

Sygn. akt: KIO 1645/23

WYROK
z dnia 23 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2023 r. przez wykonawcę: **TOP CONSTRUCTION Ltd. S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Targówek**

przy udziale: wykonawcy **M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COMPLIDO M. D.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 4 *petitum* odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 3 *petitum* odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COMPLIDO M. D..
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TOP CONSTRUCTION Ltd. S.A. z siedzibą w Warszawie** w części 1/2 oraz zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Targówek** w części 1/2, i:
 - 4.1. 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** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego **Miasta Stołecznego Warszawa - Dzielnicy Targówek** na rzecz odwołującego **TOP CONSTRUCTION Ltd. S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **6 800 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy).

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1645/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Targówek, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez możliwości prowadzenia negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Termomodernizacja Szkoły Podstawowej nr 380 im. Jana Pawła II przy ul. Krasiczyńskiej 4/6 w Warszawie”*, numer referencyjny postępowania: P-16/23. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19.04.2023 r., numer 2023/BZP 00182595. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

Pismem z dnia 2.06.2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 7 czerwca 2023 roku wykonawca TOP CONSTRUCTION Ltd. S.A. z siedzibą w Warszawie wany dalej: „odwołującym”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Complido M. D. (dalej jako: „wykonawca Complido”), pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, oferta tego wykonawcy jest niezgodna z

warunkami zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę, przez co oferta podlega odrzuceniu, zaś wykonawca Complido winien być wykluczony z postępowania.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Complido pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Complido pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Complido pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę z rażąco niską ceną. Zarówno cena całej oferty, jak i jej istotnego elementu, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień istotnej części składowej ceny, tj. pozycji nr 3 Roboty budowlane Instalacje c.o., węzeł cieplny Załącznik nr 7 do SWZ Tabela Kalkulacji Ceny mimo, że jej wartość w ofercie wykonawcy Complido jest znacznie zaniżona.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- odrzucenia oferty wykonawcy Complido;
- wykluczenia z postępowania wykonawcy Complido;
- powtórzenia czynności oceny ofert;
- powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

I. Cena zaoferowana przez wykonawcę Complido jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia

W ramach powyższego zarzutu odwołujący wskazywał, że w dniu 15 maja 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę Complido na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, gdyż zaoferowana cena za wykonanie zamówienia jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W związku z tym, zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień - co miało wpływ i jakie były powody złożenia oferty o takiej cenie. Odwołujący podkreślił, że zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień i dowodów co miało wpływ na zaoferowanie tak niskiej ceny usługi ze szczególnym uwzględnieniem wymienionych w wezwaniu pozycji wraz z ich cenami.

Następnie odwołujący wskazał, że w dniu 18 maja 2023 r. wykonawca Complido złożył pismo „Odpowiedź na wezwanie do udzielenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny”, do którego dołączył cztery załączniki:

- Katalog cen jednostkowych robót i obiektów remontowych, I kwartał 2023,
- Katalog cen jednostkowych robót i obiektów inwestycyjnych, I kwartał 2023,
- ogłoszenie Spółdzielni Mieszkaniowej Nova w Jastrzębiu Zdroju,
- oferta cenowa Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej.

W ocenie odwołującego złożonego przez wykonawcę Complido dokumentu nie sposób uznać za wyjaśnienia, zaś jego załączników za dowody, co miało wpływ na zaoferowanie przez wykonawcę Complido, jak sam uznał zamawiający „tak niskiej ceny”. Odwołujący podał, że w odniesieniu do większości pozycji wskazanych w wezwaniu wykonawca nie dokonał wyjaśnień ani podstawy obliczenia pozycji, ani ceny jednostkowej. Nie przedstawił też żadnych dowodów na realność zaoferowanych cen. Dalej odwołujący wskazywał, że w odniesieniu do wskazanych w wezwaniu pozycji, tj.:

„1 dział Projekty techniczne (suma 49.000,00 zł.), w szczególności:

Projekt termomodernizacji z kolorystyką elewacji szkoły i attyki (13.000,00 zł.),

4. Projekt robót budowlanych poinstalacyjnych (8.000,00 zł.),

5. Przedmiary (7.000,00 zł.),

D) w dziale Projekty instalacji:

1. Drenaż opaskowy (10.000,00 zł.),

5. Przedmiary (6.000,00 zł.),”

wykonawca nie złożył wyjaśnień wymaganych przez zamawiającego, a jedynie oświadczył, iż „kompletna dokumentacja budowlana będzie przygotowywana przez biuro projektowe dysponujące multibranżowymi specjalistami z zakresu:

- architektury
- konstrukcji budowlanych

- instalacji sanitarnych
- instalacji elektrycznych
- kosztorysantów
- ochrony środowiska / zagospodarowania terenów zielonych
- sporządzania audytów oraz świadectw charakterystyki energetycznej (centralny rejestr Ministerstwa Rozwoju i Technologii)"

Nie wskazał jednak jakie to będzie biuro projektowe/podwykonawca oraz, że wykona on wymaganą dokumentację za cenę podaną przez wykonawcę ani też, że wykona on poszczególne części dokumentacji wskazane w wezwaniu za ceny zaoferowane przez wykonawcę Complido lub niższe.

Następnie odwołujący podnosił, że zamawiający wymagał także wyjaśnienia pozycji „Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą atyki” za kwotę 2.325.546,00 zł. Wykonawca Complido w tym zakresie przedstawił wyliczenie wartości robót składających się na ww. pozycję w oparciu o poszczególne pozycje „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów inwestycyjnych, I kwartał 2023”, po czym stwierdził, iż skoro zaoferowana przez niego za ww. pozycję cena jest wyższa od wartości robót obliczonych na podstawie ww. katalogów, to nie można jej uznać za rażąco niską. Odwołujący podkreślił, że w odniesieniu do tej pozycji wykonawca Complido nie przedstawił żadnego dowodu, iż jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę, którą zamawiający w treści wezwania określił jako „tak niską”.

Odwołujący wskazywał także, że w odniesieniu do pozycji „Elementy małej architektury” (121.770,00 zł.), „Instalacje odgromowa, odtworzenie monitoringu i oświetlenia na budynku” (88.000,00 zł.), co do których zamawiający wymagał wyjaśnienia, wykonawca Complido przedstawił jedynie wyliczenie wartości robót składających się na te pozycje w oparciu o poszczególne pozycje „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów remontowych, I kwartał 2023”. W odniesieniu do tych pozycji wykonawca Complido nie przedstawił żadnego dowodu, iż jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę, którą zamawiający w treści wezwania określił jako „tak niską”.

Z kolei w odniesieniu do pozycji „Zabezpieczenie antygrafitti” (33.000,00 zł.) wykonawca Complido przedstawił wyliczenie wartości robót w oparciu o kalkulację własną. W odniesieniu do tej pozycji wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu, iż jest w stanie zrealizować zamówienie w zakresie ww. pozycji i za zaoferowaną cenę, którą zamawiający w treści wezwania określił jako „tak niską”.

Następnie odwołujący podniósł, że wykonawca Complido w ogóle nie przedstawił wyjaśnień dotyczących ceny całej pozycji „Dział Zieleń” na kwotę 103.472,90 zł, w szczególności:

- „- Prace porządkowe i przygotowawcze (30.000,00 zł),
- Wycinka i nasadzenie drzew (20.000 zł),
- Audyt ex-post po termomodernizacji budynku szkoły (10.000,00 zł),”

co do której zamawiający także żądał wyjaśnień.

W powyższym zakresie w odniesieniu do pozycji „Prace porządkowe” wykonawca wskazał lakonicznie jakie prace wycenił, nie wskazał jednak na czym oparł swoją wycenę oraz nie przedstawił żadnego dowodu, iż jest w stanie zrealizować zamówienie w zakresie ww. pozycji i za zaoferowaną cenę, którą zamawiający w treści wezwania określił jako „tak niską”. Z kolei w odniesieniu do pozycji „Wycinka i nasadzenie drzew” wykonawca wskazał ceny jednostkowe wycinki oraz nasadzeń kompensacyjnych, jednak nie przedstawił żadnego dowodu, iż jest w stanie zrealizować zamówienie w zakresie ww. pozycji i za zaoferowaną cenę, którą zamawiający w treści wezwania określił jako „tak niską”. Natomiast w odniesieniu do pozycji „Audyt ex post” wykonawca stwierdził, iż dokonał kalkulacji w oparciu o ceny rynkowe, a jako dowód przedstawił rozstrzygnięcie Jastrzębskiej Spółdzielni Mieszkaniowej w zakresie sporządzenia audytu ex-post dla budynków wielorodzinnych od numeru 31 do 36 PUM 4310 m2, który w żaden sposób nie odnosi się do czynności będących przedmiotem niniejszego postępowania.

Odwołujący wskazał ponadto, że w odniesieniu do pozycji „Instalacje elektryczne węzła c.o.” (41.000,00 zł), jak i pozycji „Technologia z automatyką węzła” (42.500,00 zł), wykonawca Complido nie przedstawił żadnego wyjaśnienia ani dowodu, iż jest w stanie zrealizować zamówienie w zakresie ww. pozycji i za zaoferowaną cenę, którą zamawiający w treści wezwania określił jako „tak niską”. Odwołujący zauważył, że wykonawca Complido w swoich wyjaśnieniach połączył obie te pozycje oraz przywołał ofertę podwykonawcy zawierającą wycenę na kompleksową dostawę i wymianę węzła cieplnego razem z elektryką oraz automatyką na kwotę 492.000,00 zł brutto, jednak nie wskazał w jaki sposób odnoszą się one do wskazanych przez zamawiającego jako wymagające wyjaśnienia, ww. pozycji. Co do oferty podwykonawcy/dostawcy Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej (ZUTEC) Sp. z o.o. odwołujący wskazywał, że nie może ona stanowić dowodu, iż zaoferowana przez wykonawcę Complido cena za zakres objęty ofertą tego

podwykonawcy nie jest rażąco niska, gdyż wykonawca Complido nie jest uprawniony do powierzenia wykonania tej części zamówienia innemu podwykonawcy niż podmiot, który udostępnił wykonawcy Complido zdolność techniczną i zawodową w pełnym zakresie wymaganym w SWZ.

Ponadto, odwołujący wskazał, że w zakresie wyjaśnień odnoszących się do kosztów pracy, wykonawca Complido oświadczył, iż w swojej kalkulacji przyjmował w większości przypadków stawkę godzinową ok. 20% wyższą od wskazanej w katalogach cen jednostkowych, tj. oscylującą w granicach 35,60 zł. Nie przedstawił jednak żadnych dowodów w tym zakresie, a co w ocenie odwołującego jest istotne z uwagi na dość szeroki wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji przedmiotu umowy.

Reasumując, swoją argumentację w zakresie zarzutu związanego z oceną przez zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Complido, odwołujący wskazał, że zamawiający w treści wezwania wskazał precyzyjnie (choć w ocenie odwołującego niewyczerpująco) poszczególne pozycje wraz z cenami wymagające wyjaśnienia oraz wezwał do przedstawienia dowodów i przyczyn dla których jak sam uznał zamawiający są one „tak niskie”. Zamawiający i wykonawca Complido są związani treścią i zakresem ww. wezwania. Wykonawca winien dokonać wyjaśnienia wszystkich wymaganych pozycji oraz poprzeć je dowodami, zaś zamawiający ocenić treść wyjaśnień i dowodów w odniesieniu do treści wezwania. Odwołujący podniósł, że wykonawca Complido nie wyjaśnił wszystkich pozycji objętych wezwaniem i nie przedstawił dowodów, zaś zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej mimo braku wyjaśnień i dowodów zgodnych z treścią wezwania, co obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W zakresie przywoływanych przez wykonawcę Complido „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów remontowych, I kwartał 2023” oraz „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów inwestycyjnych, I kwartał 2023”, odwołujący stwierdził, iż nie mogą być one wiarygodną podstawą dokonywania wyceny, zwłaszcza w obecnych realiach rynkowych (inflacja), a tym bardziej nie stanowią dowodu, iż za cenę/ceny w nich wskazane możliwe będzie zrealizowanie zamówienia. Katalogi te nie stanowią oferty.

II. Niezgodność oferty Complidoz warunkami zamówienia - brak uwzględnienia w cenie oferty okoliczności, iż wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej, który to podmiot ma zrealizować jako podwykonawca znaczną część zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że wykonawca Complido celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej i zawodowej, tj. wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień, których przedmiotem było wykonanie 2 robót budowlanych w budynkach użyteczności publicznej o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych) każda, w ramach których wykonana była minimum jedna termomodernizacja budynku, w całości polegał na zdolnościach podmiotu trzeciego, tj. Firmy Remontowo-Budowlanej SGBUD S. G.. Podmiot ten oświadczył, iż zrealizuje roboty, których wskazane zdolności dotyczą jako podwykonawca przez cały okres realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż porównując zakres wymaganego doświadczenia, udostępnionych zdolności oraz odnosząc go do przedmiotu zamówienia należy uznać, iż dla wykazania realności udostępnionych zasobów podmiot trzeci winien wykonać przedmiotowe zamówienie jako podwykonawca w znacznej części. Natomiast złożone przez wykonawcę Complido wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w żadnym stopniu nie odnoszą się do wymogu zrealizowania zamówienia przez tego podwykonawcę, wynikającego zarówno z warunków zamówienia (Rozdział VI pkt 4), jak również z przepisów (art. 118 ust. 2 Pzp).

Zdaniem odwołującego złożone wyjaśnienia wskazują, iż wykonawca Complido zamierza powierzyć część zakresu, który winien wykonać podmiot, na którego zasobach polega on celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu innemu podmiotowi. Według odwołującego należy uznać, iż wykonawca Complido nie przewiduje zrealizowania zamówienia zgodnie z jego warunkami, a zatem pomimo oświadczenia podmiotu trzeciego udostępnienie zasobów nie jest realne z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Complido – nie zamierza on faktycznie z niego skorzystać.

III. Niespełnienie przez wykonawcę Complido warunków udziału w postępowaniu w postaci wymaganego doświadczenia.

Odwołujący podnosił, że biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej należy uznać, iż wykonawca Complido nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, tj. wymaganego przez zamawiającego doświadczenia. Wykonawca bowiem w pełnym zakresie wskazanym w warunku polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, a jest to możliwe tylko wówczas, gdy podmiot ten zrealizuje roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zdaniem odwołującego z treści wyjaśnień wykonawcy Complido wynika, iż nie przewidział on realizacji zamówienia przez

podmiot na którego zdolnościach polega, a tym samym oferta wykonawcy Complido podlega odrzuceniu.

IV. Zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień istotnej części składowej ceny, tj. pozycji nr 3 „Roboty budowlane Instalacje c.o., węzeł ciepły” Załącznik nr 7 do SWZ Tabela Kalkulacji Ceny mimo, że jej wartość w ofercie wykonawcy Complido jest znacznie zaniżona.

Zarzut został wycofany przez odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 12.06.2023 r. wykonawca M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COMPLIDO M.D. (dalej: „przystępujący” lub „COMPLIDO”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 22.06.2023 r. w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Także w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu z punktu 4 *petitum* odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień istotnej części składowej ceny tj. pozycji nr 3 „Roboty budowlane Instalacje c.o., węzeł ciepły” Załącznik nr 7 do SWZ Tabela Kalkulacji Ceny mimo, że jej wartość w ofercie wykonawcy Complido jest znacznie zaniżona.

Postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanego zarzutu zostało umorzone, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji. W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Na rozprawie strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Termomodernizacja Szkoły Podstawowej nr 380 im. Jana Pawła II przy ul. Krasiczyńskiej 4/6 w Warszawie.”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez możliwości prowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

Zgodnie z rozdziałem VI Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) pkt 1 lit. b); *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*

b) zdolnością techniczną lub zawodową.

Wykonawca spełni warunek jeżeli:

- wykaże się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień, których przedmiotem było wykonanie 2 robót budowlanych w budynkach użyteczności publicznej o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł (słownie trzy miliony złotych) każda, w ramach których wykonana była minimum jedna termomodernizacja budynku.”.

Zgodnie z rozdziałem VI SWZ pkt 4 zdanie 2: *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”.*

Zgodnie z rozdziałem VII SWZ pkt 2 ppkt 2) wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty Tabelę Kalkulacji Ceny, stanowiącą załącznik nr 7 do SWZ.

Wykonawca COMPLIDO zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę: 4.635.168,90 PLN. Do oferty załączy Tabelę Kalkulacji Ceny, sporządzoną według załącznika nr 7 do SWZ. Ponadto, do oferty załączył *Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby*, z którego wynikało, że firma Remontowo – Budowlana SGBUD S. G. zobowiązała się do oddania do dyspozycji wykonawcy COMPLIDO na potrzeby realizacji zamówienia niezbędnych zasobów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z treści zobowiązania firma ta udostępniła zasoby w zakresie:

„Zdolności technicznej

Wykonawca spełni warunek jeżeli:

- wykaże się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień, których przedmiotem było wykonanie 2 robót budowlanych w budynkach użyteczności publicznej o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł (słownie trzy miliony złotych)

każda, w ramach których wykonana była minimum jedna termomodernizacja budynku.”

Jednocześnie udostępniający zasoby zobowiązał się, że: „zrealizuje roboty, których wskazane zdolności dotyczą jako podwykonawca, przez cały okres realizacji zamówienia”.

Pismem z dnia 15.05.2023 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy COMPLIDO; o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty gdyż zaoferowana cena za wykonanie zamówienia jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W związku z tym, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnienia - co miało wpływ i jakie były powody złożenia oferty o takiej cenie. Wyjaśnienia, mogą dotyczyć w szczególności:

- a) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- b) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- c) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę;
- d) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- e) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- f) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić, czy ustalona cena jest zgodna z:

- a) przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- b) przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający wymaga złożenia wyjaśnień i dowodów co miało wpływ na zaoferowanie tak niskiej ceny usługi ze szczególnym uwzględnieniem:

1 dział Projekty techniczne (suma 49.000,00 zł.), w szczególności:

1. Projekt termomodernizacji z kolorystyką elewacji szkoły i attyki (13.000,00 zł.),
4. Projekt robót budowlanych poinstalacyjnych (8.000,00 zł.),
5. Przedmiary (7.000,00 zł.);

D) w dziale Projekty instalacji:

1. Drenaż opaskowy (10.000,00 zł.),
5. Przedmiary (6.000,00 zł.);

E) dział Roboty budowlane (suma 4.073.696,00 zł.), w szczególności:

1. Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki (2.325.546,00 zł.),
2. Elementy małej architektury (121.770,00 zł.),
4. Instalacje elektryczne węzła c.o. (41.000,00 zł.),
5. Technologia z automatyką węzła (42.500,00 zł.),
6. Instalacje odgromowa, odtworzenie monitoringu i oświetlenia na budynku (88.000,00 zł.),
8. Zabezpieczenie antygrafitti (33.000,00 zł.);

F) dział Zieleń (suma 103.472,90 zł.), w szczególności:

1. Prace porządkowe i przygotowawcze (30.000,00 zł.),
2. Wycinka i nasadzenie drzew (20.000 zł.),
4. Audyt ex-post po termomodernizacji budynku szkoły (10.000,00 zł.)”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca COMPLIDO pismem z dnia 18.05.2023 r. złożył m.in. następujące wyjaśnienia:

„kompletna dokumentacja budowlana będzie przygotowywana przez biuro projektowe dysponujące multibranżowymi specjalistami z zakresu:

- architektury
- konstrukcji budowlanych
- instalacji sanitarnych
- instalacji elektrycznych
- kosztorysantów

- ochrony środowiska / zagospodarowania terenów zielonych
- sporządzania audytów oraz świadectw charakterystyki energetycznej (centralny rejestr Ministerstwa Rozwoju i Technologii)

Za całościowe opracowanie dokumentacji razem z koncepcją projektową będzie odpowiedzialne jedno biuro projektowe. Nie planujemy angażować wielu niezależnych podwykonawców do poszczególnych etapów przygotowywania dokumentacji z uwagi na potencjalne problemy organizacyjne oraz techniczne. W/w strategia wynika z doświadczenia z naszej wieloletniej działalności przy podobnych realizacjach.

Na podstawie „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów remontowych, I kwartał 2023r”, tabela nr 1 Wskaźniki procentowe do obliczania wartości prac projektowych w kosztach robót budowlano-montażowych dla inwestycji kubaturowych, str. 765 należy przyjąć:

- przedmiotowe budynki Szkoły Podstawowej nr 380 w Warszawie jako kategoria III
- uwzględnić do analizy ofertę cenową Wykonawcy w zakresie wykonania kompletnej dokumentacji projektowej na kwotę 458.000,00 zł brutto (372.357,72 zł netto)
- wartość wskaźnika procentowego W% z tabeli nr 1 w wysokości 4,2%

Obliczenia:

- Odnosząc się do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zadania tj. 7.503.000,00 zł brutto (6.100.000,00 zł netto)

Sugerowana rynkowa wartość dokumentacji projektowej powinna wynieść: $4,2\% \times 6.100.000,00 \text{ zł} = 256.200,00 \text{ zł netto}$

- Odnosząc się z kolei do średniej arytmetycznej wszystkich ofert tj. 6.661.372,70 zł brutto (5.415.750,16 zł netto)

Sugerowana rynkowa wartość dokumentacji projektowej powinna wynieść: $4,2\% \times 5.415.750,16 \text{ zł} = 227.461,51 \text{ zł netto}$

Mając na uwadze powyższe kwotę 372.357,72 zł netto którą Wykonawca planuje przeznaczyć na zrealizowanie dokumentacji projektowej nie można określić mianem rażąco niskiej (...).

W dalszej części wyjaśnień wykonawca COMPLIDO odniósł się do pozycji nr 1 z działu „Roboty budowlane” Tabeli Kalkulacji Ceny i w zakresie wyszczególnionych prac odwoływał się do poszczególnych pozycji z „Katalogu cen jednostkowych i obiektów remontowych, I kwartał 2023 r.” oraz „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów inwestycyjnych, I kwartał 2023 r.”, cen jednostkowych tam wskazanych oraz przyjętych do obliczeń wielkości powierzchni. Następnie wskazywał, że przyjęte przez niego oferty cenowe w zakresie danych pozycji są wyższe niż te wynikające z sumy wartości robót wyliczonych w oparciu o listy cen jednostkowych.

W odniesieniu do pozycji nr 4 („Instalacje elektryczne węzła c.o.”) oraz nr 5 („Technologia z automatyką węzła”) w dziale „Roboty budowlane” wykonawca COMPLIDO wskazywał, że wyliczył swoją ofertę cenową w zakresie wymiany węzła cieplnego w oparciu o ofertę cenową dostawcy, tj. firmy Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o.o., która opiewa na kwotę maksymalną 240.000,00 zł netto (295.200,00 zł brutto) w ujęciu RMS, uwzględniając całą automatykę oraz elektrykę. Wyjaśnił, że on sam przedstawił ofertę na kompleksową dostawę i wymianę węzła cieplnego razem z elektryką oraz automatyką na kwotę 492.000,00 zł brutto (pozycja nr 5, 4 oraz część pozycji nr 3 działu „Roboty budowlane”).

W zakresie pozycji nr 6 („Instalacja odgromowa, odtworzenie monitoringu i oświetlenia na budynku”) w dziale „Roboty budowlane” odwoływał się do „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów remontowych, I kwartał 2023 r.”.

W zakresie pozycji nr 8 („Zabezpieczenie antygraffiti”) przedstawił własną kalkulację i wyjaśnił, że planuje wykonać zabezpieczenie antygraffiti siłami własnymi przy użyciu środka MITECH 3721.

Następnie odniósł się do działu „Zieleń”:

- w zakresie pozycji nr 1 („Prace porządkowe i przygotowawcze”) podał, że założył w oferowanej kwocie wykonanie ekranów korzeniowych, oszalowanie pni oraz wyгородzenia ochronne dla 12szt drzew. Dodatkowo wskazał, że kwota obejmuje podwiązanie koron drzew kolidujących z pracami termomodernizacyjnymi;

- w zakresie pozycji nr 2 („Wycinka i nasadzenie drzew”) wyjaśnił, że skalkulował koszty bezpośrednie w oparciu o:

- wycinkę drzew 3szt x 1.500,00 zł netto = 4.500,00 zł netto,

- przewidywane nasadzenia kompensacyjne,

* brzoza brodawkowata, 5 szt x 41 zł/szt = 205,00 zł netto,

* klon zwyczajny, 3szt x 79 zł/szt = 237,00 zł netto,

* dąb zwyczajny, 7szt x 48 zł/szt = 336,00 zł netto

- odnowienia trawnika, 300m² x 7 zł/m² = 2.100,00 zł netto

Suma kosztów bezpośrednich – 7.378,00 zł netto (9.074,94 zł brutto)

- w zakresie pozycji nr 4 („Audyt ex-post”) wyjaśnił, że kalkulował koszt wykonania audytu ex-post w oparciu o ceny rynkowe.

Powołał się przy tym na załączone do wyjaśnień rozstrzygnięcie Jastrzębskiej Spółdzielni Mieszkaniowej w zakresie sporządzenia audytu ex-post dla budynków wielorodzinnych od numeru 31 do 36 (PUM 4310 m2).

Oferowana stawka 3.500,00 zł brutto / 4310 m2 = 0,81 zł/m2 powierzchni użytkowej

Podkreślił, że uwzględniając inflację oraz wzrost cen usług wykonawcy zaproponował stawkę 1,47 zł/m2 brutto 1,47 zł/m2 x 6.802,72 m2 = 10.000,00 zł brutto, której nie można uznać za rażąco niską.

Następnie odniósł się do pozycji nr 2 („Elementy małej architektury”) w dziale „Roboty budowlane”.

Z kolei w uwagach końcowych odniósł się m.in. do kosztów pracy wyjaśniając, że

„Wykonawca biorąc pod uwagę doświadczenie zawodowe, odpowiednie kadry oraz niskie koszty własne, ma możliwość składać oferty cenowe na poziomie niższym niż większość konkurencji. Podnieść należy również, iż firma COMPLIDO współpracuje od lat z ogólnopolskimi hurtowniami materiałów budowlanych oraz zaufanymi podwykonawcami co pozwala jej w obliczaniu cen jednostkowych uwzględniać rabaty wypracowane dzięki tej współpracy.

Wykonawca informuje, iż stawka godzinowa robocizny kosztorysowej przyjęta w dokumentach odniesienia tj. „Katalog cen jednostkowych robót i obiektów remontowych, I kwartał 2023 r.” oraz „Katalog cen jednostkowych robót i obiektów inwestycyjnych, I kwartał 2023r” wynosi 29,67 zł i jest wyraźnie większa od minimalnej stawki godzinowej wskazanej w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. a wynoszącej 22,80 zł. Nadmienić należy, iż Wykonawca w swojej kalkulacji przyjmował w większości przypadków stawkę godzinową ok. 20% wyższą od wskazanej w katalogach cen jednostkowych tj. oscylującą w granicach 35,60 zł

Dokumenty odniesienia tj. „Katalog cen jednostkowych robót i obiektów remontowych, I kwartał 2023 r.” oraz „Katalog cen jednostkowych robót i obiektów inwestycyjnych, I kwartał 2023 r.” są dokumentami powszechnie dostępnymi dla członków Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa.

Wykonawca podkreśla, że w złożonej ofercie nie pominięto żadnego składnika cenotwórczego.

Mając na uwadze całokształt wyjaśnień Wykonawcy brak jest podstaw do uznania oferty cenowej firmy COMPLIDO za rażąco niską.”

W dniu 2 czerwca 2023 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Complido M. D..

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

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

Izba stwierdziła, że odwołanie należało częściowo uwzględnić.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 3 *petitum* odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COMPLIDO pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę z rażąco niską ceną.

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

Natomiast stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie zaś z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

W niniejszej sprawie zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 15.05.2023 r. zwrócił się do wykonawcy COMPLIDO o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał, że wyjaśnienia wykonawcy powinny w szczególności uwzględniać wymienione w tym wezwaniu pozycje Tabeli Kalkulacji Ceny, załączonej do oferty. Tym samym

zamawiający uszczegółowił zakres, który wymagał wyjaśnienia i wskazał jednoznacznie, jakie zagadnienia powinny być ujęte w wyjaśnieniach oraz, że wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia dowodów.

Wykonawca COMPLIDO pismem z dnia 18.05.2023 r. złożył wyjaśnienia ceny oferty.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę COMPLIDO nie dawały podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca ten wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 28 października 2022 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2747/22, iż: „w art. 224 ust. 5 PrZamPubl, ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. (...) Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.”

Po pierwsze, odwołujący słusznie zauważył, że wykonawca COMPLIDO w odniesieniu do części pozycji wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień ceny oferty nie dokonał wyjaśnień ani podstawy obliczenia pozycji, ani ceny jednostkowej. Należy podkreślić, że w wezwaniu z dnia 15.05.2023 r. zamawiający uszczegółowił zakres, względem którego wymagał wyjaśnienia przez wykonawcę. Zatem, wykonawca winien był w szczególności odnieść się w swojej argumentacji do wskazanych w wezwaniu pozycji, przedstawić i wyjaśnić okoliczności, które miały wpływ na zaoferowanie przez niego takich cen za te pozycje oraz złożyć stosowne dowody w tym zakresie.

Tymczasem wykonawca COMPLIDO w odpowiedzi na wezwanie odniósł się do kwestii wskazanych przez zamawiającego w sposób dość ogólny albo oparty w głównej mierze na „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów remontowych, I kwartał 2023 r.” oraz na „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów inwestycyjnych, I kwartał 2023 r.”, które nie odnoszą się do rzeczywistej sytuacji wykonawcy, lecz mogą jedynie stanowić pewien materiał poglądowy, wskazujący jak kształtują się średnie ceny na rynku budowlanym w danym kwartale.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień ceny oferty w sposób konkretny żądał przedstawienia wyjaśnień w zakresie ceny za dział „Projekty techniczne”, w szczególności pozycje: „Projekt termomodernizacji z kolorystyką elewacji szkoły i attyki”, „Projekt robót budowlanych poinstalacyjnych”, „Przedmiary”. W odpowiedzi przystępujący stwierdził jedynie, że „kompletna dokumentacja budowlana będzie przygotowywana przez biuro projektowe dysponujące multibranżowymi specjalistami z zakresu (...) Za całościowe opracowanie dokumentacji razem z koncepcją projektową będzie odpowiedzialne jedno biuro projektowe. Nie planujemy angażować wielu niezależnych podwykonawców do poszczególnych etapów przygotowywania dokumentacji z uwagi na potencjalne problemy organizacyjne oraz techniczne. W/w strategia wynika z doświadczenia z naszej wieloletniej działalności przy podobnych realizacjach.”. Następnie przystępujący odwołał się do wskaźników procentowych do obliczania wartości prac projektowych w kosztach robót budowlano-montażowych dla inwestycji kubaturowych, wynikających z „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów remontowych, I kwartał 2023 r.” i odnosząc je do ceny swojej oferty, a także do kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zadania, jak i średniej arytmetycznej wszystkich ofert, wskazywał, że kwotę, którą planuje przeznaczyć na zrealizowanie dokumentacji projektowej, nie można określić mianem rażąco niskiej, bowiem jest większa od sugerowanej ceny rynkowej.

Tak skonstruowane wyjaśnienia nie wskazują na to, co miało wpływ na zaoferowanie takiej a nie innej ceny przez wykonawcę COMPLIDO. Nie wyjaśniają podstaw rzeczywistej kalkulacji ceny oferty w tym zakresie. Brak jakichkolwiek okoliczności, które odnosiłyby się bezpośrednio do sytuacji tego wykonawcy, poza jedną i to bardzo ogólnikowo wskazaną, iż zamierza on skorzystać z usług jednego biura projektowego.

Z kolei odniesieniu do pozycji „Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola

wraz z wymianą atyki”, którą zamawiający także wyszczególnił w wezwaniu do wyjaśnień, wykonawca COMPLIDO przedstawił wyliczenie wartości poszczególnych robót składających się na tą pozycję w oparciu o poszczególne pozycje „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów inwestycyjnych, I kwartał 2023” stwierdzając, iż skoro zaoferowana przez niego cena w tym zakresie jest wyższa od wartości robót obliczonych na podstawie cen jednostkowych z Katalogu, to nie można jej uznać za rażąco niską.

I w tym zakresie należy przyjąć konstatację, że tak skonstruowane wyjaśnienia nie wskazują na to, co miało wpływ na zaoferowanie takiej a nie innej ceny przez wykonawcę COMPLIDO. Nie wyjaśniają podstaw rzeczywistej kalkulacji ceny oferty w tym zakresie. Brak dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny w tym zakresie. Podkreślić należy, że wyjaśnienia winny dotyczyć rzeczywistej sytuacji danego wykonawcy i odwoływać się do okoliczności jemu właściwych. Ceny jednostkowe zawarte w publikowanych Katalogach cen jednostkowych mogą być przywoływane poglądowo, niejako dla dodatkowego wzmocnienia i uwiarygodnienia wyjaśnień wykonawcy, ale nie mogą stanowić istoty wyjaśnień ceny oferty, tym bardziej, że w zasadzie brak dodatkowych dowodów, które potwierdzałyby prawidłowość kalkulacji ceny, poza dwoma dokumentami, o których będzie mowa później.

Odnosnie żądanych przez zamawiającego wyjaśnień w zakresie pozycji „Instalacje elektryczne węzła c.o.” oraz „Technologia z automatyką węzła” z działu „Roboty budowlane” wykonawca powołał się na ofertę cenową dostawcy - firmy Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. o.o. Słusznie jednak odwołujący podnosił zastrzeżenia w odniesieniu do tego dowodu. Po pierwsze, z tego względu, że trudno uznać przedstawioną wiadomość e-mailową za ofertę w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, czy choćby ofertę, która potwierdzałaby rzetelność kalkulacji ceny oferty w tym zakresie, albowiem prezentuje ona jedynie ogólne stwierdzenie, że podmiot ten szacuje wykonanie węzła z montażem netto za ok 165 tys. do 240 tys. zł, przy czasie realizacji ok 4-6 miesiące. Już z samych sformułowań, użytych w tej wiadomości, wynika, że jest to jedynie orientacyjny szacunek, zawierający spory przedział cenowy. Przy czym w zapytaniu o przedstawienie oferty była zawarta prośba o przedstawienie wyceny obejmującej kompleksowo wszelką stosowaną obecnie automatykę dla dostawy i wymiany węzła ciepłego w budynku SP nr 380 w Warszawie. Po drugie, jak wynika z oferty wykonawcy COMPLIDO, zamówienie w tym zakresie powinien realizować inny podmiot, tj. podmiot udostępniający swoje zasoby w postaci doświadczenia wymaganego w tym postępowaniu. Słusznie bowiem odwołujący zauważył, że wykonawca COMPLIDO nie jest uprawniony do powierzenia wykonania tej części zamówienia innemu podwykonawcy niż podmiot, który udostępnił mu zdolność techniczną i zawodową w pełnym zakresie wymaganym w SWZ. A brak jest dowodu w postaci choćby oferty cenowej pochodzącej od podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby wykonawcy COMPLIDO. Z tego też względu także w tym zakresie wyjaśnienia wykonawcy budzą wątpliwości i zastrzeżenia.

W zakresie pozycji „Elementy małej architektury”, a także „Instalacje odgromowa, odtworzenie monitoringu i oświetlenia na budynku” wykonawca COMPLIDO odwoływał się także do obliczeń w oparciu o poszczególne pozycje „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów remontowych, I kwartał 2023”, co należy uznać za niewystarczające, ze względu, o których była mowa powyżej. Brak jakichkolwiek innych dowodów potwierdzających prawidłowość i rzetelność kalkulacji ceny oferty w zakresie tych pozycji.

W odniesieniu do pozycji „Zabezpieczenie antygraffiti” wyjaśnienia zostały oparte o własną kalkulację. Brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaprezentowanej kalkulacji w tym zakresie.

W zakresie wyszczególnionych przez zamawiającego w wezwaniu pozycji z działu „Zieleń” wykonawca przedstawił jedynie ogólne wyjaśnienia, nie poparte dowodami. Jedynie w odniesieniu do pozycji „Audyt ex-post” przedstawił dowód, tj. rozstrzygnięcie Jastrzębskiej Spółdzielni Mieszkaniowej w zakresie sporządzenia audytu ex-post dla budynków wielorodzinnych od numeru 31 do 36 (PUM 4310 m2), przy czym należy zauważyć, że rozstrzygnięcie to jest jednostkowe i dotyczy całkiem innego przedmiotu zamówienia. Przystępujący nie wyjaśnił, dlaczego należałoby uznać ten dowód za miarodajny i adekwatny.

Zasadnie również odwołujący wskazywał na swoje zastrzeżenia względem wyjaśnień wykonawcy COMPLIDO, odnoszących się do kosztów pracy. Przystępujący bowiem jedynie ogólnikowo wskazał, że w swojej kalkulacji przyjmował w większości przypadków stawkę godzinową ok. 20% wyższą od wskazanej w katalogach cen jednostkowych tj. oscylującą w granicach 35,60 zł. Jest to mało rzetelne i wiarygodne wyjaśnienie kosztów pracy biorąc pod uwagę choćby fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje różne rodzaje prac, w stosunku do których wymagane są innego rodzaju kwalifikacje. Brak też jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność i wiarygodność kalkulacji w tym zakresie.

Reasumując stwierdzić należy, że przystępujący nie przedstawił wystarczających, rzetelnych i wiarygodnych wyjaśnień ceny oferty. Jak słusznie podnosił odwołujący, nie wyjaśnił on wszystkich pozycji wskazanych w wezwaniu

zamawiającego, a te wyjaśnienia, które przedstawił nie wskazują jaka była podstawa i sposób kalkulacji ceny oferty. Wylączne odniesienie do „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów remontowych” oraz „Katalogu cen jednostkowych robót i obiektów inwestycyjnych” nie sposób uznać za rzetelne wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny oferty. Wykonawca winien wskazać okoliczności jemu właściwe, potwierdzające realność zaoferowanych przez niego cen. Ceny jednostkowe zawarte w rzeczonych katalogach mogą stanowić jedynie dodatkowe potwierdzenie realności przyjętych do kalkulacji cen. Nie sposób też uznać za wystarczające i przekonujące dowody przedłożone przez odwołującego. Jeśli chodzi o Katalogi cen jednostkowych robót i obiektów, to mogą być one traktowane jedynie jako dowód poglądowy. Nie odnoszą się one do rzeczywistej sytuacji danego wykonawcy, a zatem z tego względu nie sposób ich uznać za wystarczające. Pozostałe dowody złożone przez przystępującego wraz z wyjaśnieniami ceny oferty też budzą wątpliwości, o czym była mowa powyżej.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COMPLIDO pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę z rażąco niską ceną i orzekła jak w punkcie 2 sentencji, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COMPLIDO M. D..

Izba natomiast oddaliła odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, które zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, tj. w zakresie zarzutu naruszenia:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COMPLIDO pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia (zarzut opisany w punkcie 1 *petitum* odwołania) oraz
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COMPLIDO pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego (zarzut opisany w punkcie 2 *petitum* odwołania).

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

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

Stosownie do art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Oba powyższe zarzuty zostały postawione przez odwołującego w kontekście treści zobowiązania podmiotu trzeciego na którego zasobach wykonawca polega, załączonego do oferty wykonawcy COMPLIDO, jak i w kontekście treści wyjaśnień ceny oferty złożonych przez wykonawcę COMPLIDO.

Odwołujący podnosił, że porównując zakres wymaganego w warunku doświadczenia, udostępnionych zdolności oraz odnosząc go do przedmiotu zamówienia należy uznać, iż dla wykazania realności udostępnionych zasobów podmiot trzeci winien wykonać przedmiotowe zamówienie jako podwykonawca w znacznej części, a tymczasem złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazują, iż wykonawca COMPLIDO zamierza powierzyć realizację części zakresu przedmiotu zamówienia, który winien wykonać podmiot, na którego zasobach polega on celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, innemu podmiotowi. Zdaniem odwołującego świadczy to o tym, że wykonawca COMPLIDO nie przewiduje zrealizowania zamówienia zgodnie z jego warunkami, a także nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia.

Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska odwołującego.

W ocenie Izby treść samego zobowiązania podmiotu trzeciego nie budzi wątpliwości. Podmiot trzeci udostępniający zasoby w zakresie zdolności technicznej, tj. firma Remontowo – Budowlana SGBUD S. G. zobowiązała się, że: „zrealizuje roboty, których wskazane zdolności dotyczą jako podwykonawca, przez cały okres realizacji zamówienia”. Odwołujący nie wnosił jakichkolwiek zastrzeżeń co do treści zobowiązania podmiotu trzeciego, co do jego zakresu, ani nie negocjował doświadczenia podmiotu trzeciego. Jedynie podważał skuteczność udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonej przez wykonawcę COMPLIDO.

Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania, że wykonawca COMPLIDO nie przewiduje zrealizowania zamówienia zgodnie z jego warunkami. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego jest jednoznaczna i nie budzi wątpliwości. Nie ma podstaw do uznania, że wykonawca COMPLIDO nie zamierza powierzyć podmiotowi trzeciemu zakresu przedmiotu zamówienia, który ten powinien wykonać zgodnie ze złożonym oświadczeniem, jak i zgodnie z

treścią SWZ. Takie wnioski odwołujący wywodził z treści wyjaśnień ceny oferty, jednakże - w ocenie Izby - są to tylko nie potwierdzone domniemania odwołującego. Nie można takiego wniosku wywieść jedynie na podstawie samej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie wynika to z tych wyjaśnień. Inną kwestią jest to, że wyjaśnienia ceny oferty w ogóle nie zawierają odniesienia do udziału w realizacji przedmiotu zamówienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby (choćby w postaci oferty tego podmiotu jako dowodu), co może wpływać na ocenę złożonych wyjaśnień w aspekcie ich wiarygodności. Jednak pozostaje to bez wpływu na ocenę zobowiązania podmiotu trzeciego i udostępnionych przez niego zasobów.

Tym samym stwierdzić również należy, że wykonawca COMPLIDO mógł w sposób skuteczny wykazać się doświadczeniem podmiotu trzeciego, co też uczynił, a zatem nie jest zasadny również zarzut niespełniania warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na względzie Izba nie uwzględniła zarzutów opisanych w punkcie 1 i 2 *petitum* odwołania i orzekła jak w punkcie 3 sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp i w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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 § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia: w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Stosownie zaś do § 7 ust. 3: 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 odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Z kolei zgodnie z § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w tym związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Z uwagi na powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego koszty związane z uiszczonym wpisem od odwołania, a także koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego. Z uwagi na wynik sprawy, tj. uwzględnienie odwołania w części (1 zarzut) i oddalenie odwołania w pozostałej części (2 zarzuty, które Izba w zakresie kosztów potraktowała łącznie), Izba orzekła o stosunkowym rozdzieleniu kosztów w części po 1/2 i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 6.800,00 zł, stanowiącą 1/2 kosztów postępowania odwoławczego związanych z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: