

WYROK

Warszawa, 27 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 marca 2025 r. przez odwołującego Energoobsługa Kądziała, Kulpa spółka jawna z siedzibą w Pszczynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Tauron Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: ASEB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.
3. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Tauron Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wymiana liczników energii elektrycznej na terenie działania TAURON Dystrybucja S.A.” nr postępowania: PZP/TD·CN/05905/2024 zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane 2 września 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 525756-2024, numer wydania Dz.U. S: 170/2024.

7 marca 2025 r. wykonawca Energoobsługa Kądziała, Kulpa spółka jawna z siedzibą w Pszczynie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 252 ust. 2 Pzp przez wybór oferty Przystępującego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej: Przystępujący) bez uprzedniego wezwania tego wykonawcy do wyrażenia zgody na wybór jego oferty, w sytuacji gdy termin związania ofertą (5 lutego 2025 r.) upłynął przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty (25 lutego 2025 r.);
2. art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust 5 i 6 Pzp przez wybór oferty Przystępującego, która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jako
że jest to oferta z rażąco niską ceną oraz przez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Przystępującego ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania (zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1);
3. art. 128 ust. 4 Pzp oraz art. 128 ust. 1 i 5 Pzp w zw. z art. 462 ust. 5 Pzp w zw. z pkt. 3.3.4 oraz 3.3.9 oraz 3.11 SWZ w zw. z art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, przez brak wezwania przez Zamawiającego Przystępującego Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do występowania przy realizacji

zamówienia podwykonawców oraz brak wezwania do prawidłowo wypełnionych JEDZ i innych dokumentów i załączników dotyczących podwykonawców, w tym załącznika

nr 11 do SWZ (zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2).

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności Zamawiającego z 25 lutego 2025 r. w postaci wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz
- 2.dokonania ponownej oceny ofert po uprzednim wezwaniu Przystępującego do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty, a w przypadku odmowy do wezwania Odwołującego do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty ewentualnie
- 3.unieważnienia czynności Zamawiającego z 25 lutego 2025 r. w postaci wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz
- 4.dokonania ponownej oceny ofert po uprzednim odrzuceniu oferty Przystępującego, ewentualnie
- 5.unieważnienia czynności Zamawiającego z 25 lutego 2025 r. w postaci wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz
- 6.dokonania ponownej oceny ofert po uprzednim wezwaniu Przystępującego do prawidłowego uzupełnienia dokumentów dotyczących podwykonawców Przystępującego, w tym prawidłowego wypełnienia Załącznika nr 11 do SWZ.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał:

Zarzut nr 1

Termin związania wszystkimi ofertami upływał 5 lutego 2025 r. Zamawiający dokonywał oceny ofert już po tej dacie. Tym samym zgodnie z art. 252 ust. 2 Pzp przed wyborem najkorzystniejszej oferty, Zamawiający powinien był wezwać do wyrażenia pisemnej zgody

na wybór jego oferty. Zamawiający tego nie dokonał, czym w sposób oczywisty naruszył przytoczony przepis. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego już po terminie związania tą ofertą, nie wiedząc czy wykonawca ten zgadza się na wybór jego oferty i czy chce on podpisać umowę z Zamawiającym.

Tym samym wybór oferty Przystępującego jest co najmniej przedwczesny. Dodatkowo Zamawiający dopuszczając do sytuacji upływu terminu związania ofert i niestosując art. 220 ust. 3 Pzp, doprowadził do sytuacji, że wadium Przystępującego przestało obowiązywać,

tym samym uchylenie się tego wykonawcy od zawarcia umowy nastąpi całkowicie „bezkarnie” (bez możliwości zatrzymania wadium).

Zarzut nr 2

W ocenie Odwołującej ceny zaproponowane przez Przystępującego w ramach Zadania nr 13 postępowania są cenami rażąco niskimi. Poziom cenowy zaproponowany przez Przystępującego nie gwarantuje prawidłowego wykonania zawartej umowy.

W pierwszej kolejności zwracam uwagę, że w zakres Zadania nr 13 wchodzi 4 rodzaje czynności: (1) wymiana licznika 1-fazowego, (2) wymiana licznika 1-fazowego z udrożnieniem transmisji danych, (3) wymiana licznika 3-fazowego oraz (4) wymiana licznika 3-fazowego

z udrożnieniem transmisji danych. Takie ułożenie czynności nie jest przypadkowe – są one uszeregowane (rosnąco) pod kątem trudności i przede wszystkim czasochłonności (długości ich realizacji). Wskazuję, że udrożnienie transmisji danych oznacza podjęcie działań technicznych przywracających zdalną komunikację (transmisję danych) między centralą Zamawiającego a poszczególnymi licznikami. Już z powyższego widać, że zaproponowanie przez Przystępującego na każdą z tych czynności takiej samej ceny (58 zł) jest nienaturalne i nielogiczne. Ceny zaproponowane przez Przystępującego są cenami poniżej rzeczywistych kosztów wykonania poszczególnych usług.

Zamawiana przez Zamawiającego usługa polega na wymianie liczników energii elektrycznej 1- i 3- fazowych, w tym z przywracaniem transmisji danych. Szczegółowy sposób wykonywania usługi opisany jest w Karcie Technologicznej (załącznik nr 2 do projektu umowy obejmująca 6 str. i kilkadziesiąt punktów opisu). Taka wymiana (wraz z przywracaniem transmisji danych) wymaga umówienia się z monterem z klientem Tauron przez kontakt bezpośredni (co najmniej telefoniczny) – zabroniony jest kontakt SMS, bądź e-mailem), następnie monter musi odebrać liczniki z magazynu Zamawiającego i dojechać na miejsce wymiany licznika (obszar dla Zadania 13 obejmuje aż 138 miejscowości). Monter musi uzyskać dostęp do licznika, dokonać sprawdzeń plomb, sprawdzić układ pomiarowy, sprawdzić zabezpieczenia (bezpieczniki – które wielokrotnie jest w innym miejscu niż bezpiecznik) i dopiero po tych wielu czynnościach może przystąpić do fizycznej wymiany licznika.

W przypadku braku transmisji danych, monter musi podjąć szereg czynności by przywrócić komunikację – np. zamontować dodatkową antenę zewnętrzną wraz z jej ustawieniem (poszukiwaniem „zasięgu”), bądź nawet dokonać ponownej wymiany licznika na licznik z kartą SIM innego operatora. Po wymianie licznika monter dokonuje pomiarów elektrycznych, sprawdzenia prawidłowości działania, zaplombowania licznika. Każda z czynności montera (w szczególności wszelkie nieprawidłowości oraz zabezpieczenia [numery plomb] muszą być odnotowane w protokole sporządzanym przy użyciu dedykowanej specjalistycznej aplikacji. Monter wykonuje również dokumentację fotograficzną. Na końcu monter rozlicza

się z wymienionego licznika oddając go do magazynu Zamawiającego.

Z powyższego wynika, że kompleksowa wymiana licznika jest czynnością czasochłonną – sama wymiana licznika 1-fazowego zabiera ok. 60 minut, a w przypadku licznika 3-fazowego to ok. 90 minut. Udrożnienie transmisji danych zabiera dodatkowo 1 do 2 godzin. Wartości

te nie uwzględniają czynności dodatkowych – umówienie wymiany licznika, dojazd, odebranie czy też zdanie liczników co wydłuża wykonanie wymiany średnio o 30 min.

Powyższe czasy wymiany liczników znajdują potwierdzenie w instrukcjach i umowach obowiązujących w Grupie Kapitałowej Zamawiającego. Spółka zależna Zamawiającego – Tauron Dystrybucja Pomiary Sp. z o.o. (niezależnie od niniejszego postępowania) w ramach swojej działalności również dokonuje wymiany liczników energii elektrycznej – odbywa

się to m.in. na podstawie umowy SLA nr 2015/226.

Umowa SLA nr 2015/226 jako jeden z załączników (nr 3) zawiera karty technologiczne wymiany liczników 1- i 3-fazowych – analogiczne (zbliżone) do tych jak w tym postępowaniu. W kartach tych poza opisem czynności wskazano również czas jaki zajmują czynności wymiany liczników, w tym wraz z udrożnieniem komunikacji danych. Dodatkowo dla potrzeb własnych monterów Prezes Zarządu Tauron Dystrybucja Pomiary Sp. z o.o. wydał szczegółowe instrukcje zawierające opis czynności do wykonania oraz czas jaki przewidziano na wymianę poszczególnych typów liczników. Odwołujący posiada informację, że Prezes Zarządu Tauron Dystrybucja Pomiary Sp. z o.o. wydał Zarządzenie nr 27/2015 z 21 grudnia 2021 r., do którego załącznikami (nr 2) są Karty technologiczne zabiegu eksploatacyjnego wymiany liczników 1- i 3-fazowych obejmujące m.in. wyliczenie czasu wymiany takich liczników. Czasy wskazane w powyższym Zarządzeniu i umowie SLA są zasadniczo zgodne z podanymi w pkt. 17 powyżej, przy czym wskazuję, że czasy w pkt. 17 obejmują również czynności związane z wejściem na posesję, dostanie się do licznika, formalności z Klientem Zamawiającego. Powyższe (czas potrzebny na wykonanie zlecenia – wymiany licznika) przekłada się na konkretne koszty minimalne będące pochodną tzw. minimalnej stawki godzinowej (Rozporządzenie Rady Ministrów z 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. (Dz.U. z 2024r., poz. 1362)). Kwota tej stawki w okresie wykonywania przyszłej umowy (2025 rok), to 30,50 zł pomnożona o wyżej wskazany czas wymiany liczników daje (1) dla wymiany licznika 1-fazowego kwotę ok. 46 zł (1,5h wraz z dojazdem) (2) dla wymiany licznika 1-fazowego z udrożnieniem komunikacji kwotę między 76 zł a 107 zł (2,5h – 3,5h wraz z dojazdem) (3) dla wymiany licznika 3-fazowego kwotę ok. 61 zł (2h wraz z dojazdem) oraz (4) dla wymiany licznika 3-fazowego z udrożnieniem komunikacji kwotę między 92 zł a 122 zł (3h – 4h wraz z dojazdem) .

Powyższe kwoty obejmują tylko i wyłącznie wynagrodzenie montera i to przy przyjęciu wypłacania wynagrodzenia w minimalnej wysokości (co również jest mało prawdopodobne w dzisiejszej sytuacji na rynku pracy). Kwota ta nie uwzględnia kosztów dojazdu oraz kosztów wyposażenia montera i kosztów ogólnych.

Monterzy średniomiesięcznie przejeżdżają ok. 2000-2500 km, co daje średnio nie mniej

niż 12-15 km na wymianę 1 licznika. Przy przyjęciu stawki 1,15 zł za 1 km (rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy) do kosztów pracy montera należy dodać kwotę między 13,80 zł a 17,25 zł kosztów dojazdu.

Zsumowanie kosztów dojazdu i kosztów pracy monterów daje następujące koszty wymiany liczników: (1) dla licznika 1-fazowego między 59,55 zł a 63 zł, (2) dla licznika 1-fazowego

z udrożnieniem komunikacji między 90,05 zł a 124 zł (3) dla licznika 3-fazowego między 74,80 zł a 78,25 zł oraz (4) dla licznika 3-fazowego z udrożnieniem komunikacji między 105,30 zł

a 139,25 zł. Wszystkie te kwoty są znacznie powyżej (od 103% do 240%) ofertowych kwot Przystępującego, a nie uwzględniają jeszcze kosztów zakupu tabletek lub smartfonów

dla monterów, utrzymania kart SIM do tych urządzeń (zakup, abonamenty, transmisja danych), czy też wynagrodzenia obowiązkowego koordynatora i innych kosztów ogólnych działalności Przystępującego. W sposób oczywisty nie uwzględniają one jeszcze marży (zysku) wykonawcy. Do powyższych kwot w przypadku Przystępującego, mającemu

siedzibę

na Pomorzu i prowadzącemu tam dotychczas działalność należy doliczyć koszty dojazdu

i zakwaterowania monterów z Pomorza. Powyższe wyliczenia obejmują wykonywanie wymian liczników przy 100% skuteczności, a tak się nigdy nie zdarza.

Około 5% zleceń kończy się trzykrotnym brakiem dostępu do miejsca świadczenia usługi. Oznacza to, że pomimo kilku prób wymiany licznika, poniesionych kosztów czasu pracy monterów i dojazdów, wykonawca nie uzyskuje żadnego wynagrodzenia. Jest to istotna cecha zlecenia wymiany liczników, którą należy uwzględnić w kalkulacji cen. Co więcej zgodnie

z projektem umowy dla Postępowania, należy podjąć co najmniej cztery próby dotarcia

do klienta, angażując przy tym co najmniej dwóch różnych monterów. To dodatkowo zwiększa wysokość i ryzyko poniesienia kosztów bez otrzymania wynagrodzenia.

Przedstawione wyliczenia nie obejmują również jakiegokolwiek rezerwy na potencjalne kary umowne lub inne nieprzewidziane wydatki związane z wykonywaniem umowy. Z powyższych wyliczeń i zestawień jasno wynika, że cena zaproponowana przez Przystępującego (58 zł za każdą z usług) jest ceną rażąco niską – poniżej rzeczywistych kosztów wykonywania wymian liczników w przedziale między 102% a 240% poniżej tych kosztów.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia Przystępującego złożone w trybie art. 224 Pzp w przeważającej mierze odnoszą się do porównania ceny Przystępującego z cenami

na innych postępowaniach. Taki argument nie jest zasadny przy wzięciu pod uwagę specyfiki obszaru objętego niniejszym postępowaniem. W konsekwencji należy uznać, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę i jako taka winna być odrzucona, a wykonawca wykluczony z postępowania.

Zarzut nr 3

Analizując treść oferty i innych dokumentów złożonych przez Przystępującego należy wskazać, że istnieją co najmniej wątpliwości (wymagające wezwania do złożenia

wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp) co do występowania po stronie Przystępującego podwykonawców przy realizacji zamówienia. Z dokumentów złożonych przez Przystępującego, a w szczególności wyjaśnień złożonych w trybie art. 224 Pzp wynika,

że Przystępujący przy realizacji zamówienia zamierza korzystać nie tylko z osób zatrudnionych na umowę o pracę, bądź umowę zlecenia – zamierza również zawierać (i zawarł już) umowy o podwykonawstwo z osobami prowadzącymi jednoosobowe działalności gospodarcze.

Definicja podwykonawcy zawarta jest w art. 7 pkt 27 Pzp – jako podwykonawcę należy traktować podmiot, z którym wykonawca zawarł umowę o podwykonawstwo. Umową

o podwykonawstwo będzie każda umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawarta między wykonawcą a podwykonawcą, na mocy której odpowiednio podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Pojęciem podwykonawcy należy objąć tylko sytuację, gdy podmiot trzeci realizuje część przedmiotu zamówienia na podstawie stosownego porozumienia z wykonawcą, przy czym czyni to na własne ryzyko i rachunek. Tym samym podwykonawstwo, które ma prawne znaczenie z punktu widzenia wykazania się określoną wiedzą i doświadczeniem, dotyczy samodzielnej realizacji określonej części zamówienia przez podwykonawcę, na zasadach zbliżonych do wykonawcy. W świetle definicji podwykonawstwa nie ma znaczenia wielkość przedsiębiorstwa podwykonawcy. Podwykonawcą będzie również osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą, o ile zawarła z wykonawcą umowę o podwykonawstwo.

W swoich wyjaśnieniach, Przystępujący wskazał wprost, że będzie przy wykonywaniu umowy zawartej na podstawie Postępowania korzystać z podwykonawców „zaofertowana cena została skalkulowana m.in. w oparciu o oferty uzyskane od firm zewnętrznych” oraz „W odniesieniu

do załączonych do wyjaśnień wycen i ofert dostawców i podwykonawców Wykonawca Wskazuje (...)”. W realiach sprawy Przystępujący będzie zawierał umowy o podwykonawstwo z monterami, którzy będą bezpośrednio realizować zamówienie – wymieniać liczniki elektryczne. Osoby te będą realizowały istotę zamówienia. Tym samym dla kwalifikowania monterów prowadzących własną działalność gospodarczą jako podwykonawcy nie ma żadnego znaczenia fakt, że są to jednoosobowe „firmy”, niezatrudniające co do zasady innych monterów.

W konsekwencji szereg dokumentów (formularzy i załączników) w odniesieniu

do podwykonawców została wypełniona nieprawidłowo. Przykładowo w załączniku nr 11

do SWZ (oświadczenie ws tzw. sankcji) Przystępujący wskazał jedynie swoje dane i złożono podpis, a pozostałe punkty oświadczenia nie zostały w ogóle wypełnione.

Podobnie nieprawidłowo (wewnętrznie sprzecznie) wypełniony jest pkt. 7 załącznika nr 1

do SWZ (jednocześnie stwierdza, że nie będzie korzystał z podwykonawców a z drugiej strony nie zna jeszcze danych podwykonawców, którzy będą wykonywać część zamówienia).

Zachodzi zatem oczywista sprzeczność w stanowisku Przystępującego co do korzystania z podwykonawców. Z dokumentów oferty, czy też JEDZ nie wynika by Przystępujący miał korzystać z podwykonawców. Jednocześnie nie złożył on żadnych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego co do tych podwykonawców (JEDZ dla podwykonawców, zaświadczenia z ZUS, US, itd.), pomimo że w Wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny powołuje się na wyjątkowo korzystne oferty tych podwykonawców. Rozbieżności te i braki nie zostały dostrzeżone i wyjaśnione przez Zamawiającego. O fakcie występowania podwykonawców przekonuje cena oferty Przystępującego – osobami zatrudnionymi na umowach o pracę i/lub zleceniu (z obowiązkową minimalną stawką godzinową) nie da się wykonać zamówienia zgodnie z prawem za zaproponowane ceny. Brak wezwania Przystępującego do poprawy oraz uzupełnienia powyższych dokumentów i zaświadczeń, bądź złożenia wyjaśnień co do ich treści, świadczy o tym, że Zamawiający pobieżnie badał ofertę Przystępującego. Wyżej wskazane braki powodują, że wybór oferty Przystępującego jest co najmniej przedwczesny, albowiem dokumenty złożone wraz z ofertą (jak i sam formularz oferty) są nieprawidłowo wypełnione i niekompletne. 24 marca 2025 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody pisemne.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

Zgodnie z art. 252 Pzp:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia.
2. Jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.
3. W przypadku braku zgody, o której mowa w ust. 2, zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

Istotne znaczenie dla oceny zarzutu miał też art. 226 ust. 1 Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 12) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;
- 13) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą.

Między stronami nie było sporu, co do tego, że Zamawiający wbrew dyspozycji art. 252 ust. 2 Pzp nie wezwał Przystępującego do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty

po upływie terminu związania tą ofertą. Mimo to Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie, kierując się art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Podkreślić należy, że art. 252 ust. 2 Pzp służy przede wszystkim zamawiającemu w sytuacji, gdy chce on uniknąć zbędnego wydłużenia się postępowania w sytuacji, gdy wybór oferty miałby nastąpić po upływie terminu związania nią. Kierując wezwaniem do wykonawcy zamawiający uzyskuje odpowiedź, która daje mu konkretną informację o dalszym losie określonej oferty w postępowaniu. Skutkiem zaniechania tego wezwania może być jednak co najwyżej to, że wykonawca, który stracił zainteresowanie dalszym uczestnictwem w postępowaniu, dopiero na etapie zaproszenia do podpisania umowy „poinformuje” zamawiającego o tym fakcie.

Zaniechanie wezwania na podstawie art. 252 ust. 2 Pzp nie wpływa jednak na wynik postępowania. Dlatego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oddaliła odwołania w zakresie zarzutu nr 1.

Zarzut nr 2

Zarzut ten w części dotyczącej wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Przystępującego był niedostatecznie uzasadniony. Odwołujący poprzestał na twierdzeniach o ogólnikowym i niewystarczających wyjaśnieniach, ale nie wskazał czego konkretnie było brak w tych wyjaśnieniach. Dlatego ta część zarzutu okazała się podlegać oddaleniu już ze względu

na sam sposób sformułowania argumentacji w odwołaniu i jego uzasadnieniu.

Izba przeprowadziła dowód z wezwania do wyjaśnień oraz samych wyjaśnień wraz z dowodowymi złożonymi w odpowiedzi. Izba stwierdziła, że Przystępujący udzielił co najmniej wystarczających wyjaśnień, złożył też dowody na ich poparcie – biorąc pod uwagę podstawowy powód oddalenia tej części zarzutu przytaczanie treści wezwania i wyjaśnień jest niecelowe.

W części dotyczącej rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego zarzut miał z kolei bardzo konkretny charakter, poparty dowodami. Odwołujący złożył na poparcie swojego stanowiska dokumenty pochodzące od spółki z grupy kapitałowej Zamawiającego, z których wynikało,

że wymiana licznika trwa 60 do 90 minut. Z czasu pracy niezbędnej do wymiany urządzenia Odwołujący wywiódł, że przy cenie założonej przez Przystępującego niemożliwa jest prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia – wykonawca poniósłby stratę. Zamawiający złożył jednak dowody przeciwne – z których wynikało, że w pełni możliwa jest wymiana licznika w czasie znacznie krótszym niż ten deklarowany przez Odwołującego. Dowody złożone przez Odwołującego były przy tym wiarygodne, ale w sposób oczywisty zawarte w nich informacje

o czasie pracy przy wymianie mają charakter ogólnego punktu odniesienia – są danymi szacunkowymi i nie wykluczają innego czasu pracy przy wymianie urządzenia. Dlatego

Izba uznała, że dokumenty złożone przez Odwołującego i Zamawiającego wzajemnie

się uzupełniają, a nie wykluczają. Izba uznała więc za udowodnione, że przeciętny czas wymiany licznika wynosi 60-90 minut, ale w pełni realna i możliwa jest wymiana w znacznie krótszym czasie. Wniosek ten wykluczał zaakceptowanie przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji kosztów minimalnych pracy przy realizacji przedmiotu zamówienia. Skoro możliwe jest realizowanie zadań w czasie krótszym niż 60 minut, to możliwe jest wykonanie poszczególnych wymian przy kosztach niższych niż te wskazywane przez Odwołującego.

W konsekwencji Izba uznała, że nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

Zarzut nr 3

Między stronami nie było sporu co do tego, że Przystępujący zamierza na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia wejść we współpracę z osobami prowadzącymi jednoosobowe działalności gospodarcze.

Odwołujący złożył przy tym na dowód wydruki ogłoszeń Przystępującego dotyczących naboru osób o określonych specjalnościach (np. elektrycy). Dowody te przeczyły jednak tezie Odwołującego, że Przystępujący będzie realizował przedmiot zamówienia z udziałem podwykonawców. W ocenie Izby oczywistą intencją Przystępującego jest „zatrudnienie” tych osób, przy czym w ogłoszeniach w zakresie formy zatrudnienia zawarte są informacje – umowa zlecenie, kontrakt b2b. Co jednak istotne, mowa też o zatrudnieniu na pełny etat, czy zatrudnieniu jako pracownika fizycznego.

Definicja umowy o podwykonawstwo została zawarta w art. 7 pkt 27 Pzp - należy przez

to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie

w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

Definicja ta ma jednak niezwykle ogólny charakter. Biorąc pod uwagę dowody złożone przez Odwołującego Izba nie miała wątpliwości, że faktyczną intencją Przystępującego jest zatrudnienie pracowników na umowy cywilnoprawne zamiast na umowę o pracę (co jest dozwolone zarówno w świetle SWZ). Przyjmując sposób interpretacji art. 7 pkt 27 Pzp prezentowany przez Odwołującego, należałoby uznać, że zatrudnienie na umowę o pracę również jest postacią umowy o podwykonawstwo, co byłoby błędne.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut nr 3 podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący