Sygn. akt: KIO 3239/23

WYROK
z dnia 13 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez wykonawcę W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane-Wykończeniowe W. G. w Warszawie w postępowaniuprowadzonym przez zamawiającego Gminę Sokołów Podlaski

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża odwołującego W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane-Wykończeniowe W. G. w Warszawie i:
   2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2.zasądza od odwołującego W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane-Wykończeniowe W. G. w Warszawie na rzecz zamawiającego Gminy Sokołów Podlaskikwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3239/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Sokołów Podlaski (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. „Modernizacja budynku przedszkola w miejscowości Nowa Wieś" (nr ref. IGKOŚiPF.271.2.5.2023).Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 27 września 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00415851. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 30 października 2023 r. wykonawca W. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane-Wykończeniowe W. G. w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Dach-Bud W." M. W. w miejscowości Borki – Paduchy (dalej jako „Dach-Bud")jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu, pomimo istnienia w stosunku do tego podmiotu podstaw do odrzucenia oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt2 lit. a), lit. c) oraz ust. 5 ustawy Pzp polegające na jego niezastosowaniu, tj. na nieodrzuceniu przez Zamawiającego oferty M. W., pomimo przedłożenia przez niego podmiotowych środków dowodowych obarczonych wadami oraz nieaktualnych na dzień zarówno złożenia oferty, jak i wezwania przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
2. art. 239 ust.1 ustawy Pzp polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty M.W., pomimo istnienia w stosunku do tego podmiotu okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty oraz pomimo nieprzedłożenia przez Wykonawcę żądanych przez Zamawiającego środków dowodowych potwierdzających spełnianie przesłanki udziału w postępowaniu przez cały okres postępowania, a nadto pomimo niewskazania przez M. W. stawki roboczogodziny w przedstawionej przez siebie ofercie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty M.W., a także nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący, po przedstawieniu przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia wskazał, iż

oferta wykonawcy Dach-Bud zawiera nieprawidłowości polegające na tym, że oferent ten przedstawił kosztorys ofertowy, który nie posiada określonej stawki roboczogodziny, co z kolei narusza zapisy rozdziału XV. SWZ p.6, zgodnie z którym: „*Ceny jednostkowe oraz wartość robót, określone przez Wykonawcę, zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom. Wyznaczone w kosztorysie wartości mogą być zmienione: - w przypadku cen i stawek jednostkowych – tylko w razie ziszczenia się przesłanki z art. 629 KC; - w przypadku zestawienia planowanych prac – po spełnieniu przesłanek z art. 630 KC.*" W konsekwencji w przypadku na przykład robót dodatkowych, rozbiórkowych lub innych prac, które potencjalnie mogą zaistnieć w toku wykonywania przedmiotu umowy objętej niniejszym postępowaniem, a gdzie pod uwagę jest brana tylko i wyłącznie stawka roboczogodziny po stronie Wykonawcy, Zamawiający nadal nie wie i nie jest w stanie przewidzieć, jaka będzie wartość tychże robót, ponieważ ten parametr nie został wyraźnie określony przez oferenta, co z kolei uniemożliwia odpowiednie przygotowanie inwestycji. W konsekwencji w ocenie Odwołującego to zaniedbanie w treści oferty powoduje jej sprzeczność z wymaganiami SWZ oraz winno skutkować odrzuceniem oferty Dach-Bud na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2) lit. c) oraz ust. 5 ustawy Pzp.

Ponadto w ocenie Odwołującego złożone w toku postępowania przez ww. wykonawcę dokumenty, tj. zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek w ZUS z dnia 24 października 2023 r. nie spełnia wymogów niniejszego postępowania. Wykonawca już w wezwaniu z dnia 12 października 2023 r. został przez Zamawiającego wezwany do złożenia stosownego zaświadczenia z ZUS i w konsekwencji tego wezwania złożył skan zaświadczenia z dnia 4 sierpnia 2023 r. Następnie Wykonawca – wezwany pismem Zamawiającego z dnia 23 października 2023 r. – złożył oświadczenie o niezaleganiu ze składkami aktualne na dzień 24 października 2023 r., które jednak nie potwierdza, że Wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu na datę 12 października 2023 r. lub następne dni wynikające z wezwania Zamawiającego z dnia 12 października 2023 r., zaś złożone przez Wykonawcę zaświadczenie potwierdza jedynie, że Wykonawca nie posiada zaległości składkowych na dzień 24 października 2023 r., co może stanowić podstawę wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z przepisem IX ust.1 p. 2 SIWZ, a konsekwencji odrzucenie oferty Wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na wyroki Izby w sprawach o sygn. akt KIO 482/23, oraz KIO 314/23, podkreślając, że złożone przez Wykonawcę zaświadczenie nie potwierdza spełnienia przesłanki braku zaległości w płatności składek na dzień wynikający z wezwania Zamawiającego z dnia 12 października 2023 r. ani na wcześniejsze dni toczącego się postępowania.

W świetle podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy Pzp oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów tejże ustawy miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów odwołanie pozostaje konieczne i uzasadnione.

Zamawiający w dniu 9 listopada 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający wskazał w szczególności, iż wyrażenie „aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych" należy interpretować razem z przepisami art. 125 ust. 3 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy (Dz.U. poz. 2415). Z przepisu art. 125 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym Wykonawca oświadcza, że nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i tymczasowo zastępuje wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Podmiotowe środki dowodowe są natomiast środkami służącymi potwierdzeniu między innymi brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podmiotowe środki dowodowe wykonawca składa dopiero na wezwanie Zamawiającego (art. 274 ust. 1 ustawy Pzp). Złożone w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, a przez fakt, że złożone podmiotowe środki dowodowe są aktualne na dzień ich złożenia, potwierdzają, że stan braku podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postepowaniu nie uległ zmianie i ma charakter ciągły. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten Wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Zamawiający wskazał w tym zakresie na wyroki KIO z dnia 11 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3753/21, z dnia 13 marca 2020 r., KIO 430/20, z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3477/21. Zamawiający podkreślił ponadto, że wzywając wybranego Wykonawcę do uzupełniania zaświadczeń z ZUS i US nie kwestionował faktu niezalegania ze składkami w ZUS czy US, czyli niespełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający kwestionował formę w jakiej dokumenty zostały złożone, czyli brak prawidłowych podpisów. Wykonawca miał prawo

złożyć zaświadczenia z ZUS i US wystawione z datą po wezwaniu z dnia 23 października 2023 r. i jest ono zdaniem Zamawiającego prawidłowe w świetle obowiązujących przepisów.

Odnosząc się do kwestii braku wskazania przez wykonawcę Dach-Bud stawki roboczogodziny Zamawiający wskazał na Rozdział XV pkt 6, podkreślając, że odnosi się on do sposobu obliczenia ceny, a nie sposobu rozliczania robót, który został określony w § 5 wzoru umowy. Zamawiający podniósł, że nie wymagał nigdzie w kosztorysach, ani w ofercie, aby Wykonawca podał stawkę za roboczogodzinę. Zauważył, że Odwołujący nie wskazał podstawy prawnej, która nakazywałby Zamawiającemu odrzucenie oferty z powodu braku wskazania w kosztorysie stawki roboczogodziny. Sam fakt niewskazania stawki roboczogodziny nie uprawniał Zamawiającego do odrzucenia oferty. Zamawiający podkreślił też, że czynność rozliczenia robót dodatkowych, które nie wiadomo czy w ogóle wystąpią, nie jest czynnością w postępowaniu, a przesłanki odrzucenia oferty nie odnoszą się do etapu odbioru robót i ich końcowego rozliczania.

Zamawiający podniósł ponadto, iż rozliczenie odbywać się będzie na podstawie kosztorysu powykonawczego, sporządzonego po dokonaniu obmiaru robót, opracowanego przez Wykonawcę i zaakceptowanego przez Zamawiającego. Jednak ten sposób nie ma związku ze stawką roboczogodziny. Zamawiający nie określił bowiem szczegółowych zasad sporządzania kosztorysu. Wybrany Wykonawca sporządził kosztorys ofertowy w oparciu o załączone do SWZ przedmiary. Uwzględnił w nim całość robót, wszystkie pozycje z przedmiaru. Pozycje z kosztorysu ofertowego zgadzają się w zakresie nr KNNR, wszystkie pozycje zostały wycenione. Na końcu kosztorysu mamy zastawienie tabelaryczne, które pokazuje także koszty robocizny z podziałem na rodzaje prac. Zamawiający nie wymagał w złączonych przedmiarach podania stawki roboczogodziny. Zamawiający wskazał na § 5 ust. 4 i 10 umowy, wyjaśniając, że rozliczenie powykonawcze będzie zawsze odbywać się na podstawie cen jednostkowych zaoferowanych Inwestorowi w oparciu o rzeczywistą ilość wykonanej pracy. Nawet jeśli Wykonawca nie wskazał na 1 stronie kosztorysu stawki roboczogodziny w kosztorysie ofertowym (bo nie musiał), to na podstawie scalonych pozycji da się ją wyliczyć, jeśli była by ona niezbędna. Ideą rozliczeń powykonawczych są ceny jednostkowe, a nie składowe czynniki, z których się one biorą. Roboczogodzina jest elementem składowym cen jednostkowych podanych w kosztorysie a nie ceną jednostkową, w oparciu o którą strony będą się rozliczały. Wyliczenie stawki roboczogodziny przy przedstawionym przez Wykonawcę kosztorysie ofertowym jest możliwe. Wykonawca wykonał kosztorys w oparciu o dostarczony przedmiar robót stosując podstawy nakładów rzeczowych jak w przedmiarze. Ponadto elementem kosztorysu ofertowego jest tabela elementów scalonych w formacie szczegółowym z rozbiciem na wszystkie składniki cenowe oferty. Z tabeli można odczytać wartość robocizny bezpośredniej, która jest iloczynem ilości roboczogodzin, koniecznych i wyliczonych w programie kosztorysowym w oparciu o katalogi nakładów rzeczowych lub też kalkulacje indywidualne oraz stawki godzinowej jednej roboczogodziny przyjętej do kalkulacji. Aby obliczyć stawkę roboczogodziny przyjętą do kalkulacji wystarczy odczytaną wartość podzielić przez ilość roboczogodzin. Ilość roboczogodzin koniecznych do wykonania prac można skalkulować poprzez przykładowo wprowadzenie pozycji kosztorysowych dla jednego z działów w ilościach przedmiarowych podanych oraz odczytanie z programu ilości godzin skalkulowanych. Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył wydruk z programu do kosztorysowania dla działu 2.1 (posadzki). Ilość roboczogodzin konieczna na wykonanie prac opisanych w tym dziale wynosi 516,687 R-g (zestawienie robocizny), koszt bezpośredni robocizny dla tego działu to 14 542,69 zł. (załącznik nr 2 str. 18 kosztorysu ofertowego) Z tego wynika, że stawka przyjęta do kalkulacji dla tego kosztorysu to 28,15 zł-r-g (14 542,69:516,687).

Podsumowując Zamawiający pokreślił, że nie wymagał podania w kosztorysie stawki roboczogodziny. Roboczogodzina sama w sobie nie stanowi treści oferty nie jest odrębną ceną jednostkową, w oparciu o którą strony będą się rozliczały, a stanowi składową cen jednostkowych. Odwołujący nie wskazał podstawy prawnej z art. 226, która nakazywałaby Zamawiającemu odrzucić ofertę wybranego Wykonawcy z powodu braku stawki roboczogodziny. Przesłanki z art. 226 określające, kiedy oferta podlega odrzuceniu należy interpretować ściśle, a nie rozszerzająco. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego oferta wybranego Wykonawcy nie podlega odrzuceniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Dach-Bud W." M. W. w miejscowości Borki - Paduchy.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Ust. 2 zdanie pierwsze tego przepisu wskazuje, że zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu

odwołanie. Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 31 października 2023 r., w związku z czym ustawowy termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 3 listopada 2023 r. Zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Dach-Bud doręczono Prezesowi Izby w dniu 6 listopada 2023 r., a zatem po upływie ww. terminu zawitego.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu. Wykonawca Dach-Bud wniósł pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia wyłącznie za pośrednictwem poczty elektronicznej, na adres e-mail, przy użyciu którego obsługiwana jest korespondencja Izby, podczas gdy zgodnie z ww. przepisem tego rodzaju droga komunikacji nie została dopuszczona w przypadku odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie wykonawca przekazując przystąpienie drogą mailową nie wskazał żadnych okoliczności, które uprawdopodabniałyby jakiekolwiek problemy techniczne uniemożliwiające przekazanie przystąpienia na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu (ePUAP).

Tym samym zgłoszenie przystąpienia należało uznać za bezskuteczne.

Następnie Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołującyjako wykonawca, który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty wykonawcy najwyżej ocenionego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac budowlanych polegających na modernizacji budynku przedszkola w Nowej Wsi. Zakres prac obejmuje:

a)wykonanie robót budowlanych z zakresu branży konstrukcyjno-budowlanej (roboty przygotowawcze i rozbiórkowe, posadzki, ściany i sufity, stolarka drzwiowa);

b)wykonanie robót budowlanych z zakresu branży sanitarnej (kanalizacja wewnętrzna, instalacja wody zimnej i ciepłej, instalacja ogrzewania i technologia kotłowni);

c)wykonanie robót budowlanych z zakresu branży elektrycznej (zasilanie budynku, rozdzielnie, instalacje gniazd i oświetleniowa, demontaż istniejącej instalacji).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ oraz dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem X pkt 1 SWZ do oferty Wykonawca zobowiązany był dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania - zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ.Zamawiający wskazał, iż informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 1 stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W pkt 3 Zamawiający wskazał, iż wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Wśród podmiotowych środków dowodowych wymieniono m.in. zaświadczenie albo inny dokument właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem.

Zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ wrazz ofertą Wykonawca był zobowiązany złożyć m.in. kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiarów. W Rozdziale XV SWZ wskazano m.in.:

1.Cena ofertowa jest ceną kosztorysową. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740) ten rodzaj wynagrodzenia określa art. 629, 630 oraz 631 w sposób następujący: (…);

2.Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą prowadzone będą w PLN.
3.Każdy z Wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić.
4.Cena za realizację przedmiotu zamówienia ustalana jest na podstawie kosztorysu, czyli zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów ze wskazaniem określonych cen jednostkowych, stawek (np. robocizny) lub jednostek obmiarowych.
5.Wykonawca określi ceny na wszelkie roboty wymienione w przedmiarze robót.
6.Ceny jednostkowe oraz wartość robót, określone przez Wykonawcę, zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom. Wyznaczone w kosztorysie wartości mogą być zmienione: - w przypadku cen i stawek jednostkowych – tylko w razie ziszczenia się przesłanki z art. 629 KC; - w przypadku zestawienia planowanych prac – po spełnieniu przesłanej z art. 630 KC.
7.Rozliczenie między Zamawiającym a Wykonawca odbywać się będzie na podstawie kosztorysu powykonawczego, sporządzonego po dokonaniu obmiaru robót, opracowanego przez Wykonawcę i zaakceptowanego przez Zamawiającego.
8.Wykonawca poda cenę oferty w Formularzu Ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 1 do SWZ. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, sporządzonego na podstawie przedmiarów robót.
(…)
15. Kosztorys ofertowy powinien być zgodny z przedmiarem robót (zał. nr 6) oraz musi być sporządzony według następujących zasad:
a)Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą uproszczoną.
b)Wszystkie pozycje kosztorysu muszą zawierać cenę jednostkową,
c)Cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej musi obejmować wszystkie koszty danej pozycji. Podane ceny jednostkowe nie mogą ulec podwyższeniu w czasie realizacji zamówienia.
d) Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości wszystkich pozycji.
e)Wszystkie wartości oraz ostateczna cena oferty powinny być liczone do dwóch miejsc po przecinku.
f)Wykonawca w kosztorysie ofertowym winien oddzielnie wycenić każdą pozycję wskazaną przez Zamawiającego w przedmiarach robót, przestrzegając zasad dotyczących wyliczenia wartości w każdej pozycji oraz podsumowania kwot ogólnych.
16. Kosztorys ofertowy stanowi integralną część oferty Wykonawcy.

Zgodnie z § 5 ust. 1 projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 5 do SWZ)za wykonanie w całości robót budowlanych, będących przedmiotem umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie kosztorysowe w wysokości ... zł brutto. W ust. 4 wskazano, iż wysokość wynagrodzenia, określonego w ust. 1, ustalona została na podstawie kosztorysu ofertowego, w którym wskazane zostały ceny i stawki jednostkowe w powiązaniu z zestawieniem planowanych robót określonym w przedmiarze robót. Zgodnie z ust. 9 Roboty budowlane zostaną rozliczone powykonawczo na podstawie podpisanego przez Strony protokołu odbioru końcowego robót budowlanych. Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu kosztorys powykonawczy, który będzie podstawą do rozliczenia robót. Zgodnie z ust. 10 podstawą wystawienia faktury końcowej będzie protokół odbioru końcowego robót podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę, zatwierdzony przez inspektora nadzoru inwestorskiego oraz dokumenty rozliczeniowe potwierdzające dokonanie przez Wykonawcę zapłaty w pełnej wysokości zakontraktowanych robót wykonywanych przez Podwykonawców zgodnie z ust. 20. Upoważnia się Wykonawcę do wystawiania faktur VAT bez podpisu odbiorcy. W ust 10 wskazano, iż wykonawca gwarantuje stałość cen jednostkowych za wykonywane roboty.

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert, w tym oferta wykonawcy Dach-Bud z najkorzystniejszą ceną oraz druga w kolejności w kryterium ceny oferta Odwołującego. Wykonawca Dach-Bud wraz z ofertą złożył oświadczenie wstępne o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia zgodnie z wzorem załączonym do SWZ oraz kosztorys ofertowy.

Zamawiający pismem z dnia 13 października 2023 r. wezwał wykonawcę Dach-Bud do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a po ich złożeniu 17 października 2023 r. dokonał wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej

Czynność ta została następnie przez Zamawiającego unieważniona, a Zamawiający pismem z dnia 23 października 2023 r. wezwał wykonawcę Dach-Bud na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. do uzupełnienia aktualnych na dzień składania podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał w szczególności, iż dokumenty przesłane przez wykonawcę za pośrednictwem platformy e-Zamówienia zostały złożone

w formie zeskanowanego pliku pdf opatrzonego podpisem zaufanym pana M. W. z dnia 16.10.2023 r. Zamawiający po dokonaniu weryfikacji dokumentów stwierdził, że zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek z Zakładu ubezpieczeń Społecznych Oddział w Siedlcach z dnia 4.08.2023 r. zostało złożone w nieprawidłowej formie. Dokument został złożony w postaci dokumentu elektronicznego, który został pierwotnie podpisany podpisem elektronicznym, następnie wydrukowany, zeskanowany i opatrzony podpisem osobistym wykonawcy. Taka forma złożenia wymaganych dokumentów uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację prawidłowości złożonych podpisów osób upoważnionych do ich podpisania. Zamawiający wskazał na §6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, podkreślając, że jeżeli dokument został wydany jako dokument elektroniczny to należy przekazać taki właśnie dokument opatrzony w przypadku przedmiotowego postępowania podpisem kwalifikowalnym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym przez osobę wystawiającą dokument, czyli pracownika ZUS.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Dach-Bud złożył zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez ZUS Oddział w Siedlcach w dniu 24 października 2023 r., potwierdzające, iż według stanu na dzień 24 października 2023 r. płatnik składek nie posiada wymagalnych zaległości.

Zamawiający w dniu 25 października 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Dach-Bud jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za bezzasadne uznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c), art. 226 ust. 5 i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono, należy wskazać, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub (…) c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W zakresie zarzutów związanych ze złożeniem przez wykonawcę Dach-Bud nieprawidłowego zaświadczenia z ZUS oniezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, Izba stwierdziła, iż stanowisko Odwołującego opierało się na twierdzeniu, że zaświadczenie wydane w dniu 24 października 2023 r. potwierdza jedynie, że Wykonawca nie posiada zaległości składkowych na ten dzień, a nie potwierdza, że Wykonawca nie podlegał wykluczeniu na datę 12 października 2023 r. lub następne dni wynikające z wezwania Zamawiającego z dnia 12 października 2023 r. Argumentację taką należy uznać za chybioną.

Nie znajduje ona oparcia w przepisach ustawy Pzp, która w odniesieniu do podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie wprost wskazuje, że należy przedstawić dokumenty aktualne na dzień złożenia. Dotyczy to zarówno wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp (przepis ten stanowi, iż zamawiający wzywa 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), jak i wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp, w sytuacji kiedy podmiotowe środki dowodowe nie zostały złożone, są niekompletne lub zawierają błędy (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.).

W orzecznictwie jednolicie wskazuje się, że za wystarczające w obecnym stanie prawnym należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania ofert, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, potwierdzające brak podstaw wykluczenia, co do której to okoliczności wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie. Dokumenty „aktualne" to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Przepisy ustawy Pzp uwypuklają konieczność oceny sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji, ustawa daje zamawiającym także uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Posiadanie przez wykonawcę właściwej sytuacji podmiotowej weryfikuje się na początku postępowania poprzez oświadczenie wstępne, następnie zaś żąda się dowodów potwierdzających prawdziwość oświadczenia wstępnego, aktualnych na dzień złożenia, a zatem dowodów, które mogą być datowane na dzień późniejszy niż termin składania ofert czy – jak w rozpoznawanej sprawie – również na dzień późniejszy niż wcześniejsze skierowane do wykonawcy na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie. Ocena aktualności danego podmiotowego środka dowodowego zależeć będzie od jego rodzaju i treści i winna być dokonywana w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów, w tym Rozporządzenia . Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających brak podstaw wykluczenia na ten dzień, tworzy pewnego rodzaju domniemanie, że stan ten trwa przez cały czas trwania postępowania, od dnia złożenia wraz z ofertą oświadczenia wstępnego. Natomiast istotne jest to, że treść podmiotowych środków dowodowych - niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp (lub odpowiednio art. 274 ust. 1 ustawy Pzp) czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - nie może podważać okoliczności wynikających z oświadczenia wstępnego.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, iż skoro wykonawca Dach-Bud został wezwany przez Zamawiającego pismem z dnia 23 października 2023 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp „do uzupełnienia aktualnych na dzień składania podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat" to zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 2 ustawy Pzp powinien złożyć dokumenty aktualne na dzień ich złożenia, czyli potwierdzające jego bieżącą sytuację podmiotową. Wykonawca mógł posłużyć się zarówno wcześniej pozyskanymi dokumentami (o ile pozostawałyby one aktualne, czyli potwierdzały bieżącą sytuacje podmiotową wykonawcy i mieściły się w okresie czasowym wymaganym rozporządzeniem), jak i dokumentami wystawionymi po dacie wezwania. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby wykonawca Dach-Bud złożył zaświadczenie wystawione po dniu otrzymania wezwania z dnia 23 października 2023 r., tj. zaświadczenie z dnia 24 października 2023 r. Odwołujący nie wskazał z czego wywodzi obowiązek złożenia dokumentów, które odnosiłyby się w swej treści bezpośrednio do stanu istniejącego w dacie pierwszego wezwania wystosowanego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp czy do okresu, jaki nastąpił między jednym a drugim wezwaniem (tj. między 12 a 23 października 2023 r.). Tego rodzaju obowiązek nie wynika z przepisów ustawy Pzp.

Zaświadczenie z ZUS złożone przez wykonawcę Dach-Bud w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 października 2023 r. nie podważa okoliczności wskazanej przez ww. wykonawcę w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu wstępnym, tj. że wobec Dach-Bud nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania. Potwierdza ono, że również obecnie wykonawca nie posiada zaległości w uiszczaniu należności publicznoprawnych, tak jak oświadczył to składając ofertę. Przy czym zauważyć należy, że Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie podnosił, że wykonawca Dach-Bud zalegał w którymkolwiek momencie z opłacaniem wymaganych należności, nie podjął próby wykazania, iż pomiędzy datą złożenia przez wykonawcę Dach-Bud oświadczenia wstępnego, a datą wystawienia aktualnego zaświadczenia z ZUS sytuacja podmiotowa wykonawcy mogła się zmienić. Mając to na uwadze brak jest jakichkolwiek podstaw do poddania w wątpliwość okoliczności wynikających ze złożonych w postępowaniu przez Dach-Bud oświadczeń i dokumentów, tj., że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej braku podania przez wykonawcę Dach-Bud stawki roboczogodziny w przedstawionej ofercie, w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, iż w treści odwołania w ogóle nie wyjaśniono z czego Odwołujący tak naprawdę wywodzi obowiązek podania w ofercie informacji co do przyjętej stawki roboczogodziny. Odwołujący powołał się jedynie na postanowienie rozdziału XV pkt 6 SWZ, z którego jednak tego rodzaju obowiązek nie wynika. Ww. punkt SWZ wskazuje, że *„ceny jednostkowe oraz wartość robót, określone przez Wykonawcę, zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom. Wyznaczone w kosztorysie wartości mogą być zmienione: - w przypadku cen i stawek jednostkowych – tylko w razie ziszczenia się przesłanki z art. 629 KC; - w przypadku zestawienia planowanych prac – po spełnieniu przesłanej z art. 630 KC".* Regulacja ta nie odnosi się w ogóle do konieczności wyodrębnienia w ofercie stawki roboczogodziny. Również żadne inne postanowienia SWZ takiego obowiązku nie konstytuują. Ani Rozdział XV SWZ określający sposób obliczenia ceny nie zawiera postanowień,

które nakładałyby na wykonawców taki obowiązek, ani formularz ofertowy nie zawiera pola do wskazania takich informacji. SWZ nie wskazuje także, aby informacja taka była informacją bezwzględnie wymaganą do podania w kosztorysie ofertowym. W zakresie samego kosztorysu Zamawiający w SWZ wskazał, iż ma to być kosztorys sporządzany metodą uproszczoną, na podstawie przedmiaru robót załączonego do SWZ, wszystkie pozycje kosztorysu muszą zawierać cenę jednostkową, a cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej musi obejmować wszystkie koszty danej pozycji. Podane ceny jednostkowe nie mogą ulec podwyższeniu w czasie realizacji zamówienia. (por. Rozdział XV pkt 15 SWZ). Z powyższego nie sposób wywieść obowiązku podania przyjętej stawki roboczogodziny, na który wskazywał Odwołujący.

Izba podkreśla, iż niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp materializuje się wyłącznie w przypadku, gdy w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i jednoznaczny określono wymagania, którym treść oferty w sposób oczywisty i niewątpliwy nie odpowiada. W rozpoznawanie sprawie Odwołujący nie wskazał wymagania, któremu oferta wykonawcy Dach-Bud miałaby nie odpowiadać. W SWZ nie przewidziano obowiązku podania przez wykonawców w ofercie lub jej załącznikach informacji o przyjętej stawce roboczogodziny. Słusznie także zwrócił uwagę Zamawiający, iż również projektowane postanowienia umowy do takiej stawki się nie odwołują, lecz do cen jednostkowych podawanych w kosztorysie składanym wraz z ofertą. Uzupełniająco należy dodać, iż Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie odparł w żaden sposób stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, który szczegółowo omówił wynikające z SWZ wymagania co do sposobu obliczenia ceny, sposobu rozliczeń i kosztorysów wymaganych od wykonawców. Odwołujący nie zakwestionował także twierdzeń Zamawiającego, iż w oparciu o dane zawarte w kosztorysie załączonym do oferty wykonawcy Dach-Bud oraz dokumenty zamówienia możliwe jest ustalenie przyjętej stawki roboczogodziny, co Zamawiający potwierdził własnymi wyliczeniami (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie).

W tym stanie rzeczy nie sposób stwierdzić, iż Odwołujący wykazał zasadność stawianych zarzutów.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: ……