Sygn. akt KIO 2097/23

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska
Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 31 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez wykonawcę **ECO-TEAM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Rędziny**
przy udziale
wykonawcy **EKO-ON Sp. z o.oz siedzibą w Libertowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3, nr 4 i nr 5 w petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oferty wykonawcy **EKO-ON Sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie**
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **ECO-TEAM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Częstochowie w części 1/2** oraz zamawiającego **Gminę Rędziny w części 1/2** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **6 800 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania

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

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 2097/23

UZASADNIENIE:

Gmina Rędziny (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii na obszarze gminy Rędziny" – wg formuły: zaprojektuj i wybuduj w ramach programu: „Budowa instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii na obszarze gmin: Rędziny i Mstów", znak sprawy: ZP.271.03.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 kwietnia 2023 pod numerem: 2023/BZP 00188686.

W postępowaniu tym wykonawca ECO-TEAM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Częstochowie (dalej „Odwołujący") 17 lipca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EKO-ON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością /dalej: „EKO-ON/ mimo, iż oferta ta powinna zostać odrzucona w niniejszym postępowaniu, jako niezgodna z ustawą prawo zamówień publicznych oraz kodeksem cywilnym, jako niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, oraz jako stanowiąca w konsekwencji czyn nieuczciwej konkurencji;
2. zaniechania Zamawiającego polegającego na nieodrzuceniu oferty wykonawcy EKO – ON z postępowania pomimo że oferta ta w swej treści wraz ze złożonymi wyjaśnieniami co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 26 dni, będącym jednocześnie kryterium oceny ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia, następczo powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 266 ustawy PZP;

3.zaniechania Zamawiającego polegającego na nieodrzuceniu oferty wykonawcy EKO – ON z postępowania pomimo że oferta ta w swej treści wraz ze złożonymi wyjaśnieniami co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 26 dni, będącym jednocześnie kryterium oceny ofert jest niezgodna z ustawą Prawo Zamówień Publicznych i Kodeksem Cywilnym jako będąca podstawą do zawarcia następczo umowy o świadczenie niemożliwe, przez co powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 3 i 4 w zw. z art. 266 ustawy PZP w zw. z art. 387 par. 1 k.c. w zw. z art. 8 ustawy PZP

4.zaniechania Zamawiającego polegającego na nieodrzuceniu oferty wykonawcy EKO – ON z postępowania pomimo że oferta ta w swej treści wraz ze złożonymi wyjaśnieniami co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 26 dni, będącym jednocześnie kryterium oceny ofert jest złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albowiem niemożliwy do realizacji termin zamówienia został podany w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów przez Wykonawcę, który ma świadomość, iż nawet w obliczu postanowień wzoru umowy, termin taki nie może być dochowany, przez co oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 266 ustawy PZP;

5.dokonanie faktycznej modyfikacji treści wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ co do terminów działań Zamawiającego określonych w tej umowy w toku jej realizacji, przez wybór oferty w terminem realizacji wskazanym na 26 dni mimo, iż taki termin nie uwzględnia terminów określonych dla Zamawiającego na poszczególne działania i tym samym naruszenie art. 286 ust. 1 ustawy PZP przez zmianę treści SWZ po terminie składania ofert

6.w konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w tym również zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy PZP wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona w postępowaniu, a zatem nie powinna podlegać ocenie i otrzymać punktów;

2.art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 266 ustawy PZP poprzez zaniechanie Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy EKO – ON z postępowania pomimo że oferta ta w swej treści wraz ze złożonymi wyjaśnieniami co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 26 dni, będącym jednocześnie kryterium oceny ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia,

3.art. 226 ust. 1 pkt. 3 i 4 w zw. z art. 266 ustawy PZP w zw. z art. 387 par. 1 k.c. w zw. z art. 8 ustawy PZP wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy EKO – ON z postępowania pomimo że oferta ta w swej treści wraz ze złożonymi wyjaśnieniami co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 26 dni, będącym jednocześnie kryterium oceny ofert jest niezgodna z ustawą Prawo Zamówień Publicznych i Kodeksem Cywilnym jako będąca podstawą do zawarcia następczo umowy o świadczenie niemożliwe

4.art. 226 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 266 ustawy PZP w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EKO – ON z postępowania pomimo że oferta ta w swej treści wraz ze złożonymi wyjaśnieniami co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 26 dni, będącym jednocześnie kryterium oceny ofert jest złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albowiem niemożliwy do realizacji termin zamówienia został podany w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów przez Wykonawcę, który ma świadomość, iż nawet w obliczu postanowień wzoru umowy, termin taki nie może być dochowany,

5.w konsekwencji powyższego Zamawiający zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy EKO-ON i wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej naruszył art. 16 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP, tj. dokonał wyboru oferty naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wybierając ofertę niezgodnie z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

6.naruszenie art. 286 ust. 1 ustawy PZP przez zmianę treści SWZ po terminie składania ofert przez faktyczną zmianę terminów dokonywania poszczególnych czynności w toku realizacji umowy przez samego Zamawiającego i dopuszczenie krótszych terminów niż wskazane we wzorze umowy, stanowiącym dokument zamówienia i integralną treść SWZ, do której postanowień odnosili się inni wykonawcy deklarując terminy realizacji Zamówienia uwzględniające minimalne terminy działań Zamawiającego wskazane we wzorze umowy.

Odwołujący wniósł o:

1.unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej ofert Wykonawcy Eko – On sp. z o.o.

2.odrzucenie oferty Wykonawcy Eko – On na podstawie art. 226 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 266 ustawy PZP w zw. z art. 387 k.c. w zw. z art. 8 ustawy PZP, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 ustawy PZP, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 266 ustawy PZP

3.nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach postępowania i wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Eco – Team sp. z o.o. sp.k., zgodnie z przepisami prawa i z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, a także z zachowaniem zasad przejrzystości.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zamawiający wskazał w SWZ w rozdziale 18 dwa kryteria oceny ofert, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej: cena ryczałtowa brutto oferty oraz termin wykonania.

Wykonawca Eko – On sp. z o.o. określił w swojej ofercie termin wykonania przedmiotu zamówienia na 26 dni od dnia podpisania umowy. Taki termin jest terminem nierealnym do spełnienia, a w konsekwencji oferta została złożona jako niezgodna z przepisami ustawy oraz jest to oferta nieważna, bowiem efektem jej złożenia i wyboru jako najkorzystniejszej tej oferty staje się ryzyko podpisania przez Zamawiającego umowy obarczonej nieważnością na podstawie art. 387 par. 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy PZP.

Odwołujący wskazuje, że warunki realizacji zamówienia, w tym poszczególne terminy realizacji kolejnych etapów robót objętych umową zostały wskazane jako wiążące dla stron postępowania w załączniku nr 9 do SWZ – tj. projekcie umowy i nie podlegały zmianie przed terminem składania ofert.

Należy zaznaczyć, że na te główne etapy realizacji prac składa się m.in.:

1. protokolarne przekazanie Wykonawcy kompletu dokumentów do 15 dni od dnia podpisania umowy (par. 8 ust. 1.1 projektu umowy) – przy czym możliwe jest dokonywanie zmian przez Zamawiającego w lokalizacjach instalacji (termin na który wykonawca nie ma wpływu)
2. przygotowanie harmonogramu realizacji robót – do 7 dni od daty podpisania umowy (termin na który wykonawca ma wpływ)
3. wykonanie inwentaryzacji poszczególnych lokalizacji wykonania robót – par. 4 ust. 2.1. projektu umowy;
4. przygotowanie 102 kompletów dokumentacji projektowej (oddzielne projekty dla każdej inwestycji) – par. 6 ust. 4 projektu umowy z terminem odbioru dokumentacji projektowej wyznaczonym dla Zamawiającego – 14 dni od dnia otrzymania kompletu dokumentów.
5. Zgodnie z par. 6 ust. 5 – Zamawiający w przypadku stwierdzenia wad w dokumentacji wyznaczy termin na ich usunięcie – nie krótszy niż 14 dni
6. Wykonanie instalacji – do 3 dni w każdej lokalizacji z terminem odbioru wyznaczanym przez Inspektora Nadzoru nie dłuższym niż 14 dni od dnia zgłoszenia gotowości robót do odbioru, przy czym w przypadku wystąpienia wad lub innych naruszeń terminy te biegną ponownie par. 6 ust. 17-22 projektu umowy
7. Odbiór końcowy – z udziałem komisji odbiorowej w terminie ustalonym w umowie par. 6 ust. 26 projektu umowy – przy czym zgodnie z par. 7 ust. 2 dniem wykonania przedmiotu umowy jest dzień podpisania protokołu odbioru końcowego robót. Termin odbioru wskazano na „do 10 dni od daty zgłoszenia przez Wykonawcę i potwierdzenia prawidłowości i gotowości wykonanych robót do odbioru przez Inspektora Nadzoru (par. 15 ust. 2 projektu umowy), a sam odbiór może zgodnie z projektem umowy trwać do 5 dni roboczych

Wszystkie wskazane wyżej terminy – oznaczone pogrubieniem są to terminy, które są wyznaczone dla Zamawiającego na wykonanie poszczególnych czynności. Zamawiający oczywiście nie musi trzymać się najdłuższych terminów, jednakże tak określone terminy musiały być wzięte pod uwagę przy ustalaniu w ofercie możliwego terminu realizacji prac. Zamawiający ma uprawnienie do tego by realizować swój zakres obowiązków umownych w terminach wskazanych w umowie. Z terminów tych wynika przede wszystkim, że już na początku – od momentu podpisania umowy może minąć do 15 dni zanim Zamawiający przekaże Wykonawcom kompletne dokumenty do wykonania pierwszych inwentaryzacji i nikt zamawiającemu nie może nakazać szybszego działania. Na dokumenty te składają się między innymi określenia lokalizacji inwestycji ze wskazaniem osób z którymi wykonawca ma się kontaktować w celu wykonania inwentaryzacji. Wykonawca musi więc zakładać, że dopiero po 15 dniach otrzyma wyjściową do udania się do lokalizacji celem wykonania inwentaryzacji. Po inwentaryzacji wykonawca zobligowany jest wykonać projekty i następnie musi przyjąć, że Zamawiający ma 14 dni na ich przyjęcie bądź zgłoszenie do nich uwag. Każdy odbiór instalacji może trwać do 14 dni od dnia zgłoszenia gotowości do odbioru poszczególnych robót, a dopiero po zakończeniu wszystkich odbiorów rozpocznie się odbiór końcowy inwestycji, który może być wyznaczony na 10 dni od zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego. Komisja ma 5 dni na dokonanie odbioru końcowego.

Powyższe terminy pokazują, iż nie licząc samej pracy wykonawcy kolejno podczas inwentaryzacji, przygotowywania projektów i wykonywania instalacji czas trwania czynności po stronie Zamawiającego to zgodnie z umową 58 dni. Takie założenie powoduje, iż z samej istoty wykonanie umowy w terminie 26 dni nie mogło być zakładane i nie mogło być podstawą do uznania, że oferta jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie terminu jej realizacji.

Każdy z wykonawców brał pod uwagę tak ustalone umową terminy, bo zostały one określone przez Zamawiającego jako elementy opisu realizacji umowy i znalazły się w wiążącym strony dokumencie w postaci projektu umowy. Tym samym

już samo to wyliczenie terminów z umowy powoduje, iż jednoznacznym jest, że wykonawca nie wziął tych terminów pod uwagę, narzucając niejako Zamawiającemu bliżej nieokreślone krótsze terminy wykonywania przez Zamawiającego poszczególnych wskazanych wyżej terminów. Zamawiający określił zapewne terminy w umowie mając na względzie swoje „moce osobowe" do wykonania rzetelnie wszystkich czynności jakie leżą po jego stronie i służą do kontroli realizowanej umowy, a także przygotowania niezbędnej dokumentacji.
Uznanie, iż terminy te nie powinny być brane pod uwagę (co zdaje się uczynił Zamawiający) powodują, iż dochodzi wprost do nierównego traktowania wykonawców i fikcji w ustalaniu terminów przez Zamawiającego. Dopuszczając termin realizacji zamówienia jako możliwy na 26 dni Zamawiający faktycznie dokonał modyfikacji swoich założeń już po terminie składania ofert, a zatem po terminie w którym inni wykonawcy określili terminy realizacji umowy z uwzględnieniem terminów ustalonych dla Zamawiającego na jego pracę. Jeśli Zamawiający przewidywał i założył przy ocenie ofert krótsze terminy niż wskazane w projekcie umowy to wprost zmienił wymagania określone w projekcie umowy zmieniając założenia SWZ po terminie składania ofert naruszając tym samym art. 286 ust. 1 ustawy PZP i naruszając zasadę równego traktowania Wykonawców.
Zamawiający powziął duże wątpliwości co do terminu oferowanego przez Wykonawcę Eko – On sp. z o.o. bowiem kilkukrotnie wzywał tego wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty co do wskazanego terminu realizacji zamówienia. Wykonawca Eko – On w kolejnych pismach wyjaśniał założenia przyjętego terminu wskazując, że dysponuje wieloma osobami do realizacji umowy, w tym projektantami, ekipami montażowymi. Nie jest to jednak żaden wyjątek od działalności innych podmiotów w tym odwołującego, który również ma duży zasób osobowy, a jednak z ilości instalacji 102 kompletów nie ma dla niego możliwości by przy zachowaniu również terminów przyjętych w umowie dla Zamawiającego wykonać instalacje w 26 dni z przeprowadzeniem wszystkich odbiorów.
W wyjaśnieniach, firma Eko-On podała, że audyty techniczne wykona w terminie 2 dni, dokumentację projektową w terminie 3 dni, montaż instalacji w terminie 7 dni, geodeta wykonana inwentaryzację geodezyjną w terminie 1 dnia łącznie 13 dni realizacji wobec zadeklarowanej ilości 26 dni.
Wskazane terminy realizacji są nierealne co zresztą potwierdza sam oferent podjąć w wyjaśnieniach że podobną ilość instalacji wykonywał na ternie gminy Siemień. Należy zaznaczyć, że na terenie gminy Siemień było do wykonania 119 instalacji w terminie 49 dni co daje średnio 2,4 instalacji dziennie. Odnosząc to do realizacji w Rędzinach należałoby przyjąć że Wykonawca powyższym przykładem potwierdził, że jest w stanie zamontować 102 instalacje w 42 dni a nie jak wskazał w wyjaśnieniach w 7 dni. Co ważne inwestycja na terenie gminy Siemień którą przywołuje w wyjaśnieniach firma Eko-On nie obejmowała etapu projektowania tak jak ma to miejsce w Rędzinach stąd próba uwiarygodnienia wyliczeń poprzez podanie inwestycji w Siemieniu jest nieudolna i nic nie potwierdza. Wykonawca przywołuje również inwestycję, którą prowadzi równolegle na ternie Gminy Mstów tutaj inwestycja obejmuje wykonanie 173 instalacji wraz z zaprojektowaniem przy czym termin realizacji został określony jako 10 miesięcy. Tym samym ten przykład inwestycji również nie potwierdza możliwości wykonania inwestycji w Rędzinach w terminie 26 dni. W swoich wyjaśnieniach firma nie uwzględniła okresów jakie ma Zamawiający na czynności jakie musi on podejmować w trakcie realizacji. Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do ciągłego na bieżąco obowiązkowego dokonywania uzgodnień w zakresie akceptacji rozwiązań projektowych. Nie sposób założyć, że w terminie 3 dni Zamawiający zaakceptuje 102 lokalizacje. Sam proces projektowania wymaga od strony Wykonawcy analizy danych pobranych w trakcie inwentaryzacji, dokonania obliczeń i doborów poszczególnych indywidualnych rozwiązań dla budynków, wykonania części rysunkowej adekwatnej do stanu zastanego, oraz konsultowania tych rozwiązań z Zamawiającym. Zamawiający w umowie postawił wysokie wymagania w zakresie sporządzanej dokumentacji która zgodnie z par.3 ust. 13 ma zawierać STWiOR, plan BIOZ, przedmiary robót, obliczenia, kosztorysy kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych, instrukcję obsługi instalacji (zgodnie z par.3 pkt.5 umowy), zgodnie z zapisami PFU dokumentacja musi zawierać:
− lokalizację urządzeń istotnych z punktu widzenia mikroinstalacji,
− schemat instalacji,
− opis proponowanych rozwiązań dla danego Użytkownika,
− akceptację proponowanych rozwiązań ze strony Użytkownika,
− projekt technologiczny instalacji stałoprądowej modułów PV. Ponadto dokumentacja ta powinna zawierać dobór odpowiednich zabezpieczeń i przekrojów przewodów w celu zapewnienia maksymalnej sprawności i niezawodności całego układu,
− projekt technologiczny instalacji zmiennoprądowej. Projekt ten winien zawierać, odpowiednie zabezpieczenia, sposób wpięcia w lokalną instalację elektryczną. Podstawowym założeniem jest produkcja energii na potrzeby własne,
− symulacje pracy instalacji fotowoltaicznej
− uzyskanie niezbędnych uzgodnień i pozwoleń (jeśli są wymagane),
− kompletna dokumentacja musi zostać sporządzona w co najmniej 2 egzemplarzach.
Nie sposób przyjąć, że dziennie Wykonawca jest w stanie wykonać takich dokumentacji 34 nawet przy udziale 3

projektantów. Realny czas wykonania takich opracowań wynosi 3 instalacje dziennie możliwe do wykonania przez jednego projektanta co przy uwzględnieniu 3 projektantów daje min. 12 dni, uwzględniając akceptację przyjętych rozwiązań i konieczności dokonania odbioru całości sporządzonej dokumentacji w terminie wskazanym w par.6 pkt.3,4 umowy tj. 14 dni, należy uznać, że proces projektowania i akceptacji dokumentacji projektowej na podstawie której należy dokonać montaży może zakończyć się w terminie 12+14= 26 dni. Uwzględniając realny czas montażu w ilości 42 dni daje nam to łącznie 26+42 = 68 dni.

Za termin wykonania zadania uznaje się zgodnie z par.7 pkt.2 umowy datę podpisania protokołu odbioru końcowego. W wyliczeniach wykonawcy Eko-On również nie zostały uwzględnione terminy jakie ma Zamawiający na dokonanie odbiorów gdzie zgodnie z par.6 pkt.17 na poszczególne odbiory Zamawiający ma 14 dni a na odbiór końcowy 10 dni zgodnie z par.15 pkt.4 umowy. Zakładając nawet, że sukcesywnie po montażach będą dokonywane odbiory instalacji i termin 14 dni będzie pokrywał się z terminem realizacji określonym według realnych obliczeń na 42 dni to uwzględniając 10 dni jakie ma zamawiający na odbiór końcowy termin realizacji wynosi 68+10 = 78 dni a więc jest to termin 3 krotnie dłuży aniżeli wskazany w ofercie. Warto zaznaczyć że firma nie uwzględniła w swych wyjaśnieniach nie tylko terminów jakie ma Zamawiający w umowie ale również takich czynności jak dokonanie zgłoszenia instalacji do dystrybutora sieci , obowiązku przygotowania dokumentów technicznych koniecznych do zgłoszenia instalacji w tym pozyskiwania od mieszkańców pełnomocnictw kompletowania dokumentów, dokonywania zgłoszeń oraz wyjaśniania z dystrybutorem kwestii formalnych uniemożliwiających dokonania stosownego zgłoszenia.

Warto zaznaczyć, że Wykonawca nie uwzględnił również możliwości wprowadzenia zmian w liście jakie zastrzegł sobie Zamawiający w umowie par.2 pkt.9 co również wydłuża proces projektowania. Co do kompletowania urządzeń dostawy mogą zostać zamówione dopiero po wykonaniu doborów konstrukcji, zabezpieczeń przekrojów kabli ustalanych indywidualnie w dokumentacjach. Żaden z producentów urządzeń i osprzętu nie jest w stanie dostarczyć materiału na drugi dzień. Równocześnie zgodnie z zapisami umowy po dostarczeniu dokumentacji wraz z kartami może dojść do konieczności wnoszenia uwag przez inspektora w przypadku gdy jakieś materiały nie będą spełniać zapisów PFU w tym przypadku zgodnie z umową par.6 ust.7 zostają wstrzymane terminy na dokonanie odbioru dokumentacji projektowej.

Patrząc na powyższe w ocenie Odwołującego przyjęty termin realizacji zamówienia od momentu podpisania umowy do momentu dokonania odbioru końcowego jest terminem niemożliwym do zrealizowania. Tym samym oferta Wykonawcy zmierza do zawarcia umowy nieważnej na podstawie przepisów kodeksu cywilnego tj. art. 387 par. 1 k.c. zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Tak złożona oferta pozostaje niezgodna z przepisami ustawy, ale też jest nieważna jako przedpole do zawarcia następczo nieważnej umowy.

Wskazane działanie Wykonawcy Eko – On sp. z o.o. należy również rozważać w kategoriach działania, które stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego Wykonawca ma świadomość niemożliwości wykonania zamówienia w tak krótkim czasie, a działaniem polegającym na ustaleniu tak krótkiego terminu realizacji inwestycji doprowadził do uzyskania w kryterium terminu wykonania maksymalnej liczby punktów zawyżając jednocześnie cenę za realizację umowy. Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca niewątpliwie składając ofertę z nierealnym terminem realizacji zamówienia ograniczył każdemu innemu wykonawcy możliwość uzyskania zamówienia, bowiem każdy z wykonawców brał pod uwagę realność wykonania inwestycji, jednakże terminy wszystkich pozostałych wykonawców były do siebie zbliżone.

W złożonej pismem z 27 lipca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Odnosząc się do zarzutu niezgodności z ustawą Pzp i ustawą - Kodeks cywilny Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Z faktyczną niemożliwością świadczenia mamy do czynienia wtedy, gdy z uwagi na jego właściwości oraz techniczne możliwości jego spełnienia, nikt nie jest w stanie spełnić takiego świadczenia zgodnie z treścią zobowiązania nawet wtedy, gdyby poniósł koszty znacznie przekraczające korzyści, których osiągnięcie było społeczno - gospodarczym celem danego zobowiązania (tak K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 31, Warszawa 2023). Tak rozumiana niemożliwość świadczenia nie zachodzi w przypadku zawarcia umowy na podstawie oferty wykonawcy EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie.

Przy zaangażowaniu zasobów wskazanych w wyjaśnieniach tego wykonawcy, o czym mowa poniżej (a w kontekście powołanego wyżej rozumienia niemożliwości świadczenia zasobów praktycznie nieograniczonych) brak jest możliwości uznania, że mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym. Co jednak najistotniejsze, niezależnie od powyższego, art. 387 § 1 k.c. odnosi się jedynie do niemożliwości w ogóle spełnienia określonego świadczenia (niemożliwości natury substancjonalnej). Dopuszczalność stosowania art. 387 § 1 k.c. w przypadku, gdy niemożliwe jest zachowanie terminu spełnienia określonego świadczenia, została odrzucona przez Sąd Najwyższy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 22.04.2010 r. V CSK 379/09).

Czas realizacji zamówienia nie odnosi się do samej istoty świadczenia, zatem niezależnie od tego, jak będzie krótki, nie może wpływać na ocenę możliwości świadczenia.
Stanowisko powyższe zostało również potwierdzone w orzeczeniach Izby. Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2020r. w sprawie o sygn. akt KIO 2932/20. W ocenie Zamawiającego, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 8 PZP, jest całkowicie chybiony.
W zakresie podnoszonej przez Odwołującego niezgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia. We wskazanym zakresie Zamawiający uznał termin zawarty w ofercie EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie wraz z wyjaśnieniami tego wykonawcy za realny z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia.
Zgodnie z treścią wyjaśnień wykonawcy EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie: „Audyty techniczne będą wykonywane przez sześciu pracowników (...) Na podstawie realizacji podobnych projektów możemy określić, że każdy z audytorów bez problemu dokona 10 wizji lokalnych dziennie. Pozwala to w łatwy sposób założyć, że inwentaryzacja potrwa maksymalnie dwa dni. Mamy również możliwość zwiększenia ilości osób do realizacji tego etapu prac (...)
Dokumentacja projektowa będzie sporządzana przez dział projektowy naszej firmy, z którego do wykonania projektów instalacji oddelegowanych zostanie trzech projektantów. Uwzględniając fakt, że materiały z audytów technicznych będą wysyłane na bieżąco drogą elektroniczną, proces projektowania rozpocznie się równolegle z pierwszymi audytami technicznymi. Do kompletowania i sprawdzania dokumentacji w wersji papierowej oddelegowane zostaną dodatkowo dwie osoby. Przewidziany czas na wykonanie części projektowej to 3 dni. W razie potrzeby mamy możliwość zwiększenia ilości osób do realizacji tego etapu prac (…)
Do realizacji prac montażowych oddelegowanych będzie dziesięć ekip montażowych. Z uwagi na małe moce poszczególnych instalacji oraz niski stopień ich skomplikowania możemy założyć, że każda z ekip będzie wykonywać 1 - 3 instalacji dziennie. Prace montażowe powinny trwać od 7 do 9 dni (…)
Magazyn na wszelkie materiały montażowe zostanie wynajęty na terenie Gminy Rędziny lub sąsiedniej Gminy Mstów, skąd ekipy będą odbierały gotowe zestawy materiałów do montażu konkretnych instalacji, co znacząco usprawni logistycznie wszystkie prace (...)
Pomiary i uruchomienia instalacji wykonywane będą najpóźniej następnego dnia po zakończeniu prac montażowych (...)
Pomiary geodezyjne na instalacjach gruntowych zostaną wykonane w dniu montażu lub dnia następnego po zamontowaniu instalacji. Geodeta, po naniesieniu zmian, na wcześniej uzyskane mapy geodezyjne (jeden dzień) przedstawi oświadczenie wykonania inwentaryzacji i złożenia map w odpowiedniej jednostce Inwestorowi."
Jednocześnie w zakresie okresu sprawdzania dokumentacji projektowej przez Zamawiającego i odbioru robót wykonawca wyjaśnił, że „dołożymy wszelkich starań z naszej strony, aby ułatwić te procesy Inspektorowi Nadzoru oraz Zamawiającemu poprzez opracowanie w porozumieniu z Inspektorem wzoru dokumentacji, według którego wykonane będą wszystkie projekty oraz bieżącego informowania każdej ze stron o postępach prac montażowych. Dzięki temu znacząco usprawnimy prace mające na celu ocenę wykonanych prac, co pozwoli na zaoszczędzenie dużej ilości czasu".
Jednocześnie wykonawca wskazał, że „Wykonawca na chwilę obecną może zamówić sprzęt od ręki, z uwagi na długoletnią współpracę z Dostawcami jak również Dystrybutorami, jest to kluczowym aspektem przy planowaniu realizacji powyższego zadania."
W wyjaśnieniach wykonawca EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie wskazuje konkretną liczbę osób i brygad oddelegowanych do realizacji zamówienia, podając jednocześnie czas realizacji poszczególnych etapów.
Należy jednocześnie wskazać, że przedstawiane przez tego wykonawcę terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia, wbrew twierdzeniom Odwołującego, są realne, gdyż przedmiot zamówienia (mimo różnych lokalizacji) jest powtarzalny.
Odwołujący podnosi, że są to terminy nierealne, jednak, po pierwsze, nie wykazuje tego w żaden sposób, a po drugie, zdaje się pomijać fakt, że zadeklarowana przez wykonawcę ilość osób do realizacji zamówienia, zgodnie z treścią złożonych wyjaśnień, może zostać zwiększona w razie potrzeby.
Ponieważ cena zaoferowana przez wykonawcę EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie jest wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego o prawie 900 tys. zł, daje to wykonawcy, którego oferta została wybrana, większe możliwości zwiększenia zasobów do realizacji zamówienia.
W tym kontekście twierdzenie Odwołującego, że sytuacja tego wykonawcy nie różni się od sytuacji odwołującego w zakresie zasobów do realizacji zamówienia, jest całkowicie błędne.
Przewidywane zaangażowanie kosztowe i osobowe w wykonanie umowy zawsze znajduje odzwierciedlenie w cenie oferty.
Odwołujący zdaje się również pomijać, że czas trwania poszczególnych etapów realizacji może się w znacznej części pokrywać, a do realizacji poszczególnych etapów (jak inwentaryzacja, dokumentacja projektowa, montaż) wykonawca EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie kieruje inne osoby. Wyliczając po kolei terminy wynikające z SWZ,

Odwołujący wskazuje terminy takie jak termin na usunięcie wad (pkt 5 i 6 na str. 5 odwołania).
Z twierdzeń Odwołującego wynika zatem, że wykonawca składając ofertę zobowiązany jest założyć wadliwe wykonanie przedmiotu zamówienia.
W ocenie Zamawiającego wykonawca, określając termin realizacji zamówienia, nie jest zobowiązany brać pod uwagę okresu usuwania ewentualnych wad zrealizowanego przedmiotu umowy i terminów związanych z procedurą ich usuwania.
Ponadto, terminy na dokonanie czynności przez Zamawiającego są terminami maksymalnymi.
Wykonawca nie ma obowiązku zakładać, że zamawiający będzie dokonywał czynności leżących po jego stronie każdorazowo w ostatnim dniu takich terminów.
W interesie Zamawiającego (podobnie jak wykonawcy) leży sprawne i szybkie wykonanie zamówienia, czego wyrazem jest uczynienie z terminu realizacji jednego z kryteriów oceny ofert. Wykonawca EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie wykazał, że jest w stanie wykonać zamówienie w zaoferowanym terminie.
W przypadku niedotrzymania tego terminu Zamawiający jest uprawniony do naliczenia kar umownych i dochodzenia odszkodowania uzupełniającego.
Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 2Z6 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 PZP, również należy uznać za chybiony.
Odwołujący zarzuca również, że oferta wykonawcy EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
W tym zakresie Odwołujący wskazuje, że niemożliwy do realizacji termin zamówienia został podany w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów przez wykonawcę EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie.
Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
Ustawodawca traktuje jako uniwersalne określenie czynu nieuczciwej konkurencji tylko takie działanie, sprzeczne z prawem lub z dobrymi obyczajami, które zarazem zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
Nie każde zagrożenie lub naruszenie tych interesów uzasadnia potraktowanie danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Musi ono być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Ponadto, grożące naruszenie powinno dotyczyć interesu mającego pewną wagę gospodarczą. Wreszcie, co ważne, zagrożenie musi być realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów. O tym, czy przesłanki te są lub nie są spełnione, nie decyduje subiektywne przekonanie jednej ze stron albo drugiej. Oceny dokonuje sąd rozpoznający sprawę, stosując kryteria obiektywne.
W zakresie podnoszonej przez Odwołującego niemożliwości realizacji zamówienia w zaoferowanym przez EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie, Zamawiający podtrzymuje twierdzenia, argumenty i dowody wskazane powyżej.
Skoro zatem oferta EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie zawierała termin realizacji zamówienia możliwy do spełnienia i realny, brak jest możliwości uznania, że złożenie oferty przez tego wykonawcę było działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.
Aby podniesienie zarzutów przez Odwołującego w tym zakresie można było uznać za skuteczne, czyn nieuczciwej konkurencji musi być wykazany i udowodniony. Na konieczność wykazania naruszenia w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji wskazuje KIO między innymi w wyroku z 23.11.2015 r. KIO 2409/15.
Należy jednocześnie odróżniać działania wolnorynkowe od działań nieuczciwych, naruszających przepisy prawa lub dobre obyczaje (tak KIO w wyroku z 02.07.2012 r. KIO 1287/12). Nie można utożsamiać rywalizacji przedsiębiorców w celu zyskania lepszej pozycji na rynku z czynem nieuczciwej konkurencji. Mając na uwadze, że wykonawca ma prawo do swobodnego kształtowania treści oferty, oferta wykonawcy EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie była działaniem stanowiącym przyjętą i dopuszczalną formę konkurencji.
Odwołujący mógł złożyć ofertę z krótszym terminem realizacji, oferując jednocześnie wyższą cenę za realizację zamówienia, co pozwoliłoby mu zaangażować większe zasoby do realizacji umowy.
Chęć złożenia najkorzystniejszej oferty, w tym takiego jej sformułowania, by uzyskała ona jak największą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, jest naturalnym i zrozumiałym dążeniem wykonawców biorących udział w przetargach. Takie działanie samo w sobie trudno uznać za naruszające dobre obyczaje. Jak też dostosowanie oferty do kryteriów oceny - by uzyskała ona maksymalną możliwą liczbę punktów - za manipulację (tak KIO w wyroku z 12.05.2022r. KIO1154/22).
KIO wskazuje, że za takie działanie można by uznać sytuację, w której zaoferowano termin niemożliwy do realizacji. Jak wskazano powyżej, w przedmiotowej sprawie nie miało to miejsca. Na marginesie należy wskazać, że nawet w sytuacji, gdyby oferta wykonawcy EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie zawierała termin realizacji równy wyliczonemu przez Odwołującego okresowi 58 dni, i tak byłaby ofertą najkorzystniejszą, gdyż łączna liczba punktów przyznanych ofercie Odwołującego wynosiłaby 79,33 pkt, a zatem i tak mnie niż punktacja kwestionowanej oferty (82,22 pkt.).
Wobec powyższego brak jest podstaw do uznania, że oferta wykonawcy EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie

została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji powyższego również pozostałe zarzuty odwołania, tj. zarzut w zakresie dokonania zmiany SWZ po terminie składania ofert, jak również zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, są chybione.

Zamawiający prowadził postępowanie w sposób prawidłowy, wzywając wykonawcę EKO-ON sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie do złożenia wyjaśnień (wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie nastąpiło to kilkukrotnie a Zamawiający nie powziął „dużych wątpliwości"; obowiązkiem Zamawiającego było wyjaśnienie treści oferty).

Wyjaśnienia wykonawcy zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające, w rezultacie czego Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca EKO-ON Sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie (dalej: „Uczestnik postępowania", „EKO-ON").

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty Uczestnika postępowania, wezwań do złożenia wyjaśnień, odpowiedzi na wezwania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedziach 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 ustawy Pzp.

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę EKO-ON Sp. z o.o.z siedzibą w Libertowie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone na rozprawie przez Odwołującego oraz Uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający – Gmina Rędziny prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii na obszarze gminy Rędziny" – wg formuły: zaprojektuj i wybuduj w ramach programu: „Budowa instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii na obszarze gmin: Rędziny i Mstów", znak sprawy: ZP.271.03.2023.

Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedziach na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3, nr 4 i nr 5 w petitum odwołania.

Izba co do zasady zgadza się z Zamawiającym, że chęć złożenia najkorzystniejszej oferty, w tym takiego jej sformułowania, by uzyskała ona jak najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, jest naturalnym i zrozumiałym dążeniem wykonawców biorących udział w przetargach. Jednakże zaoferowanie terminu, który jest niemożliwy lub nieprawdopodobny do realizacji, czyli manipulowanie danymi mającymi przełożenie na kryterium oceny ofert w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryterium oceny ofert wypacza sens tych kryteriów i w ocenie Izby stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Uczestnika postępowania, który w piśmie z 5 czerwca 2023 wskazuje czas na realizację etapu projektowania 6 dni, a już w kolejnym piśmie 3 dni. To samo dotyczy montażu instalacji – pierwsze wyjaśnienia czas realizacji 11 dni, kolejne wyjaśnienia czas realizacji 7-9 dni. Na rozprawie Zamawiający, ani też Uczestnik postępowania nie wskazali argumentacji, która przemawiałaby za tym aby Izba uznała za zasadne terminy wskazane w wyjaśnieniach z 16 czerwca 2023.

Całkowicie niezrozumiałe są twierdzenia Uczestnika postępowania dotyczące czasu na sprawdzenie dokumentacji projektowej i odbiór robót, mianowicie: *dołożymy wszelkich starań z naszej strony aby ułatwić te procesy Inspektorowi Nadzoru oraz Zamawiającemu poprzez opracowanie w porozumieniu z inspektorem wzoru dokumentacji według którego wykonane będą wszystkie projekty (…) Dzięki temu znacząco usprawnimy prace mające na celu ocenę*

wykonanych prac co pozwoli na zaoszczędzenie dużej ilości czasu - na pytanie Izby o jakie wzory chodzi oraz jak duża ilość czasu zostanie zaoszczędzona, nie odpowiedział ani Zamawiający, ani też Uczestnik postępowania.

Zamawiający przyjmuje bezrefleksyjnie gołosłowne twierdzenia Uczestnika postępowania dotyczące ekipy montażowej, nie wyjaśniając czy są to osoby zatrudnione w oparciu o umowę o pracę czy też umowę zlecenia, B2B. Jak również, że wykonawca ma możliwość zwiększenia liczby osób do realizacji etapu inwentaryzacji oraz projektowania – Uczestnik nie wyjaśnił ile to będzie osób i jaki to będzie miało wpływ na termin realizacji zamówienia. Nie do zaakceptowania są twierdzenia Uczestnika postępowania wyrażone na rozprawie, *że pozostający w stosunku pracy pracownicy pracują od poniedziałku do soboty, czasami w niedzielę, a odpoczywają jak zakończą zadanie*. Pracodawca obowiązany jest przestrzegać przepisów o czasie pracy.

Weryfikacja wyjaśnień wykonawcy nie może ograniczać się do bezrefleksyjnego przyjęcia przez zamawiającego założeń wykonawcy za prawidłowe.

Izba w pełni podziela twierdzenia Odwołującego, że zrealizowanie zamówienia w gminie Siemień oraz realizacja zamówienia na terenie gminy Mstów nie potwierdzają realności terminu zaoferowanego przez Uczestnika postępowania.

Uczestnik postępowania zaoferował wykonanie zamówienia w terminie 26 dni kalendarzowych (łącznie z weekendami). Czas realizacji, zgodnie z wyjaśnieniami wynosi 22 dni kalendarzowe (wykonanie dokumentacji projektowej, wykonanie inwentaryzacji 102 lokalizacji, umówienie się ze 102 beneficjentami, wykonanie montażu instalacji, skompletowanie dokumentacji, wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej, zgłoszenie odbioru itd.). Powyższe oznacza, że Zamawiający ma 4 dni (w tym weekendy) na przekazanie kompletu dokumentów, sprawdzenie dokumentacji projektowej i ewentualne zgłoszenie wad w dokumentacji, na dokonanie odbioru końcowego. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę wyjaśnienia Uczestnika postępowania jak również terminy wskazane we wzorze umowy, zaoferowany termin 26 dni kalendarzowych jest nieprawdopodobny, a wręcz niemożliwy do realizacji.

Uczestnik postępowania złożył ofertę jedynie z pozoru najkorzystniejszą, bowiem od początku wiadomo, że nie będzie mógł jej wykonać na warunkach, które zdecydowały o jej wyborze.

Powyższe stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, a jego skutkiem jest zagrożenie dla interesów zarówno innych przedsiębiorców/wykonawców – poprzez stworzenie sytuacji naruszającej zasady uczciwej konkurencji (pozbawiając ich de facto możliwości konkurowania w postępowaniu), jak i klienta/Zamawiającego – który został narażony na wybór jako najkorzystniejszej oferty, która jest dla niego ofertą o ponad 900 000 PLN droższą, jak również ograniczając mu możliwość udzielenia zamówienia innym wykonawcom, oferującym realnie korzystniejsze warunki realizacji zamówienia.

Oceniając w sprawie stan faktyczny Izba stwierdziła, że oferta Uczestnika postępowania winna podlegać odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, a dotycząca świadczenia niemożliwego i jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji uwzględnienia zarzutu nr 3 i 4 należało uznać za uzasadniony zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Przechodząc do omawiania poszczególnych zarzutów Izba wskazuje:

Odnoście zarzutu oznaczonego jako nr 1 w petitum odwołania – zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*. Naruszenie przez zamawiającego ww. przepisu ma miejsce wtedy, gdy zamawiający do wyboru najkorzystniejszej oferty nie stosuje, lub stosuje w sposób nieprawidłowy kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia. W przedmiotowej sprawie powyższe nie miało miejsca bowiem Zamawiający do wyboru najkorzystniejszej oferty zastosował dwa kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu oraz specyfikacji warunków zamówienia, mianowicie: cena ryczałtowa brutto oferty oraz termin wykonania.

Odnośnie zarzutu oznaczonego jako nr 2 w petitum odwołania – oceniając zgodność oferty z warunkami zamówienia należy każdorazowo ocenić jakie wymagania postawił zamawiający w specyfikacji, które nie zostały przez wykonawcę spełnione. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wskazał w SWZ minimalnego terminu wykonania zamówienia. W powyższym zakresie nie można zatem mówić, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnośnie zarzutu oznaczonego jako nr 6 w petitum odwołania – w ocenie Izby tak postawiony zarzut jest bezzasadny. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie zmienił terminów wskazanych we wzorze umowy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1), ust.3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Zgodnie z art. 574 ustawy Pzp *do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw.* Dalej, zgodnie z art. 575 ustawy Pzp *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.* Z § 2 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 10 000 PLN.

Zgodnie z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się *wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 PLN*.

Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1)wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

2)koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania.

W przedmiotowej sprawie, Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród sześciu zarzutów trzy okazały się zasadne, trzy – niezasadne.

Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 1/2 i Zamawiający w części 1/2. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10 000 PLN, koszt wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 PLN. Łącznie koszty postępowania odwoławczego – 13 600 PLN.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13 600 PLN, tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia swego pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6 800 PLN (13 600 PLN x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 800 PLN (13 600 PLN – 6 800 PLN), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika bowiem nie został przedłożony rachunek (faktura) ani też spis kosztów.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ...……..