojęcie przedsiębiorcy dominującego: "rozumie się przez to przedsiębiorcę, który posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad innym przedsiębiorcą". Pomocny w dokonaniu oceny, czy mamy do czynienia z grupą kapitałową, czy też nie, jest zatem art. 4 pkt 4 ww. ustawy (definicja pojęcia przejęcia kontroli): przejęcie kontroli – "rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu
na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:
a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź
w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym)
lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę".
Odwołujący wskazał, że zwrócić uwagę należy na zwrot "w szczególności" użyty
w niniejszym przepisie. Powyższe oznacza, że przesłanki określone w art. 4 pkt 4 lit. a–f nie stanowią katalogu zamkniętego, a zatem również inne okoliczności o charakterze prawnym bądź faktycznym umożliwiające de facto wywieranie wpływu na innego przedsiębiorcę będą się mieścić w hipotezie art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
Przytoczenia w tym miejscu również wymaga orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „Istniejące powiązania pomiędzy wykonawcami i ich organami oraz wspólnikami, a w szczególności powiązania osobowe i rodzinne, jeżeli są oczywiste
i pozwalają na ustalenie, że spółki te działają w ramach tej samej rodzinnej grupy kapitałowej, w której zarówno wspólnikami, jak i członkami zarządu z jednoosobową reprezentacją, są te same osoby. Takie powiązania wyczerpują znamiona definicji grupy kapitałowej” (wyr. KIO z 21.8.2020 r., KIO 1699/20, Legalis).
Powyższe w ocenie Odwołujacego prowadzi do jednoznacznego stwierdzenia, że podmiot, który przygotował materiały wykorzystane przez Zamawiającego w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego i podmiot, który złożył ofertę w tym postępowaniu należą do tej samej grupy kapitałowej.
Podkreślenia również wymaga, że spółka EUROPEL Sp. z o.o. była wykonawcą pierwszego etapu inwestycji w oparciu o umowę zawartą z Zamawiającym, w trakcie której pozyskała szczegółowe informacje i wiedzę dotyczącą przedmiotu obecnego zamówienia.
Konsekwencją opisanego stanu jest, że w niniejszym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji, zaś czego skutkiem zgodnie z przepisami ustawy PZP powinno być wykluczenie spółki EUROPEL ENERGO sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie jej oferty.
Co prawda w protokole postępowania Zamawiający wskazał podjęte środki w celu zapobieżenia zakłócenia uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy podając cyt. „Zamawiający przekazał wykonawcom

wszystkie informacje i materiały uzyskane od pomiotu, który przygotował dokumentację przetargową, tj. przedmiary, STWiORB, projekty techniczne, obliczenia fotometryczne. Termin na złożenie ofert został wydłużony i wynosił 17 dni", to jednak w ocenie Odwołującego miały one charakter pozorny. Można co najwyżej zgodzić się ze stwierdzeniem, że podjęte przez Zamawiającego środki
co do samego technicznego przygotowania oferty były takie same dla wszystkich ubiegających się o zamówienie wykonawców, jednakże nie można tego już przenieść
na realizację kontraktu.
Zarzucił Odwołujący, że już sam fakt, że przedmiar i projekt techniczny instalacji elektrycznych i niskoprądowych stanowiły element opisu przedmiotu zamówienia
do wykonania zamówienia w postaci wykonania wymiany instalacji elektrycznej w dwóch budynkach szkolnych i że autorstwo ww. opisu przedmiotu zamówienia należy przypisać podmiotowi należącemu do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca, którego oferta została wybrana, stanowi prawdopodobieństwo wygenerowania przewagi konkurencyjnej dla podmiotu powiązanego z autorem opisu przedmiotu zamówienia nad pozostałymi uczestnikami rynku.
Zauważyć również należy, że do realizacji zamówienia koniecznymi elementami są wiedza, doświadczenie i kwalifikacje. W opinii Odwołującego EUROPEL Sp. z o.o. tworząc
dla Zamawiającego przedmiar i ww. projekt techniczny, a wcześniej realizując etap I inwestycji, nabył wiedzę i informację dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, które daleko wykraczają poza treść materiałów załączonych do SWZ. Dzięki powyższym doświadczeniom ww. podmiot pozyskał również znajomość miejscowych warunków realizacji inwestycji, wymagań władz Zamawiającego czy bezpośrednich użytkowników, itp.,
co przedkłada się na ułatwione działanie, gdyż unika się problemów wynikających
z rozpoczęciem działalności w nieznanym terenie. Zauważyć należy, że przedmiotowe informacje bez żądnej wątpliwości zostały przekazane wykonawcy EUROPEL ENERGO
Sp. z o.o.
Powyższe może pozwolić EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. w zakresie rozeznania
co do szczegółowych potrzeb związanych z realizacją zamówienia, a co za tym idzie możliwością optymalizacji kosztów czy wiedzy o możliwości zastosowania rozwiązań zamiennych w stosunku do rozwiązań przewidzianych w ww. projekcie technicznym
czy nawet szybkiej analizy możliwości zmiany rozwiązań projektowych. Jest to o tyle istotne, że dokumentacja załączona do SWZ przez Zamawiającego zawiera niespójne
i niejednoznaczne opisy rozbieżne w stosunku do załączonych przedmiarów. Powyższe zostało zasygnalizowane Zamawiającemu w piśmie Odwołującego z dnia 15.05.2024 r.,
w którym tytułem jako przykład podano: ilości materiału podanego w załączonych przedmiarach dotyczących np.: zatynkowania bruzd po zrealizowanych pracach szerokości do 10 cm, z których wynika, że ilość metrów bieżących do zaprawiania wynosi łącznie 5142,5 m, natomiast ilości materiału potrzebnego do wykonania zaprawiania bruzd wymieniane są dwukrotnie dotyczy to cementu 8,228 t, wapna 7,199 m3, piasku 41,14 m3 oraz dodatkowo gotowej zaprawy tynkarskiej typu lekkiego w ilości 3 681,86 kg, jak również że podane ilości zakresów i materiałów instalacji niskoprądowych jak: dzwonki szkolne, centrala telefoniczna, urządzenia aktywne są wymieniane w części opisowej i wykluczane na schematach.
Dokonane przez Zamawiającego działania i zaniechania opisane na wstępie niniejszego odwołania spowodowały, że doszło do uprzywilejowania pozycji wykonawcy EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. w niniejszym postępowania - wykonawca ten uzyskał przewagę poprzez przygotowanie dokumentacji przez podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również przekazanie wiedzy o szczegółach realizacji zamówienia nie objętych ww. dokumentacją.
Przechodząc do argumentacji natury prawnej podał Odwołujący, że w sytuacji gdy podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej doradzał lub w inny sposób
był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający ma obowiązek podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Odwołujący wskazał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczejwyr. KIO z 18.3.2022 r., KIO 560/22, Legaliş wyr. KIO z 4.10.2021 r., KIO 2640/21, Legalis.
Stwierdzenie przez Zamawiającego, że doszło do zakłócenia konkurencji i że nie może być ono wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu
o udzielenie zamówienia, obliguje Zamawiającego zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP
do wykluczenia wykonawcy, jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło
do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy
lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy

z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.
Pomimo obowiązków wynikających z ww. przepisów Zamawiający dokonał wyboru podlegającej odrzuceniu oferty wykonawcy, którego należało wykluczyć z udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że w przekazanej mu informacji o odrzuceniu jego oferty brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, dla którego Zamawiający uznał, że oferta winna ulec odrzuceniu.
W tym zakresie w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 253 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał,
że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2023 r., KIO 593/23). Odwołujący zarzucił, że trudno o polemikę z decyzją Zamawiającego skoro
nie została zamieszczona w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 24.04.2024 r. jakakolwiek, nawet nikła informacja o powodach odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił również, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie przestrzegał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Upatrywać naruszenia ww. zasad należy w bezpodstawnym nieodrzuceniu oferty wykonawcy EUROPEL ENERGO Sp z o.o. pomimo nieprzedstawienie informacji, że jest w grupie kapitałowej z podmiotem, który został zaangażowany przez Zamawiającego do wykonania przedmiaru i projektu technicznego i brak udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkrecji, co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Należy podkreślić, że zasada równego traktowania wykonawców, jak uznaje judykatura, oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert. Również w orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje się, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta, sygn. C-324/14). Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowaniu wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny.

W konsekwencji podniesionych przez Odwołującego zarzutów uznał Odwołujący,
że w stanie faktycznym niniejszej sprawy decyzja Zamawiającego odrzuceniu oferty Odwołującego była nieprawidłowa, zaś w konsekwencji jego decyzja o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty była również nieprawidłowa. Mając na uwadze powyższe odwołanie należy uznać za konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołujacego i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz ich oświadczeń i stanowisk Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 maja 2024 roku od czynności z dnia
24 maja 2024 roku, a kopia zostały przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu,
co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.
Zmawiający w piśmie procesowym z dnia 13 czerwca 2024 roku wniósł o odrzucenie odwołania złożonego przez podmiot nieuprawniony. Wniosek ten poparł uczestnik postępowania odwoławczego w trakcie posiedzenia z udziałem stron.

W ocenie Izby nie została spełniona przesłanka odrzucenia oferty Odwołujacego
na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy tj. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:
(2) odwołanie została złożone przez podmiot nieuprawniony.
W ramach zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący wskazał naruszenie art. 253 ust. 1 ustawy przez nieprzedstawienie uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 555 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu *a contario* Izba orzeka w zakresie zarzutów, które zostały podniesione w odwołaniu przez Odwołujacego. Izba związana jest zarzutami przedstawionymi przez Odwołujacego. Znamiennym oczywiście jest brak zawarcia we wnioskach odwołania, wniosku o przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego podstaw odrzucenia oferty Odwołujacego oraz wnioskowanie o unieważnienie postępowania o zamówienie jak również argumentacja zawarta w uzasadnieniu interesu do wniesienia odwołania, aczkolwiek na taje podstawie Izba nie może pominąć w rozpoznaniu podniesionego zarzutu. Odwołujący podniósł naruszenia w czynnościach Zamawiającego, które będą podlegać w zakresie rozpoznania zarzutu odwołania, niemniej wskazuje Odwołujący w swoim stanowisku, że „trudno o polemikę z decyzją Zamawiającego skoro nie została zamieszczona w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 24 kwietnia 2024 roku jakakolwiek informacja, nawet nikła o powodach odrzucenia oferty Odwołujacego".
Mając na uwadze powyższe Izba nie znajduje podstawy do zastosowania wymienionej wyżej podstawy odrzucenia odwołania.
Izba wskazuje, że w trakcie posiedzenia i rozprawy nie był obecny żaden przedstawiciel Zamawiającego, o czym Zamawiający powiadomił Izbę z wyprzedzeniem. Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy niestawiennictwo strony prawidłowo zawiadomionej o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 13 czerwca 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie" – Zamawiający wniósł, poza wnioskiem o odrzucenie odwołania, o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.
Izba, postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy, dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do pisma.

Izba w postanowieniu wydanym na rozprawie dopuściła dowód nr 1 złożony przez Odwołujacego (1 karta) – protokołu wizji lokalnej (2 protokoły) z dnia 8 maja 2024 roku.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń:

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:
- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty,
3) proporcjonalny,
- art. 85 ust. 1 ustawy - Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275, z 2022 r. poz. 2581 i 2640 oraz z 2023 r. poz. 852), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje

w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji,
- art. 85 ust. 2 ustawy - Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania
o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania
o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.
- art. 108 ust. 1 ust. 6 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:
6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r.
o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału
w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)
(…)
2) została złożona przez wykonawcę:
a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
- art. 253 ust. 1 ustawy - Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:
1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
Art. 253 ust. 2 ustawy - Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa
w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.
Ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów tj. z dnia 11 marca 2024 r.
- art. 4 pkt 14 ustawy uokk - Ilekroć w ustawie jest mowa o:
4) przejęciu kontroli - rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:
a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę;
14) grupie kapitałowej - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę;

W zakresie rozpoznania zarzutów Izba zważyła:

W zakresie zarzutu 3 – naruszenia naruszenie art. 253 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieprzedstawienie uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, - **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba ustaliła, że:

-pismem z dnia 24 maja 2024 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania

informację o treści:

Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 253 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych)

1.GMINA MIASTO KROSNO, ul. Lwowska 28a, 38-400 Krosno, zwana dalej Zamawiającym, w dniu 24.05.2024 rozstrzygnęła postępowanie prowadzone w trybie podstawowym pn. : „Poprawa stanu infrastruktury obiektów edukacyjnych w Krośnie - II etap", w którym kierowa_no się najniższą ceną brutto jako kryterium oceny ofert.

2.Na wykonanie przedmiotowego zadania wpłynęły 2 oferty złożone przez następujących wykonawców:

1)„EUROPEL ENERGO" sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 4, 38-420 Korczyna,

2)„GROM" Sp. z o.o., ul. Bieszczadzka 64, 38-400 Krosno.

Ceny ofert:

1)2 177 100,00 zł,

2)1 549 500,00 zł.

3.Po dokonaniu oceny ofert ustalono, że oferta nr 1 nie podlega odrzuceniu (oferta nr 2 została odrzucona).

Wykonawca nr 1 spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

4.Uzasadnienie dokonanego wyboru: biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający podjął decyzję o powierzeniu realizacji zamówienia wykonawcy nr 1, który jako jedyny złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Izba ustaliła, że pismem datowanym na dzień 23 maja 2024 roku Zamawiający przekazał w dniu 24 maja 2004 roku godzina 11:59 informację o ocenie ofert w ramach prowadzonego postępowania oraz o podstawie odrzucenia oferty Odwołujacego podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Informuję, że w dniu 9.05.2024 roku dokonano otwarcia ofert złożonych w postępowaniu pn. „Poprawa stanu infrastruktury obiektów edukacyjnych w Krośnie - II etap".

Na wykonanie _przedmiotowego zadania wpłynęły 2 oferty złożone przez następujących wykonawców,'

1) „EUROPEL ENERGO" sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 4, 38-420 Korczyna2) „GROM" sp. z o.o. ul. Bieszczadzka 64, 38-400 Krosno.

Ceny ofert:

1) 2 177 100,00 zł, 2) 1 549 500,00 zł.

Po dokonaniu oceny ofert ustalono, co następuje:

1) *oferta nr I oferta nie podlega odrzuceniu. Ponadto wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.*

2) *oferta nr 2 — zaproponowana przez wykonawcę cena jest niższa 0 31,72 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.*

W związku z tym Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się do wykonawcy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył lakoniczne wyjaśnienia, które sprowadzają się do oświadczenia, że: „przedstawiona oferta obejmuje kalkulacje umożliwiającą wykonanie przedmiotowego zadania".

Ponadto wykonawca stwierdził, że dokumentacja projektowa zawiera niespójne i niejednoznaczne opisy rozbieżne w stosunku do załączonych przedmiarów (podano przykłady rozbieżności). Jednakże przed złożeniem oferty wykonawca miał obowiązek zapoznać się z dokumentacją przetargową, a w razie jakichkolwiek wątpliwości czy też nieścisłości mógł żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mógł kwestionować jej treść w drodze odwołania. Tymczasem wykonawca nie zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, ani też nie sygnalizował? że dokumentacja zawiera jakiekolwiek błędy czy rozbieżność.

Dodatkowo wykonawca nic potwierdził, że w zaoferowanej cenie uwzględnił: 1) wymianę opraw oświetlenia podstawowego wg specyfikacji umieszczonej w dokumentacji,

2) wymianę opraw oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego wg specyfikacji umieszczonej w dokumentacji;

Wykonawca nie złożył również wyjaśnień dotyczących zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa ód minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodnośćł z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wykonawca winien złożyć wyjaśnienia i dowody w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych i wykazać, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez

wykonawcę kalkulacji.
Wykonawca powinien wskazać, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na zaoferowanie ceny, a tym samym, że za zaoferowaną cenę wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.
Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie oraz w wyrokach sądów:
-w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1837 / 19) zwrócono uwagę, że „Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, Że na podstawie ich treści, nie zaŔ na podstawie wiedzy własnej Zamawiający, powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu. Wobec tego niezwykle istotnym jest, aby składane przez wykonawcę wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego, bowiem ich celem jest przekonanie Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty wykonawcy było nieuzasadnione. Podkreślenia wymaga, że na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących rvvyjaśnień, ale również w młarę możliwości równicz przedstawienia dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże sie z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień.
Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnłeń jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantujc realizację całego zakresu objętego zamówieniem Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty”
-W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO 3583/23) stwierdzono: „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest wskazać co spowodowało jej obniżenie, jak róvvnież podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jeJ obniżenie. Zamawiający powinien mieć bowiem możliwość pełnego sprawdzenia złożonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, co nie było to możliwe z uwagi na brak wystarczającej inicjatywy dowodowej przystępującego w tym zakresie, co skutkuje przyjęcłem, żc oferta zawiera cenę rażąco niską. a)”
w wyroku Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 listopada 2021 r.,
XXIII Zs 113/21, wskazano, że: , To wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkamidostępnymi w danej sprawic i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać Zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie, W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty. Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. (...) Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w ninłejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Izba słusznie zatem wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że wykonawca — obecnie skarżący - nie sprostał obowiązkowi wyrażonemu w art, 224 ust. 5 ustawy PZP i nie wykazałrealności ceny,” (tożsamo Sąd Okręgowy w Warszawic w wyrokach: z dnia 23 kwietnia 2021 r., XXIII zs 18/21, z dnia 24 listopada 2021 r., XXIII zs 87/21, z dnia 18 lutego 2022 r., XXIII Zs 138/21, wyrok z dnia 6 października 2022 r., XXIII zs 102/22).
w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2021 r., XXIII Zs 71/21 Stwierdzono: „Złożenie dowodów odnoszących się do przyjętych założeń kalkulacyjnych stanowi konieczny element w procedurze wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Ustawodawca w treści art. 90 ust. 1 ustawy PZP (obecnie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp) bezpośrednio wskazał na konieczność złożenia wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów. Biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 S 2 k.c.) winno się badać sprawę na potwierdzenie realnośćł poszczególnych cen, do których zobowiązany ma dołączyć dowody.” (,.
Dowody na indywidualne, szczególne warunki dostępne wykonawcy siłą rzeczy posiada tylko ten wykonawca. Dlatego to wykonawca powinien właściwie opisać i udowodnić przyjęty sposób kalkulacji ceny w ramach okoliczności prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Na cenę oferty ma wpływcały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny wykonawcy, gdzie wskazuje się na korzystne warunki, indywidualnie dostępne danemu przedsiębiorcy, co ma bezpośrednie przełożenie na wartość poszczególnych składników cenowych. (...) Startujące w przetargu podmioty są profesjonalistami, stąd składane przez nie wyjaśnienia powinny cechować się szczególną starannością. Niespełnienie

tego warunku powoduje, że ponoszą one negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń — niewykazania, że proponowana cena nie jest rażąco niska.
Reasumując; w ocenie Zamawiającego wykonawca nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, W ramach odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś Zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami.
Wykonawca nie sprostał temu obowiązkowi w przedmiotowym postępowaniu.
W związku z powyższym, oferta nr 2 została odrzucona na podstawie art, 226 ust. 1 pkt g) w zw. z art, 224 ust, 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z treścią art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych „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.
Natomiast art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi,
że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku
do przedmiotu zamówienia.
Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający podjął decyzję o powierzeniu realizacji przedmiotowego zamówienia wykonawcy nr 1, który jako jedyny złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.
Dziękuję za złożenie oferty.
Izba ustaliła również, na podstawie dowodów załączonych do „Odpowiedzi
na odwołanie", że ww. pismo z dnia 23 kwietnia 2024 roku zostało przekazane
do Odwołujacego w dniu 24 maja 2024 roku godzina 11:59 i odczytane przez Odwołujacego w dniu 27 kwietnia 2024 roku godz.: 16:49 (na podstawie dowodu załączonego do pisma Odpowiedź na odwołanie).
Izba ustaliła, że pismo z dnia 24 kwietnia 2024 roku zostało zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania w części „Komunikaty" w dniu 24 maja 2024 roku godzina 12:01 (na podstawie dowodu załączonego do pisma Odpowiedź na odwołanie).
Izba ustaliła również, na podstawie oświadczenia Odwołujacego złożonego
do protokołu posiedzenia i rozprawy, że Odwołujący otrzymał pismo z dnia 23 kwietnia 2024 roku tj. informację zawierającą podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołujacego. W swoim stanowisku Odwołujący wskazywał na inną datę odczytania ww. pisma jednakże w tym zakresie nie przedstawił żadnego dowodu. Kluczowym niemniej dla rozpoznania zarzutu odwołania jest fakt potwierdzenia przez Odwołujacego otrzymania ww. pisma.
Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy. Zgodnie z oświadczeniem Odwołujacego złożonym do protokołu posiedzenia i rozprawy Odwołujący otrzymał pismo z dnia 23 maja 2024 roku zawierające uzasadnienie podstaw prawnych i faktycznych odrzucenia jego oferty.
Izba nie uznała stanowiska Odwołujacego z rozprawy odnoszącego się do wskazania podtrzymania zarzutu odwołania z odniesieniem, że Odwołujący podnosi że uzasadnienie jakie zostało mu przedstawione jest niepełne, bowiem jest to w ocenie Izby zmiana kwalifikacji zarzutu odwołania i w świetle treści odwołania takie stanowisko Odwołujacego stanowi nowy zarzut, który nie był ujęty w treści odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Izba orzeka w zakresie zarzutów odwołania objętych tym odwołaniem. W przypadku gdy dany zarzut odwołania nie został zawarty w odwołaniu, a przedstawiany jest w trakcie rozprawy należy uznać takie stanowisko Odwołujacego za spóźnione i niepodlegające rozpoznaniu.
Podkreślenia wymaga, że uzasadnienie faktyczne podniesione przez Odwołującego, stanowiące nierozerwalny element podniesienia w odwołaniu zarzutów odwołania zakreśla jednocześnie zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w nieprzerwanie aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej." Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się
na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami
i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia."

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd,
że dla oceny zrzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje
we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu." (wyrok Sądu najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57.
W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd,
że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie
w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienie faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obwiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odwzorowanie w piśmiennictwie.
Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Jedynie w zakresie naruszeń podnoszonych w uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołania możliwa jest zgodnie z zasadą orzekania
w zakresie zarzutów, ocena podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Wynika
to również z tego, że jakiekolwiek rozszerzenie argumentacji faktycznej stanowi nową, nieznaną Zamawiającemu argumentację / stanowisko Odwołującego, z którym nie mógł się on zapoznać wcześniej.
Tym samym zmiana uzasadnienia faktycznego zarzutu odwołania z podnoszonego
w uzasadnieniu pisemnym braku uzasadnienia faktycznego i prawnego podstaw odrzucenia oferty Odwołujacego na brak szczegółowości takiego uzasadnienia stanowi zmianę kwalifikacji zarzutu i nie może stanowić podstawy rozpoznania odwołania. Izba uznała, że nie wykazał Odwołujący, że Zamawiający nie wykonał ciążącego na nim obowiązku informacyjnego z art. 253 ust. 1 ustawy, wręcz przyznał w trakcie rozprawy, że obowiązek ten został spełniony.
Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła w zakresie zarzutu trzeciego naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych i uznała zarzut za niezasadny.
W zakresie zarzutu 1 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w związku
z art. 108 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 85 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty EUROPEL ENERGO Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten należy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów co podmiot (EUROPEL Sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie), który doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czym spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu,
oraz
w zakresie zarzutu 2 tj. naruszenia art. 85 ust. 1 i 2 ustawy P przez zaniechanie przez Zamawiającego podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. w postępowaniu w związku z zaangażowaniem EUROPEL Sp. z o.o. (należącego do tej samej grupy kapitałowej co ww. wykonawca) nie zakłóci konkurencji oraz zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do wykazania, że udział spółki EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. nie zakłóci konkurencji,
- Izba zarzuty odwołania 1 i 2 uznała za niezasadne.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca - EUROPEL ENERGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie, nr KRS 0001021531, którejwspólnikami są B.P. oraz A.P. jednocześnie w skład zarządu wchodzą A.P. - Prezes Zarządu, B.P. członek zarządu.
Izba ustaliła, w oparciu o oświadczenia wykonawcy EUROPEL ENERGO spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie złożone do protokołu rozprawy,
że spółka EUROPEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie,
(nr KRS 0000547952, której wspólnikami są B.B. oraz A.M. jednocześnie w skład zarządu wchodzą B.B. – Prezes Zarządu, A.M. - członek zarządu) była wykonawcą Etapu I zamówienia
w przedmiocie poprawy stanu infrastruktury obiektów edukacyjnych w Krośnie oraz wykonawcą projektu wykonawczego, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiaru robót (20 marca 2024 roku) i projekty technicznego instalacji elektrycznych
i niskoprądowych rewizja 1, obliczenia fotometryczne, które zostały wykonane na zlecenie Zamawiającego.
Izba ustaliła na podstawie Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) pkt 2.2, że:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie wymiany instalacji elektrycznej w dwóch budynkach szkolnych:
I - Miejski Zespół Szkół nr 1 w Krośnie - Szkoła Podstawowa nr 10, ul. Magurów 1,
II - Szkoła Podstawowa Nr 5 przy ul. Grunwaldzkiej 15 w Krośnie.

W zakresie obiektu nr I (SzP nr 10) należy wykonać:

1. Rozdzielnice – wykonano w I etapie.
2. WLZ zasilające – wykonano w I etapie.
3. Instalacja oświetleniowa.
4. Instalacja gniazd wtykowych.
5. Zasilanie urządzeń.
6. Instalacja elektryczna oświetlenia awaryjnego.
7. Instalacja oświetlenia ewakuacyjno – kierunkowego.
8. Instalacja elektryczna przeciwporażeniowa i połączeń wyrównawczych.
9. Instalacja sieci strukturalnej LAN.
10. Instalacja monitoringu wizyjnego CCTV.
11. Instalacja alarmowa SSWiN.
12. Instalacja dzwonkowa – ewakuacyjna.
13. Instalacja telefoniczna – w I etapie wykonano wymianę centrali.
14. Instalacja wideo domofonowa.
15. Instalacje multimedialne.

Zrealizowany zakres wykonania w I etapie inwestycji:

1) przebudowa wewnętrznych linii zasilających od rozdzielni głównej do istniejących rozdzielni (RP1, R1, R3, R4, R5, R6, RSG, RK) wraz z przebudową tych rozdzielni i ich zabudowa GK EI30 w formie szachtów instalacyjnych, zgodnie z projektem wykonawczym,
2) dobudowa rozdzielni RP2 zgodnie z projektem wykonawczym,
3) wykonanie głównych tras kablowych dla instalacji elektrycznych oraz niskoprądowych na wszystkich kondygnacjach budynku zgodnie z projektem wykonawczym,
4) podłączenie i uruchomienie istniejących odpływów starych rozdzielnic na przebudowanych rozdzielniach oraz wykonanie niezbędnych pomiarów,
5) uzupełnienie powstałych w trakcie prowadzonych robót budowlanych ubytków w tynkach wewnętrznych, wykładzinach itp. w celu doprowadzenia terenu budowy do stanu pierwotnego,
6) dostawa, montaż i uruchomienie nowej centrali telefonicznej przy zachowaniu aktualnej numeracji telefonicznej, doprowadzenie numeru wewnętrznego do gabinetu profilaktyki zdrowotnej i pomocy przedlekarskiej, podpięcie istniejącego połączenia do podnośnika dla osób z niepełnosprawnościami;

Uzgodniono z Użytkownikiem obiektu, iż prace będzie można rozpocząć od dnia 20.05.2024 r. w zakresie po dwie sale lekcyjne. Natomiast w okresie wakacyjnym obiekt będzie dostępny w całości tj. od 30.06. do 30.08.2024 r. Wyjątek stanowi czynna kuchnia, która pozostaje czynna i zostanie udostępniona do przeprowadzenia prac w sierpniu 2024 r. Czas, w jakim należy wykonać instalacje w kuchni to okres od 01.08. do 09.08.2024 r. ze względu na konieczność przeprowadzenia i zakończenia remontu do dnia 30.08.2024 r.

W zakresie obiektu nr II (SzP nr 5) należy wykonać:

1. Rozdzielnice – wykonano w I etapie.
1. WLZ zasilające – wykonano w I etapie.
2. Instalacja zasilania istniejących opraw oświetleniowych.

3. Instalacja gniazd wtykowych.
4. Zasilanie urządzeń.
5. Instalacja elektryczna oświetlenia awaryjnego.
6. Instalacja oświetlenia ewakuacyjno – kierunkowego.
7. Instalacja elektryczna przeciwporażeniowa i połączeń wyrównawczych.
8. Ochrona przeciwprzepięciowa.
9. Instalacja sieci strukturalnej LAN.
10. Instalacja monitoringu wizyjnego CCTV.
11. Instalacja alarmowa SSWiN.
12. Instalacja dzwonkowa.
13. Instalacje multimedialne.

<u>Zrealizowany zakres wykonania w I etapie inwestycji:</u>

Zakres zrealizowany został zaznaczony w opisie dokumentacji.

1) Zrealizowano wymianę rozdzielnic w budynku wraz z liniami WLZ oraz WLZ do RG.
2) Wymiana złączy kablowych potrójnych - Wymiana w złączu ZK.
3) Wykonanie WLZ 5xYLY 1x50 30 m.
4) Montaż rozdzielnic RG, TL i Wył. P.poż.
5) Podłączenie istniejących obwodów instalacji elektrycznej pod nowe rozdzielnice oraz wykonanie niezbędnych pomiarów.
6) Wykonanie WLZ do rozdzielnic RP, R1, R2, R3, R4, R5, R6.
7) Montaż wyłącznika głównego kotłowni.

Uzgodniono z Użytkownikiem obiektu, iż prace będzie można rozpocząć od dnia 20.05.2024 r. w zakresie po dwie sale lekcyjne. Natomiast w okresie wakacyjnym obiekt będzie dostępny w całości tj. od 30.06. do 30.08.2024 r.

W cenie zamówienia należy uwzględnić również wykonanie:

a) zdemontowanie, wyniesienie z pomieszczeń sprzętu, mebli i wyposażenia przed wykonaniem robót, zabezpieczenie pomieszczeń poprzez rozłożenie płyt i folii zabezpieczających posadzki i pomieszczenia przed uszkodzeniem podczas prowadzenia prac objętych zamówieniem. Po wykonaniu prac posprzątanie pomieszczeń i wniesienie do nich mebli i wyposażenia.
b) demontaż opraw oświetleniowych (dotyczy SzP nr 10) - demontaż oraz utylizacja istniejących opraw. W SzP nr 5 demontaż i montaż istniejących opraw po wymianie instalacji i odmalowaniu pomieszczeń,
c) demontaż istniejącego osprzętu instalacyjnego,
d) wykonanie pasów tynku kat. III o szer. do 10 cm na murach z cegieł lub ścianach z betonu pokryw. bruzdy z przewodami elektrycznymi,
e) po wykonaniu prac elektrycznych oraz montażowych wszystkie ubytki tynku (miejsca po zdemontowanych oprawach, po przebiciach, miejsca po zdemontowanych gniazdach oraz włącznikach) należy uzupełnić gipsem szpachlowym, a całość należy zagruntować i pomalować wg dokumentacji;

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony jest w załączonym do SWZ, Projektach wykonawczych, Specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarach robót.

***Uwaga!** Przy realizacji zamówienia wykonawca może zastosować materiały lub urządzenia dowolnego producenta, pod warunkiem, że materiały te i urządzenia posiadają parametry nie gorsze od opisanych w dokumentacji przetargowej.*

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z zapisami art. 100 ust. 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, wymagania dotyczące dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz uwzględniające potrzeby użytkowników zostały zawarte w opisie przedmiotu zamówienia (dokumentacja projektowa).

W celu prawidłowej realizacji zamówienia uwzględnić należy także pozostałe koszty wymienione w dalszej części niniejszego dokumentu.

Internetowy portal mapowy umożliwiający zapoznanie się z zagospodarowaniem terenu oraz istniejącą infrastrukturą techniczną znajduje się pod adresem: https://krosno.webewid.pl/e-uslugi/portal-mapowy.

Zamawiający informuje, że zgodnie z treścią art. 101 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku, gdy w opisie przedmiotu zamówienia występuje odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych, każdemu z tych wskazań towarzyszą wyrazy „lub równoważne".

(…)

8.4. Spełniają warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej.

<u>Określenie warunków.</u>

1) Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony o ile wykonawca wykaże,

iż zrealizował należycie w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie wykonania instalacji elektrycznych, o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto.

W przypadku gdy wartość zrealizowanej roboty budowlanej, dotycząca powyższego warunku wyrażona będzie w walucie obcej, Zamawiający przeliczy tę wartość w oparciu o średni kurs walut Narodowego Banku Polskiego (dalej: NBP) dla danej waluty z dnia, w którym nastąpi publikacja przedmiotowego postępowania. Jeżeli w tym dniu nie będzie opublikowany średni kurs NBP, Zamawiający przyjmie średni kurs z ostatniego dnia przed dniem publikacji.

Okres 5 lat, o którym mowa powyżej, liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert.

2) Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony o ile wykonawca wykaże,

iż dysponuje co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych.

Ww. osoba będzie pełnić funkcję <u>kierownika budowy</u>.

(…)

<u>12. Kolejność działań związanych z wyborem oferty oraz zasady dotyczące składania dokumentów i oświadczeń</u>

a) w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w pierwszej kolejności dokona oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców, a więc zbada, czy wszyscy wykonawcy złożyli wymagane treścią SWZ oświadczenia oraz oceni oferty pod kątem przesłanek ich odrzucenia (art. 226 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SWZ.

b) następnie Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 274 ust. 1 Pzp).

Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

c) 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) oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa powyżej, aktualne na dzień ich złożenia.

(…)

<u>18. Opis sposobu przygotowania ofert</u>

(…)

Do oferty należy dołączyć wszystkie wymagane w SWZ dokumenty, tj.:

1) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego,

(…)

<u>19. Sposób obliczenia ceny</u>

19.1. Cena kształtowana jest kosztorysem ofertowym opracowanym na podstawie dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej, przedmiaru robót oraz SWZ, a zamówienie podlega rozliczeniu ryczałtowemu.

19.2. Kształtując cenę należy mieć na uwadze, że:

a) zakres prac, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z niniejszą SWZ wraz z załącznikami,

b) cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające ze SWZ wraz z załącznikami, jak również nie ujęte w niej, a niezbędne do wykonania zadania m.in.:

-koszt wykonania harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz harmonogramu dostępu do poszczególnych pomieszczeń wraz z jego uzgodnieniem z użytkownikiem obiektu i uzyskaniem jego zatwierdzenia przez Zamawiającego oraz wykonania aktualizacji ww. harmonogramu w trakcie realizacji robót,

-koszty przygotowania i wykonania operatu kolaudacyjnego (odbiorowego) w trzech egzemplarzach,

-koszty zatrudnienia przez wykonawcę personelu kierowniczego, technicznego i administracyjnego budowy, obejmujące wynagrodzenie tych pracowników niezaliczane do płac bezpośrednich, wynagrodzenia uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od wynagrodzeń, wynagrodzenia bezosobowe, które obciążają budowę,

-koszty zapewnienia na terenie budowy w granicach przekazanych przez Zamawiającego należytego ładu, porządku, wraz

z wykonaniem m.in. oznakowania robót i zabezpieczenia warunków bhp, p.poż., wykonanie niezbędnych szczelnych zabezpieczeń (wydzielenia) stanowisk roboczych i miejsc wykonywanych robót oraz koszty zapewnienia takiej organizacji robót, aby nie utrudniały funkcjonowania Szkoły i jej otoczenia oraz ścisłe przestrzeganie harmonogramu rzeczowo-finansowego,

-koszty zapewnienia na terenie budowy w granicach przekazanych przez Zamawiającego należytego ładu, porządku, oraz koszty zapewnienia takiej organizacji robót, aby nie utrudniały dojazdu do obiektu,

-koszty zapewnienia odpowiedniego sprzętu i obsługi (wraz z kosztami jego pracy) niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia,

-koszty montażu i demontażu oraz eksploatacji obiektów zaplecza tymczasowego budowy wraz z kosztami pozyskania niezbędnego na ten cel terenu, koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów, koszty doprowadzenia i wyposażenia zaplecza tymczasowego w niezbędne media wraz z kosztami ich zużycia oraz uzyskaniem wymaganych warunków technicznych,

-koszty zabezpieczenia przed uszkodzeniem oraz naprawy i odtworzenia elementów zagospodarowania terenu, m.in. ciągów komunikacyjnych, dróg, obiektów kubaturowych, sieci i przyłączy uszkodzonych lub zniszczonych przez wykonawcę lub podmioty działające na jego rzecz w trakcie realizacji prac objętych zamówieniem,

-koszty wszelkich badań, jakości materiałów, robót, prób i rozruchów, odbiorów technicznych zapisanych w dokumentacji projektowej oraz wymaganych przepisami, z wyłączeniem badań i prób wykonywanych na dodatkowe żądanie Zamawiającego, ze sporządzeniem stosownych protokołów i dołączenie ich do operatu kolaudacyjnego,

-koszty wykonania i utrzymania w stanie nadającym się do użytku wszystkich robót tymczasowych niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy,

-koszty montażu i demontażu tymczasowych dróg dojazdowych niezbędnych do wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia,

-koszt dokonania zmian w dokumentacji projektowej wprowadzonych na wniosek wykonawcy i wynikających z przyczyn od niego zależnych. W takim przypadku wszelkie kwestie formalne wymagane prawem budowlanym, jak też koszt robót budowlanych wynikających z tych zmian leżą w gestii wykonawcy. Zmiana taka wymaga akceptacji Projektanta i zatwierdzenia przez Zamawiającego,

-koszty umowy ubezpieczenia robót budowlanych oraz innych czynności objętych zamówieniem pn.: „Poprawa stanu infrastruktury obiektów edukacyjnych w Krośnie - II etap"- na czas realizacji zamówienia,od wszystkich ryzyk budowlano-montażowych, które mogą wystąpić w czasie realizacji zamówienia pn.: „Poprawa stanu infrastruktury obiektów edukacyjnych w Krośnie - II etap" - na kwotę nie niższą niż kwota kontraktu na realizację zamówienia,

-koszty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzeniem prac budowlano-montażowych z tytułu szkód na mieniu, w tym mieniu osób trzecich lub osobach trzecich, jakie mogą powstać w związku z wykonywaniem prac budowlanych na kwotę nie niższą niż 1 000 000 zł. Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia polis ubezpieczeniowych potwierdzających zawarcie umów ubezpieczeniowych, o których mowa wyżej wraz z dowodami opłacenia składek, w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia podpisania umowy,

-koszty czyszczenia kół środków transportowych oraz dróg z zanieczyszczeń spowodowanych transportem ziemi i gruzu z terenu budowy,

-koszty wywozu z placu budowy gruzu i odpadów oraz utylizacji materiałów z rozbiórki wraz z innymi kosztami towarzyszącymi z udokumentowaniem,

że materiał został w prawidłowy sposób zagospodarowany lub zutylizowany zgodnie z obowiązującymi przepisami,

-koszt dokumentacji powykonawczej oraz projektu zmian w przypadku zmian wprowadzonych z inicjatywy wykonawcy,

-koszty odbiorów technicznych wymaganych przepisami i wydanymi warunkami oraz koszty nadzoru wykonywanych robót przez poszczególnych gestorów urządzeń i sieci, z uwzględnieniem dodatkowych kosztów wynikających ze spełnienia wymagań wynikających z wydanych warunków,

-koszty zapewnienia takiej organizacji robót, aby prowadzone prace nie ograniczały w żaden sposób możliwości dojazdu służb technicznych, porządkowych i ratowniczych, ochrony do urządzeń ppoż. do terenu objętego pracami,

-koszty uzyskania wymaganych zezwoleń oraz koszty opłat za zajęcie niezbędnego na cele budowy terenu (m.in. zezwolenie zarządcy drogi na zajęcie pasa drogowego na cele budowy oraz celem umieszczenia w nim urządzeń infrastruktury technicznej, koszty uzyskania zgody na przejazd po drogach z ograniczeniem dopuszczalnego tonażu),

-koszty sprawdzeń wykonanych instalacji i zamontowanych urządzeń pod kątem potwierdzenia osiągnięcia założonych parametrów, wydajności itd. określonych w dokumentacji projektowej i wynikających z obowiązujących w tym zakresie przepisów,

-koszty opracowania instrukcji użytkowania i konserwacji obiektów oraz sprzętu, wyposażenia i urządzeń dostarczonych i zamontowanych w ramach zrealizowanego przedmiotu zamówienia,

-koszty przeszkolenia użytkownika w zakresie obsługi zamontowanego sprzętu, urządzeń i systemów potwierdzone stosownymi protokołami,

-koszty zapewnienia takiej organizacji robót, aby prowadzone prace nie ograniczały w żaden sposób możliwości dojazdu służb technicznych, porządkowych i ratowniczych, ochrony do urządzeń ppoż. oraz nie stanowiły przeszkody na drogach ewakuacyjnych,

-koszty uporządkowania terenu budowy po wykonanych robotach do stanu pierwotnego wraz z naprawą ewentualnych szkód użytkownikowi oraz osobom trzecim,

-wszystkie inne, nie wymienione wyżej prace, czynności, usługi, materiały, sprzęt, robociznę oraz ogólne koszty budowy, które mogą wystąpić w związku

z wykonywaniem robót budowlanych objętych ww. zamówieniem oraz podyktowane przepisami technicznymi i prawnymi,

c) niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie będą podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia wskazanego w ofercie,

d) cenę obliczoną zgodnie z powyższym opisem wykonawca wpisze w stosownym punkcie formularza oferty.

Charakter przyjętego wynagrodzenia oznacza, że jeżeli rzeczywisty rozmiar lub prac koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia przewyższy planowany, wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia.

Przy wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawca nie może więc żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (art. 632 § 1 K.c.).

Wykonawca przed podpisaniem umowy obowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu kosztorys sporządzony na podstawie załączonego do SWZ przedmiaru robót, który może zostać uzupełniony o pozycje kosztorysowe według uznania wykonawcy.

Załączony przedmiar robót, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym ma charakter wyłącznie pomocniczy w celu sporządzenia kosztorysu ofertowego.

Kosztorys ofertowy będzie traktowany pomocniczo w celu określenia wartości poszczególnych sprzętów, urządzeń i robót w celu wystawienia dowodu przyjęcia środka trwałego OT.

Ze względu na przyjęty rodzaj wynagrodzenia jako ryczałtowego przedmiar robót nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia (podstawa: § 4 ust. 3 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).

Załącznikami do SWZ były między innymi:

- Oświadczenia wykonawcy - składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy

z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego,

- Dokumentacja projektowa.

- Pomocniczy przedmiar robót.

Izba ustaliła, że zgodnie z Protokołem postępowania w trybie podstawowym dla przedmiotowego zamówienia wskazał Zamawiający w punkcie 4:

Izba ustaliła, że EUROPEL ENERGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Korczynie złożyła wraz z ofertą następujące oświadczenie:

1. *Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. 2*

~~*Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. ……. ustawy Pzp (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp).*~~

W zakresie rozpoznania zarzutów 1 i 2 odwołania Izba na wstępie podnosi,

że zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą

do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275, z 2022 r. poz. 2581 i 2640 oraz z 2023 r. poz. 852), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania

o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji,

w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z

zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje
w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.
Bezsprzecznym i w zasadzie niespornym pomiędzy stronami postępowania odwoławczego był fakt tego, że dokumentację projektową stanowiącą załącznik do SWZ dla tego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego przygotowała EUROPEL spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie.
Na podstawie przedstawionych przez Odwołujacego informacji oraz załączonych
do odwołania dokumentów rejestrowych spółek stwierdzić należy, że spółki EUROPEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie oraz EUROPEL ENERGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie należą do tej samej grupy kapitałowej zgodnie z ustawą okik. Takie stanowisko wyraził Zamawiający zawierając
w punkcie 4 Protokołu postępowania informacje odnoszące się do podjęcia środków mających zapobiegać zakłóceniu uczciwej konkurencji w przypadkach określonych w art. 85 ust. 1 ustawy. Izba podkreśla, że protokół postępowania o zamówienie zgodnie z art. 71 ustawy – Zamawiający dokumentuje przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, sporządzają w jego toku protokół postępowania – protokół postępowania sporządzany jest
w biegu postępowania o udzielenie zamówienia. podkreślenia wymaga, ze zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy – protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Oznacza to,
że każdy podmiot, w tym EUROPEL ENERGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Korczynie, który złożył ofertę w postępowaniu, mógł w trakcie prowadzenia postępowania wystąpić o udostępnienie prowadzonego w trakcie postępowania protokołu
i pozyskać informację z punktu 4 tegoż protokołu oraz kwestionować wskazane tam ustalenia Zamawiającego. Biorąc pod uwagę treść protokołu w punkcie 4 oraz dokumentację projektową załączoną do SWZ, jak również uwzględniając treść art. 85 ustawy jednoznacznym było, że Zamawiający podjął środki i działania mające na celu zagwarantowanie, że udział w postępowaniu wykonawcy lub podmiotu należącego do tej samej grupy kapitałowej, który był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielnie zamówienia nie zakłuci konkurencji. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że Zamawiający nie kwestionował twierdzeń Odwołujacego dotyczących przynależności spółki EUROPEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie oraz EUROPEL ENERGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie do tej samej grupy kapitałowej. Tym samym jakiekolwiek twierdzenia uczestnika postępowania z rozprawy
o faktycznej czy prawnej przynależności do jednej grupy kapitałowej, w oparciu o art. 525 ust. 4 ustawy należy uznać za niezasadne. Zgodnie z tym przepisem czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami
i oświadczeniami strony do której przystąpił. Tym samym bezprzedmiotowe dla rozpoznania tego odwołania są twierdzenia uczestnika postępowania odnoszące się do faktycznego podziału obowiązków między spółkami.
W zakresie kwestionowanym przez Odwołujacego, tj. zaniechania wykluczenia EUROPEL ENERGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie
z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania Izba zarzut uznała za niezasadny.
Zamawiający w treści ww. protokołu postępowania jednoznacznie wskazał, że w celu zapobieżenia zakłóceniu uczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy zastosował odpowiednie środki i przekazał „wszystkie informacje i materiały uzyskane od podmiotu, który przygotowywał dokumentację przetargową tj. przedmiary, STWiORB, projekty techniczne, obliczenia fotometryczne". Zamawiający podał również, że „termin
na złożenie ofert został wydłużony i wynosi 17 dni".
Podkreślenia wymaga, że Zamawiający zrealizował ciążące na nim obowiązki i wydłużył termin składania ofert do 17 dni. W tym zakresie, mając na uwadze, że każdy podmiot zainteresowany postępowaniem miał prawo pozyskać prowadzony w biegu postępowania protokół postępowania oraz mógł i powinien zapoznać się z dokumentacją projektową miał prawo, o ile uważał że jest to niezbędne wnioskować do Zamawiającego o wydłużenie terminu składania ofert jeżeli uznał, że jest on zbyt krótki. W trakcie rozprawy Odwołujący oświadczył, że nie wnosił o wydłużenie terminu składnia ofert. Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że miało to charakter pozorny ale nie wyjaśnia na czym pozorność działania Zamawiającego miała polegać.
Dostrzec należy również, na co zwrócił także uwagę Zamawiający w swoim stanowisku pisemnym, że sam Odwołujący w treści odwołania wskazał, że „można co najwyżej zgodzić się ze stwierdzeniem, że podjęte przez Zamawiającego środki co do samego technicznego przygotowania oferty były takie same dla wszystkich ubiegających się o zamówienie wykonawców, jednakże nie można tego już przenieść na realizację kontraktu." Zgodnie
z treścią art. 85 ustawy podjęcie środków przez Zamawiającego ma na celu wykluczenie zakłócenia konkurencji na

etapie postępowania. Tym samym Odwołujący przyznając,
że w zakresie przygotowania ofert działania Zamawiającego gwarantowały wykonawcom taki sam udział w postępowaniu, w przygotowaniu ofert, prowadzi do wniosku, że Odwołujący sam stwierdził, że nie ma podstawy do uznawania, że w jakikolwiek sposób doszło
do naruszenia przepisów art. 108 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy. Izba nadmienia w tym miejscu, że zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy ilekroć w ustawie jest mowa
o postępowaniu o udzielenie zamówienia należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy
w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy
w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Artykuł 85 ustawy zawarty został w Dziale II ustawy, Rozdział 1 Przygotowanie postępowania, Oddział 1 Analiza potrzeb zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe oraz wcześniejsze zaangażowanie wykonawców, który zgodnie z art. 266 ma zastosowanie także
do przygotowania przedmiotowego postępowania.
Tym samym stwierdzić należy, mając na uwadze oświadczenie Odwołujacego z odwołania, że w trakcie prowadzenia przedmiotowego postępowania Zamawiający podjął odpowiednie środki związane w celu zagwarantowania, że udział EUROPEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie, nie zakłóci konkurencji w ramach prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia.
Stwierdzić należy, że poza przedmiotem objętym regulacją art. 85 ust. 1 ustawy pozostaje podnoszona w stanowisku Odwołujacego kwestia związana z realizacją kontraktu.
Za niezasadne Izba uznała twierdzenia o „prawdopodobieństwie wygenerowania przewagi konkurencyjnej", bowiem jak zostało wykazane to już powyżej Odwołujący sam przyznał,
że na etapie postępowania o udzielnie zamówienia i złożenia ofert w postępowaniu „podjęte przez Zamawiającego środki co do samego technicznego przygotowania oferty były takie same dla wszystkich ubiegających się o zamówienie wykonawców". W odniesieniu do nabycia wiedzy przez EUROPEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie wynikającej z realizacji Etapu I oraz przygotowania przez ten podmiot dokumentacji projektowej Odwołujący odnosił się do wiedzy i informacji wykraczających poza treść materiałów załączonych do SWZ wskazując na „znajomość miejscowych warunków realizacji zamówienia" – w tym zakresie Izba podziela stanowiska wyrażone przez Zamawiającego i uczestnika, że taki tok rozumowania prowadziłby do wniosku, że w każdym przypadku należałoby odrzucać oferty w przypadku gdy dany podmiot realizował wcześniejszy etap zamówienia. izba podziela stanowisko, że takie podejście prowadziłoby do naruszania zasad prawa zamówień publicznych w tym zasady równego traktowania wykonawców. Nie ma żadne przeszkody w tym, aby podmiot realizujący daną część, Etap zamówienia ubiegał się w kolejnych postępowaniach o zamówienie na następne Etapy. Takie zamówienia z powodzeniem są realizowane, a postępowania prowadzone przez wielu zamawiających na realizację różnych rodzajów zamówień w tym budowlanych, które są etapowane są udziałem podmiotów realizujących wcześniejsze etapy inwestycji.
W odniesieniu do argumentu dotyczącego „wymagań władz Zamawiającego czy bezpośrednich użytkowników" Izba zaznacza, że podstawą realizacji zamówienia jest dokumentacja postępowania, która określa wymagania i oczekiwania związane
z przedmiotem zamówienia. Insynuowanie jakichkolwiek innych wymagań jest co najmniej nie na miejscu jak również nie zostało w żaden sposób wyjaśnione przez Odwołujacego. Zupełnie pozbawione znaczenia dla rozpoznania tego odwołania są odniesienia Odwołujacego, że powyższe „przekład się na ułatwienie działania, gdyż unika się problemów wynikających z rozpoczęcia działalności w nieznanym terenie". Słusznie wskazał Zamawiający, że taki argument prowadziłby do niedającego się pogodzić z logika prowadzenia postępowań o zamówienie stanowiska, że w uprzywilejowanej sytuacji byliby wykonawcy, którzy na danym terenie u danego zamawiającego startowali
we wcześniejszych postepowaniach. Takie sposób myślenia Odwołujacego z gruntu jest niewłaściwy. Każdy wykonawca, w każdym postępowaniu – po spełnieniu wymagań określonych dokumentami zamówienia – może brać udział w postepowaniu i w żaden sposób nie jest przywilejującą okoliczność, że wcześniej skład już ofertę w postepowaniach prowadzonych przez danego zamawiającego i że realizował jakieś zamówienie. Zamawiający wyjaśnił również, że lokalny rynek zamówień publicznych cechuje się względnie niewielką dynamiką, a sam Odwołujący w przeszłości realizował i obecnie realizuje zamówienia dla tego Zamawiającego (modernizacja budynku), czego Odwołujący
w żadne sposób nie kwestionował. Można zatem, mając na uwadze stanowisko Odwołujacego, postawić w tym miejscu retoryczne pytanie – czy Odwołujący nie jest przypadkiem uprzywilejowany w stosunku do innych wykonawców?
Odwołujący wskazał, że powyższe argumenty jakie prezentował, a odnoszące się

do „rozeznania co do szczególnych potrzeb związany z realizacją zamówienia" miały wpływ na optymalizację kosztów, co w ocenie Izby jest argumentem chybionym, bowiem oferta Odwołujacego (1 549 500,00 zł) jest niższa od wybranej oferty EUROPEL ENERGO spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie (2 177 100,00 zł) o kwotę 627 600,00 zł. Nie sposób zatem uznać, że „rozeznanie co do szczególnych potrzeb związany z realizacją zamówienia" miało wpływ na jakiekolwiek obniżenie kosztów przez wykonawcę, którego oferta została wybrana w postępowaniu. Podkreślenia wymaga,
co w trakcie rozprawy przyznał również Odwołujący, że przedmiotowe zamówienie nie jest żadnym skompilowaną pod względem technologicznym, technicznym czy organizacyjnym inwestycją, a raczej stanowi standardowe zamówienie w tym obszarze robót. Tym samym jakiekolwiek odniesienia do przedmiotu zamówienia również nie sposób uznać za zasadne, tym bardziej, że w tym zakresie co Odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, również nie wnosił przed terminem składania ofert żadnych pytań czy uwag do Zamawiającego. Odwoływanie się w uzasadnieniu odwołania do niespójnych i niejednoznacznych opisów rozbieżnych w stosunku do załączonych przedmiarów jest w ocenie Izby niezasadne, bowiem Izba podkreśla, co wydaje się umknęło Odwołującemu, że zgodnie z SWZ Zamawiający podał, że: *Ze względu na przyjęty rodzaj wynagrodzenia jako ryczałtowego przedmiar robót nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia (podstawa: § 4 ust. 3 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).* Tym samym, przedmiar robót nie stanowił opisu przedmiotu zamówienia,
a co za tym idzie jakakolwiek argumentacja oparta na tym dokumencie musi zostać pominięta.
Wymaga wskazania, że zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy wykonawca zaangażowany
w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy
z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.
W ramach przedmiotowego postępowania o zamówienie Zamawiający nie stwierdził aby zaistniała podstawa do wykluczenia z art. 108 ust. 6 ustawy, tym samym nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień i udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. W obliczu powyższego stanowiska Izby Odwołujący nie wykazał aby doszło do zaistnienia okoliczności prowadzących w efekcie do konieczności wymagania od wykonawcy EUROPEL ENERGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie udowodnienia,
że zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia EUROPEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie nie zakłóci konkurencji.

Mając wszystko powyższe na uwadze, jak również stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i stanowisko uczestnika z rozprawy Izba uznała zarzuty 1 i 2 odwołania za niezasadne.

W zakresie zarzutu 4 naruszenia art. 16 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu **- Izba zarzut uznała za niezasadny.**

Izba mając na uwadze stanowisko w zakresie rozpoznania zarzutu 1 i 2 oraz 3 odwołania stwierdza, że Odwołujący nie wykazał naruszenia zasad do jakich referuje w tym zarzucie odwołania. Izba podkreśla jednocześnie, że w żaden sposób w uzasadnieniu pisemnym nie odnosił się odwołujący i nie wyjaśniał w jakim zakresie te zasady zostały naruszone.

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy
z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 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 wyroku.

Przewodnicząca: ……