Sygn. akt KIO 164/20

WYROK

z dnia 11 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 10 lutego 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2020 r. przez wykonawcę: Arkadis Sp. z o. o. S1 Sp. k. (ul. Jasielska 11/skr. p. 2, 38-120 Czudec) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasta Zakopane (Kościuszki 13, 34-500 Zakopane),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Arkadis Sp. z o. o. S1 Sp. k. (ul. Jasielska 11/skr. p. 2, 38-120 Czudec) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Sygn. akt KIO 164/20

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub PZP] przez zamawiającego: Gminę Miasto Zakopane, którego przedmiotem jest „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla zadania inwestycyjnego realizowanego w procedurze „zaprojektuj i wybuduj" o nazwie: »Budowa Centrum Komunikacyjnego w Zakopanem«", znak BZP.271.69.2019, Nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2019/S 210-513633; Ogłoszenie nr 638607-N-2019 z dnia 2019-12-24 r. Odwołujący - Arkadis Sp. z

o.o. S1 Sp.k. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp - wybór oferty wykonawcy GEOART jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert;

II. art. 91 ust. 1 Pzp - nieprzyznanie ofercie Odwołującego 10 punktów w kryterium oceny pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy", podczas gdy Odwołujący w toku postępowaniu wykazał, że dysponuje Koordynatorem nadzoru S. C., legitymującym się doświadczeniem w wykonaniu usługi nadzoru, spełniającym warunki określone przez Zamawiającego, zdobytym przy zadaniu pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. »Strefa Aktywności Gospodarczej w m. Siedliska, Gmina Bobowa — budowa dróg«", w okresie od dnia 29.11.2017 r. do dnia 2.01.2019 r., realizowanym przez wykonawcę EUROINWEST R. M. na rzecz Gminy Bobowa;

III. art. 91 ust. 1 Pzp - nieprzyznanie ofercie Odwołującego 10 punktów w kryterium oceny pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy", podczas gdy Odwołujący w toku postępowaniu wykazał, że dysponuje Koordynatorem nadzoru S. C., legitymującym się doświadczeniem w wykonaniu usługi nadzoru, spełniającym warunki określone przez Zamawiającego, zdobytym przy zadaniu pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z remontem dwóch obiektów inżynierskich zlokalizowanych w miejscowości Czchów w ciągu DK 75 w km 35+730 na potoku Zelina oraz w miejscowościach Jasna Podłopień w ciągu DK 28 w km 99+413 na potoku Suchy Potok", w okresie od dnia 17.03.2017 r. do dnia 18.12.2018 r., realizowanym przez wykonawcę ABE CONSULTING S.c. na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie;

IV. art. 91 ust. 1 Pzp - nieprzyznanie ofercie Odwołującego 10 punktów w kryterium oceny pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy", podczas gdy Odwołujący w toku postępowaniu wykazał, że dysponuje Koordynatorem nadzoru S. C., legitymującym się doświadczeniem w wykonaniu usługi nadzoru, spełniającym warunki określone przez Zamawiającego, zdobytym przy zadaniu pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 933 Gorlice - Nowy Żmigród - Dukla polegająca na budowie mostu na potoku Kłopotnica w km 21+385 wraz z dojazdami i przebudowie oraz budowie niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych w m. Pielgrzymka", w okresie od dnia 3.04.2019 r. do dnia 14.11.2019 r., realizowanym przez wykonawcę AB CONSULTING S.c. na rzecz Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie;

V. art. 91 ust. 1 Pzp - nieprzyznanie ofercie Odwołującego 10 punktów w kryterium oceny pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy", podczas gdy Odwołujący w toku postępowaniu wykazał, że dysponuje Koordynatorem nadzoru S. C., legitymującym się doświadczeniem w wykonaniu usługi nadzoru, spełniającym warunki określone przez Zamawiającego, zdobytym przy zadaniu pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 933 Gorlice - Nowy Żmigród - Dukla w km 22+617,45 do 22+745,12 polegająca na budowie mostu w km 22+692 wraz z dojazdami i niezbędną infrastrukturą w m. Pielgrzymka", w okresie od dnia 3.04.2019 r. do dnia 14.11.2019 r., realizowanym przez wykonawcę AB CONSULTING S.c. na rzecz Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie;

VI. art. 87 ust. 1 Pzp - zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, tj. dokumentów złożonych na potwierdzenie, że Koordynator nadzoru

S. C. legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej 3 usług nadzoru, spełniającym warunki określone przez Zamawiającego na potrzeby kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy";

VII. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw z art. 90 ust. 3 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GEOART oraz należytej oceny jego wyjaśnień - pomimo, że cena oferty GEOART była rażąco niska, niewspółmierna do kosztu wykonania zamówienia a wyjaśnienia są niewiarygodne, niezgodne z wymaganiami SIWZ oraz nie poparte należycie dowodami.

VIII. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp - zaniechanie wykluczenia wykonawcy GEOART w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - dysponowania osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone (pkt 12.132. SIWZ), podczas gdy w Wykazie osób wykonawca GEO-ART wskazał na osoby, które nie będą w jego dyspozycji;

IX. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp - zaniechanie wykluczenia wykonawcy GEOART z postępowania, podczas gdy podmiot ten w wyniku zamierzonego działania - dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania osobami, które zostaną skierowane do realizacji

zamówienia, legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone (pkt 12.1.3.2. SIWZ) wskazał na osoby, które nie będą w jego dyspozycji, czym wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu;

X. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GEOART z powodu niezgodności z ustawą - zakaz zmiany oferty po terminie składania ofert, podczas gdy wykonawca w ramach wyjaśnień ceny oferty dokonał zmiany treści oferty polegającej na wprowadzeniu podwykonawców, pomimo pierwotnej jednoznacznej deklaracji w ofercie w zakresie samodzielnego wykonania zamówienia;

XI. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio lub pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2. powtórzenia procesu badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy", 3. wykluczenia wykonawcy GEOART z postępowania, 4. odrzucenia oferty wykonawcy GEOART, 5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Wykonawca wskazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego Odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia. Zamawiający nie przyznał Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy, tj. osoby - Koordynatora nadzoru posiadającego uprawnienia do nadzorowania w specjalności drogowej" (dalej jako „Doświadczenie personelu wykonawcy'), mimo że Odwołujący w toku postępowania wykazał, że dysponuje Koordynatorem nadzoru legitymującym się wymaganym doświadczeniem w wykonaniu 3 nadzorów spełniających warunki określone przez Zamawiającego i w związku z tym powinien uzyskać maksymalną liczbę punktów w przedmiotowym kryterium (30 pkt). Następnie Zamawiający — na skutek przyznania ofercie Odwołującego nieprawidłowej liczby punktów ww. kryterium oceny ofert - dokonał wyboru oferty wykonawcy GEOART Geodezja i Budownictwo J. P., ul. Rynek 38, 34-470 Czarny Dunajec (dalej jako „GEOART'). Tymczasem w rzeczywistości to oferta Odwołującego była najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert ustalonych w postępowaniu. Ponadto Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wybranej, która zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający zaniechał należytej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę oraz ich weryfikacji. Niezależnie od tego Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy GEOART z postępowania mimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedstawienia nieprawdziwych informacji, jak również zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy GEOART, mimo że treść jego oferty została zmodyfikowania po terminie składania ofert, na co wskazuje sprzeczność jej treści z treścią wyjaśnień w zakresie ceny oferty, oraz - jak wynika to z wyjaśnień - zamówienia realizowane będzie z udziałem podwykonawców, a wykonawca GEOART - w ofercie oraz w JEDZ — zapewnił o samodzielnej realizacji zamówienia. Gdyby Zamawiający rzetelnie ocenił ofertę Odwołującego, w tym prawidłowo zbadał dokumenty złożone przez niego dla potwierdzenia dysponowania Koordynatorem nadzoru legitymującym się wymaganym doświadczeniem w wykonaniu 3 nadzorów spełniających warunki określone w SIWZ oraz treść wyjaśnień wykonawcy GEOART w zakresie ceny oferty, Zamawiający przyznałby Odwołującemu maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy", zaś ofertę wykonawcy GEOART odrzuciłby w związku z rażąco niską ceną. W takiej sytuacji to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, bowiem nie podlega wykluczeniu z postępowania, spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta miałaby najwięcej punktów w kryteriach oceny ofert. Odwołujący miałby szansę prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania zysku oraz potwierdzenia prawidłowego wykonania. Brak uzyskania powyższych - stanowi jego szkodę.

W uzasadnieniu wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

(...)

3. W pkt 23.2 SIWZ Zamawiający określił kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy" z wagą 30 pkt. Zamawiający opisał kryterium w następujący sposób:

„Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium w oparciu o załączony do oferty wykaz, oświadczenie i dowody potwierdzające prawidłowość ich realizacji (wzór wykazu i oświadczenia stanowi załącznik nr 10 do siwz) świadczonych w okresie ostatnich 6 lat licząc

od daty wyznaczonej na składanie ofert, usług przez Koordynatora nadzoru, nad robotami realizowanymi w procedurze „zaprojektuj i wybuduj" polegającymi na przebudowie lub rozbudowie drogi publicznej. Za każdy wykazany nadzór potwierdzony dowodami wykazującymi jego należyte sprawowanie i spełniający powyższe warunki, wykonawca otrzyma 10 punktów, maksymalnie w tym kryterium można otrzymać 30 punktów.

Wykonawca który nie załączy do oferty wykazu wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług w nim "mienionych wraz z oświadczeniem Koordynatora nadzoru, uzyska w tym kryterium 0 punktów.

UWAGA!!! Zamawiający informuje ze wykazane przez wykonawcę doświadczenie pesonelu - osoby posiadającej uprawnienia do nadzorowania w specjalności drogowej (musi dotyczyć osoby Koordynatora nadzoru jaką wykonawca wykazuje na spełnienie warunku opisanego w pkt-12.1.32siwz".

4. W pkt 13.5. SIWZ Zamawiający określił jakie dokumenty należy złożyć w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy":
„W celu uzyskania punktów w kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej: Doświadczenie personelu wykonawcy tj. Koordynatora Nadzoru posiadającego uprawnienia do nadzorowania w specjalności drogowej należy do oferty załączyć wykaz tych usług wraz z dowodami (np. referencje) potwierdzającymi ich należyte świadczenie - wzór wykazu stanowi załącznik nr 10 do siwz. Niezałączenie do oferty wymaganego wykazu lub dowodów potwierdzających należyte świadczenie wykazanych usług skutkować będzie nieprzyznaniem wykonawcy punktów w kryterium doświadczenia personelu wykonawcy".

5. Dnia 2.12.2019 r. oferty w postępowaniu złożyli m.in. wykonawcy GEOART oraz Odwołujący. Wartość oferty GEOART wynosiła 375.150,00 zł brutto, zaś wartość oferty Odwołującego 733.262,32 zł brutto. Wykonawca GEOART i Odwołujący zaoferowali analogiczne warunki w zakresie pozostałych kryteriach oceny ofert (30 dniowy termin płatności, dysponowanie Koordynatorem nadzoru posiadającym doświadczenie wymagane przez Zamawiającego przy wykonaniu 3 usług nadzoru). Jednocześnie Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 1 mln zł brutto.

6. Odwołujący załączył do oferty - w celu uzyskania punków w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy" — dokumenty wymagane w pkt 13.2. SIWZ, tj. wykaz usług, gdzie doświadczenie zdobył Koordynator nadzoru S. C. oraz referencje potwierdzające, że osoba ta świadczyła usługę nadzoru inwestorskiego przy tych zadaniach. Wykazane doświadczenie S. C. jako Koordynatora nadzoru dla zadania:

1. pn. Utworzenie Tuchowskiej Strefy Aktywności na terenach poprzemysłowych w m.Tuchów - budowa dróg publicznych (....) Zamawiający: Gmina Tuchów; Wykonawca usługi nadzoru: EUROINWEST R. M.; Inspektor nadzoru ds. drogowych: S. C.;

2. pn. Strefa Aktywności w m. Siedliska, Gmina Bobowa - budowa dróg; (...) Zamawiający: Gmina Bobowa; Wykonawca usługi nadzoru: EUROINWEST R. M.; Inspektor nadzoru ds. drogowych: S. C.

3. pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z remontem (została wykonana przebudowa obiektów wraz z dwóch obiektów inżynierskich zlokalizowanych w Czchów w ciągu DK 75 w km 215+730 na potoku Zelina oraz w miejscowości Jasna Podłopień w ciągu DK 28 w km 99+413 na potoku Suchy Potok; (.) Zamawiaj ący: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych Autostrad odział w Krakowie; Wykonawca usługi nadzoru: ABE CONSULTING Spółka Cywilna; Inspektor nadzoru ds. drogowych: S. C.;

4. pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 993 Gorlice Nowy Żmigród - Dukla w km 22+617,45 do 224745,12 polegająca na budowie mostu w km 22+692 z dojazdami i infrastrukturą w m. Pielgrzymka; (.) Zamawiający: Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie; Wykonawca usługi nadzoru AB CONSULTING Spółka Cywilna; Inspektor nadzoru ds. drogowych: S. C..

5. pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 993 Gorlice Nowy Żmigród - Dukla (...) polegająca na budowie mostu w km 22+692 z dojazdami i infrastrukturą w m. Pielgrzymka; (...) Zamawiający: Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie; Wykonawca usługi nadzoru AB CONSULTING Spółka Cywilna; Inspektor nadzoru ds. drogowych: S. C..

Odwołujący wraz z wykazem złożył referencje od podmiotów EUROINWEST R. M. (pismo z dnia 22.11.2019 r.) oraz ABE CONSULTING S.c., (pismo z dnia 26.11.2019 r.) i AB CONSULTING S.c., (pismo z dnia 26.11.2019 r.) w których potwierdzono, że S. C. pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego na ww. kontraktach.

7. Pismem z dnia 15.01.2020 r. (doręczonym Odwołującemu w wiadomości e-mail z dnia 16.01.2020 r.) Zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy GEOART (łącznie 70 pkt w kryteriach oceny ofert). Oferta Odwołującego uplasowała się na 2 miejscu (łącznie 50,69 pkt). Co istotne - Odwołujący uzyskał jedynie 10 pkt w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy". Dwie oferty zostały odrzucone.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w przypadku oferty Odwołującego - przyznał jej tylko 10 pkt w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy" - bowiem tylko doświadczenie zdobyte przez S. C. przy realizacji usługi pn. „Utworzenie Tuchowskiej Strefy Aktywności Gospodarczej na terenach poprzemysłowych w m. Tuchów - budowa dróg publicznych" odpowiadało warunkom określonym w pkt 23.2. SIWZ.

8. Co do doświadczenia S. C. zdobytego przy realizacji usługi pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. »Strefa Aktywności Gospodarczej w m. Siedliska, Gmina Bobowa — budowa dróg«" Zamawiający wskazał, że z treści ogłoszenia o zamówieniu nr 609484-N-2017 z dnia 31.10.2017 r. opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych wynika, że nadzór inwestorski dotyczył nadzoru nad budową drogi wewnętrznej a nie drogi publicznej, jak wymagano w pkt 23.2. SIWZ. Zamawiający przytoczył fragment ww. ogłoszenia (.).

9. Z kolei co do doświadczenia S. C. zdobytego przy realizacji pozostałych wskazanych usług Zamawiający zbiorczo wskazał, że pełnienie tam nadzoru inwestorskiego dotyczyło obiektów mostowych, które nie stanowią „w rozumieniu technicznym ustanawianego wymogu drogi publicznej i przepisów ustawy". Zamawiający podniósł, że w pkt 12.1.3.1 a) SIWZ dokonał rozróżnienia obiektów przywołując stosowany akt prawny:

„a) Przez węzeł, obiekt mostowy„ miejsce obsługi podróżnych Zamawiający rozumie:

Obiekty budowlane zdefiniowane w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2018 poz. 2068 ze zm.)

10. Zamawiający w toku postępowanie nie wzywał Odwołującego - w trybie art. 87 ust. 1 Pzp - do złożenia wyjaśnień w zakresie powołanego doświadczenia S. C..

11. Dnia 13 grudnia 2019 r. Zamawiający skierował do Wykonawcy GEOART wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w zakresie kalkulacji zaoferowanej przez wykonawcę ceny, żądając w tym zakresie wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów na ich poparcie. Zamawiający żądał wskazania następujących informacji: „Wyjaśnienia i dowody powinny w szczególności dotyczyć takich elementów jak: Jakie czynniki ekonomiczne wpłynęły na ukształtowanie tak korzystnej dla zamawiającego ceny usługi nadzoru inwestorskiego?

2. Jak długo pracuje Pani w branżowym składzie osobowym podanym w ofercie?

3. Na jakich zasadach będzie Pani zatrudniała inspektorów branżowych i jaką przewiduje

Pani dla nich wysokość wynagrodzenia ?

4. Czy w Pani kalkulacji zostały zachowane minimalne stawki wynagrodzenia za prace adekwatne do rodzaju umów z zatrudnionymi do realizacji zadania inspektorami branżowymi i jakie to są stawki ?

5. Czy w ofercie brała Pani uwagę wydłużenie okresu nadzoru bez zmiany wynagrodzenia?

6. Czy w ofercie uwzględniła Pani wykonywanie na żądanie Zamawiającego przedmiarów, kosztorysów i Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru robót dla prac projektowych i związanych z nimi robót budowlanych zleconego zadania, mogących wystąpić a nieprzewidywanych w chwili zawierania umowy z Wykonawca i niniejszej umowy, do wysokości 15% wartości robót budowlanych?".

12. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca GEOART w piśmie z 17 grudnia 2019 przedstawił lakoniczne wyjaśnienia, poparte jedynie oświadczeniami prywatnymi, niezgodne z wymaganiami SIWZ oraz nie zawierające odpowiedzi na wszystkie z pytań zadanych przez Zamawiającego. Mimo tych okoliczności, Zamawiający uznał, że cena oferta GEOART nie jest rażąco niska.

I. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp - nieprzyznanie ofercie Odwołującego 10 punktów w kryterium oceny pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy".

1) przy realizacji zadania pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. »»Strefa Aktywności Gospodarczej w m. Siedliska, Gmina Bobowa — budowa dróg««" przez wykonawcę EUROINWEST R. M. na rzecz Gminy Bobowa.

Odwołujący załączył do oferty poświadczenie podmiotu EUROINWEST R. M. z dnia

22.11.2019 r., w którym wskazano, że S. C. pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej, mostowej oraz sanitarnej, przy realizacji w systemie „projektuj i zabuduj" ww. kontraktu. Zadanie obejmowało budowę lub przebudowę drogi publicznej. Dla potwierdzenia powyższej okoliczności Odwołujący przedstawił fragment dokumentacji ww. zdania, tj. Programu Funkcjonalno - Użytkowego, gdzie wprost wskazano, że przedmiotem robót była droga gminna:

„1.2. Charakterystyczne parametry określające zakres robót budowalnych. Zakres zamówienia obejmuje:

1. Opracowanie dokumentacji projektowej branży drogowej oraz branż towarzyszących (uzbrojenie terenu w infrastrukturę techniczną, likwidacja kolizji) wraz ze szczegółowymi

specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiarami robót w oparciu o niniejsze PFU, 2. Uzyskanie wszelkich wymaganych prawem uzgodnień i decyzji pozwalających wykonać prace budowlane w oparciu o obowiązujące przepisy, 3. Utrzymanie

drogi gminnej dojazdowej na terenie 'budowy w stanie niepogorszonym i zapewniającym bezpieczny ruch pojazdów do daty przejęcia terenu budowy przez zamawiającego, 4.

Zapewnienie ciągłości ruchu drogowego i pieszego na czas prowadzenia robót (organizacja na czas robót projekt, wykonanie, utrzymanie i likwidacja), 5. Wykonanie pozostałych robót budowalnych określonych w dokumentacji projektowej wykonanej przez wykonawcę i zaakceptowanej przez zamawiającego: a) Roboty przygotowawcze i rozbiórkowe, b) Roboty ziemne (korytowanie pod konstrukcję jezdni, chodników, wykopy pod likwidacje sieci, wykopy pod projektowane uzbrojenie terenu), c) Budowa drogi gminnej na terenie Strefy Aktywności Gospodarczej z placem do zawracania zlokalizowanym na końcu drogi (nazywana dalej „droga gminna SAG"), d) Budowa skrzyżowania z drogą gminną (była droga wojewódzka 981), e) Budowa prawostronnego chodnika oraz lewostronnego bezpiecznika na całej

długości przedmiotowego odcinaka drogi gminnej SAGA, f) Budowa zjazdów publicznych, g) Budowa kanalizacji deszczowej z odprowadzeniem wód opadowych do odbiornika, h) Budowa przepustu drogowego pod koroną drogi gminnej SAG, i) Przebudowa lub remont istniejącego systemu odwodnienia — rowu otwartego.

Wskazał, że w myśl art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 2068) - droga gminna jest drogą publiczną: Art. 2.1. Drogi publiczne ze względu na funkcje w sieci drogowej dzielą się na następujące kategorie: 1) drogi krajowe; 2) drogi wojewódzkie; 3) drogi powiatowe; 4) drogi gminne.

2) przy realizacji zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z remontem dwóch obiektów inżynierskich zlokalizowanych w miejscowości Czchów (...):

- zadanie obejmowało budowę lub przebudowę drogi publicznej. W myśl przepisów powołanej przez Zamawiającego ustawy o drogach publicznych drogę definiuje się jako budowlę wraz z obiektami inżynierskimi, stanowiącą całość techniczno - użytkową (art. 4 pkt

2 ustawy):

Art. 4. Użyte w ustawie określenia oznaczają:

3) droga - budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz

instalacjami, stanowiącą całość techniczno - użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym;

Ponadto w przepisach tych obiekt mostowy definiuje się jako budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi (art. 4 pkt 13 ustawy): „13) obiekt mostowy - budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji nad przeszkodą terenową, w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę;".

Również w orzecznictwie przyjmuje się, że most jest częścią drogi publicznej:

Wyrok NSA z dnia 11.12.2018 r., sygn. akt II OSK 498/18:

„Prawidłowo Sąd I instancji uznał, że "wiadukt" jako obiekt mostowy (pkt 13 art. 4 ustawy o drogach publicznych) jest drogowym obiektem inżynierskim (pkt 12), wobec czego stanowi część drogi (pkt 2). Wiadukt znajduje się wprawdzie nad linią kolejową włożoną na działce nr (...) której użytkownikiem wieczystym jest S.A., to jednak Sąd I instancji prawidłowo podzielił stanowisko organu, że leży on w ciągu wspomnianej drogi wewnętrznej, Płożonej na działkach nr pozostającej bezspornie w zarządzie Gminy K., z czym wiąże się obowiązek

jego utrzymania.

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 21.09.2016 r., sygn. akt II SA/Gd 361/16:

„Zgodnie bowiem z art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 460) użyte w ustawie określenie "droga" oznacza budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym Natomiast w myśl art 4 pkt 13 tej ustawy określenie "obiekt mostowy" oznacza budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego łub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji nad przeszkodą terenową, w most, wiadukt, estakadę, kładkę. Z powyższych przepisów wynika zatem, że most jest częścią drogi publicznej i stanowi budowlę.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 24.04.2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 2001/07:

Wiadukt jako drogowy obiekt inżynierski (art. 4 pkt 11 i 13 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o diwach publicznych - Dz.U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115 ze zm.) mieści się pod pojęciem drogi, której definicja zawarta jest w art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych.

Zatem - mając na względzie, że droga w świetle przepisów ustawy o drogach publicznych - obejmuje również obiekty inżynierskiej - nie może być wątpliwości, że wykonanie robót budowlanych związanych z remontem dwóch obiektów inżynierskich zlokalizowanych w miejscowości Czchów w ciągu DK 75 w km 35+730 na potoku Zelina oraz w miejscowościach Jasna Podłopień w ciągu DK 28 w km 99+413 na potoku Suchy Potok - obejmowało budowę lub przebudowę drogi publicznej. Niezależnie od powyższego ww. zadanie obejmowało budowę lub przebudowę drogi publicznej znajduje potwierdzenie w dotyczącej go dokumentacji. Wskazał na fragmenty dokumentacji zadania: Roboty drogowe: Roboty drogowe winny być tylko w sprzyjających warunkach atmosferycznych. Przy prowadzeniu robót nie dopuszczać do powstania szkód w przyległych obiektach (.); Grubość nawierzchni na obiekcie nie może przekraczać.. cm (.)

3) przy realizacji zadania pn.. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 933 Gorlice — Nowy Żmiqród — Dukla (.)

Zadanie obejmowało budowę lub przebudowę drogi publicznej. W myśl przepisów powołanej przez Zamawiającego ustawy o drogach publicznych drogę definiuje się jako budowlę wraz z obiektami inżynierskimi, stanowiącą całość techniczno - użytkową (art. 4 pkt 2 ustawy):

4) przy realizacji zadania pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 933 Gorlice - Nowy Żmigród - Dukla (.): Powołał się na okoliczności i przepisy prawa jak powyżej.

W konsekwencji nieprzyznanie przez Zamawiającego ofercie Odwołującego 10 punktów w odniesieniu do każdego z zadań w kryterium oceny pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy" w związku z doświadczeniem S. C. stanowiło (zdaniem wykonawcy) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, a wybór oferty wykonawcy GEOART jako oferty najkorzystniejszej zw. z art. 2 pkt 5 Pzp także dokonany został z naruszeniem ustawy Pzp, albowiem oferta wykonawcy powinna uzyskać 70,69.

II. Naruszenie 87 ust. 1 Pzp - zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty - dokumentów złożonych na potwierdzenie, że Koordynator nadzoru S. C. legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu na potrzeby kryterium oceny pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy":

Zamawiający w toku postępowania nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Tymczasem jak wynika z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty - Zamawiający miał szereg wątpliwości co do treści dokumentów złożonych przez Odwołującego w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy". Zamawiający w szczególności mógł w toku postępowania wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do tego czy: doświadczenie S. C. w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru w ramach wskazanych zadań dotyczyło przebudowy lub rozbudowy drogi publicznej czy drogi wewnętrznej -odpowiadało wymogom określonym w pkt 23.2. SIWZ.

III. Naruszenie 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty

wykonawcy GEOART oraz należytej oceny jego wyjaśnień - cena oferty była rażąco niska, niewspółmierna do kosztu wykonania zamówienia a wyjaśnienia są niewiarygodne, niezgodne z wymaganiami SIWZ oraz nie poparte należycie dowodami.

1. Wyjaśnienia nie uwzględniają wymagań treści opisu przedmiotu zamówienia oraz są dowodem na okoliczność, że cena wykonawcy jest rażąco niska, a nawet — poniżej minimalnych kosztów wykonania zamówienia. Brak uwzględniania kosztów:

1) dojazdu inspektorów nadzoru - za wyjątkiem jednego inspektora dojeżdżającego z Czarnego Dunajca. W zakresie kosztów transport — z kalkulacji indywidualnej kosztów załączonej do wyjaśnień GEOART wynika, że w wycenie uwzględniono jedynie koszt transportu jednego inspektora nadzoru dojeżdżającego z Czarnego Dunajca (prawdopodobnie chodzi o inspektora koordynatora, mającego bezwzględny obowiązek codziennego stawiania się na budowie). Natomiast wycena nie uwzględnia kosztów dojazdu pozostałych inspektorów nadzoru, w tym inspektorów branżowych, których oferty zostały załączone do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, prowadzących własną działalność gospodarczą poza miejscowością Czarny Dunajec: p. J. J. (inspektor nadzoru w branży instalacyjnej - adres siedziby: Czerwienne (.); p. S. J. (inspektor branży telekomunikacyjnej - adres siedziby: Nowy Sącz; p. P. S. (inspektor nadzoru branży elektrycznej - adres siedziby: Bukowina Tatrzańska. Ponadto — nie wyjaśniono kosztów dojazdu pozostałych inspektorów wskazanych w Wykazie osób, w tym p. A. W. (inspektor nadzoru proces przygotowania dokumentacji projektowej - architekt).

2) wykonania (uczestniczenia) w przeglądach gwarancyjnych w okresie gwarancji i rękojmi na roboty budowlane. Z § 4 ust. 1 i 2 wzoru umowy wynika, że do zakresu obowiązków Wykonawcy należy udział w odbiorach w okresie gwarancji i rękojmi na roboty budowlane. Ponadto zgodnie z wzorem umowy: wynagrodzenie Inspektora obejmuje również obejmuje również wynagrodzenie za wykonanie czynności w okresie trwania gwarancji i w czasie odbiorów pogwarancyjnych (§ 5 ust. 9 pkt 4); do zakresu obowiązków inspektora nadzoru należy udział w czynnościach odbioru gwarancyjnego i pogwarancyjnego (§ 1 ust. 6 pkt 12). Powyższe oznacza, że usługa nadzoru powinna trwać do 28.06.2027r. T60miesięcy okres gwarancji i rękojmi zadeklarowany przez Wykonawcę robót budowlanych; Dowód: informacja z otwarcia ofert na Wykonawcę robót budowanych — pismo z dnia 17.08.2019r. oraz informacja z wyboru najkorzystniejszej oferty na Wykonawcę robót budowanych — pismo z dnia 03.09.2019r., w związku z postanowieniami SIWZ na wykonanie robót budowlanych - ust. 8 w zw. z rozdz. 3 ust. 3.2 pkt 1 dot. projektowania i pkt. 2 dot. wykonania robót budowlanych - w posiadaniu Zamawiającego. Wykonawca GEOART powinien uwzględnić w wycenie koszt wykonania czynności w okresie trwania gwarancji i w czasie odbiorów pogwarancyjnych. Tymczasem - koszty te nie zostały uwzględnione w wyjaśnieniach ceny GEOART.

3. Z wyjaśnień oraz kalkulacji indywidualnej kosztów wykonawcy GEOART nie wynika w żaden sposób, ze wykonawca GEOART uwzględnił w wycenie koszty pośrednie, obejmujące szereg kosztów, które wykonawca powinien uwzględnić w ofercie, w tym: koszt przygotowania oferty w tym m.in. analiza kosztów, metody wykonania, analiza dokumentów przetargowych, itp.; koszt wadium; koszt zastępstw urlopowych; koszt materiałów eksploatacyjnych i urządzeń; koszt środków łączności, mediów itp.; koszt ubezpieczeń firmy w tym m.in. NNW, OC firmy; koszt zarządu firmy; kosztów ogólnych działalności firmy; kosztów wynajęcia i utrzymania biura; koszt obsługi księgowej i prawnej; koszt podatków i opłat; i innych podobnych kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

4. Stawka 30 zł za godzinę pracy brutto - jest niewiarygodna w odniesieniu do inspektorów branżowych, którzy zgodnie z § 3 ust. 7 wzoru umowy stawiają się w miarę potrzeby codziennie na terenie budowy oraz dodatkowo na wezwanie zamawiającego. Wskazana stawka nosi znamiona sztucznej, dostosowanej do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Należy uwzględnić, że w przypadku inspektorów branżowych, w przypadku których nie określono bezwzględnego obowiązku codziennego stawiennictwa na terenie budowy stawka za godzinę powinna być znacząco wyższa, np. wynosząca 150-200 zł za godzinę pracy.

5. Wykonawca przedstawił wraz z wyjaśnieniami niewiarygodne dowody: Załączył do wyjaśnień jedynie oświadczenia prywatne, które nie stanowią dowodów rzetelnej kalkulacji ceny oferty wykonawcy GEOART. Zatem w niniejszej sytuacji - Zamawiający nie ocenił wiarygodności złożonych wyjaśnień, gdyż oświadczenia członków rodziny Wykonawcy, czy też współpracowników — są niewiarygodnymi dowodami. W niniejszej sytuacji - jedyne „dowody" jakie przedłożono to oświadczenia prywatne, które nie powinny stanowić podstawy do uznania wartości z oferty za wiarygodne i możliwe do wykonania zgodnie z SIWZ.

2. Całokształt wyjaśnień może wskazywać, że GEOART dopasowywał wyjaśnienie i kalkulację do zaoferowanej ceny. Należy wskazać, że cena oferty powinna być skutkiem

szczegółowej analizy wymagań OPZ (tymczasem w wyjaśnieniach GEOART w szczególności wątpliwości budzić mogą „okrągłe” kwoty wskazane jako koszty pracy poszczególnych inspektorów — w ocenie Odwołującego przy rzetelnej kalkulacji nie jest to możliwe z uwagi na znaczną liczbę inspektorów i wielość czynników mających wpływ na cenę). Złożone wyjaśnienia są nieprzekonywujące, brak jest szczegółowej kalkulacji kosztów pracy, w tym założonego wymiaru czasu pracy poszczególnych inspektorów. Wyjaśnienia maja charakter zdawkowy i nie są wystarczające w zakresie wyjaśnienia m.in. oszczędności metody wykonania zamówienia (przy cenie oferty niższej o ok. 70% od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Tymczasem Zamawiający - w szczególności w protokole z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 23 grudnia 2019 r. - nie przedstawił szczegółowych powodów uznania złożonych wyjaśnień za wystarczające, jak również uznania, że załączone dowody potwierdzają, że oferta wykonawcy GEOART nie jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę.

IV. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp - zaniechanie wykluczenia wykonawcy GEOART - niewykazaniem spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej — dysponowania osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone (pkt 12.1.3.2. SIWZ), podczas gdy w Wykazie osób wykonawca GEOART wskazał na osoby, które nie będą w jego dyspozycji (pkt 12.1.3.2. SIWZ), czym wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu:

- Wykonawca GEOART w Wykazie osób wskazał, że będzie dysponował osobami - inspektorami nadzoru m.in.: J. P., J. J., P. S. oraz S. J. - na podstawie „umów”.

Tymczasem z wyjaśnień wykonawcy GEOART z dnia 17.12.2019 r. w zakresie ceny oferty wynika, że osoby co do których wskazał w Wykazie osób jako „umowę” podstawę dysponowania — częściowo pozostają w jego dyspozycji na podstawie „zatrudnienia”, a zatem umów o pracę (J. P.), a częściowo są podwykonawcami (J. J., P. S. oraz S. J.). Wynika to z fragmentów, gdzie wykonawca GEOART wskazał, że J. P. jest „zatrudniony” u wykonawcy, zaś „inspektorzy branżowi pracują na podstawie umów i zleceń, na konkretne zadanie zgodnie z przyjętymi od nich ofertami”.

W związku z powyższym - z wyjaśnień ceny oferty wynika - że wykonawca GEOART nie będzie dysponował osobami - inspektorami nadzoru: J. J., P. S. oraz S. J. — na podstawie „umów", jak zostało to wskazane w Wykazie osób. Osoby te nie są zatrudnione przez wykonawcę GEOART (tak jak jest to w przypadku Józefa Polaczka).

W takiej sytuacji osoby te mogłyby ewentualnie pozostawać w dyspozycji wykonawcy GEOART jako podwykonawcy. Jednak wykonawca GEOART nie może tymi osobami dysponować w ramach podwykonawstwa, bowiem jak wynika z jego oferty oraz JEDZ — założył on osobistą realizację zamówienia. W związku z powyższym - mając na uwadze treść Wykazu osób - wykonawca GEOART nie wykazał, że będzie dysponował osobami — inspektorami nadzoru: J. J., P. S. oraz S. J. — na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. Treść Wykazu osób nie odpowiada rzeczywistości. Oznacza to, że wykonawca GEOART nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 12.1.3.2. SIWZ. W takiej sytuacji zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy GEOART stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

2. Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy GEOART do złożenia wyjaśnień co do treści Wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, mimo istnienia opisanych wyżej wątpliwości (wskazanie w Wykazie osób, że wykonawca GEOART będzie dysponował osobami: J. P., J. J., P. S. oraz S. J. na podstawie „umów” oraz wskazanie w wyjaśnieniach ceny oferty z dnia 17.12.2019 r., że J. P. jest zatrudnionym pracownikiem wykonawcy GEOART, zaś osoby J. J., S. J. oraz P. S. będą podwykonawcami wykonawcy GEOART).

3. Przedstawienie w Wykazie osób informacji, że wykonawca GEOART dysponuje osobami J. P., J. J., P. S. oraz S. J. na podstawie „umów” — podczas gdy z wyjaśnień ceny oferty z dnia 17.12.2019 r. wynika, że J. P. jest pracownikiem wykonawcy GEOART, zaś osoby Usługi Projektowo - Budowlane inż. J. J., ElektroTel S. J. oraz P. S. BIURO USŁUG INŻYNIERSKICH EN-ES będą podwykonawcami wykonawcy GEOART stanowiło przedstawienie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji.

Mając na uwadze charakter tych informacji (informacje przedstawiane są świadomie przez profesjonalnego wykonawcę, w celu wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że w na potrzeby realizacji zamówienia dysponuje osobami na konkretnej podstawie „umowie”, o konkretnych, wymaganych przez Zamawiającego kwalifikacjach) uzasadniony jest również wniosek, że wykonawca przedstawił te informacje w wyniku zamierzonego działania, a celem działania wykonawcy GEOART było wprowadzenie

Zamawiającego w błąd, co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 12.1.3.2. SIWZ. Z uwagi na powyższe Zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę GEOART z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie przedmiotowego przepisu. Ewentualnie, w razie uznania, że wykonawca GEOART przedstawił w toku postępowania nieprawdziwe informacje nie w wyniku zamierzonego działania, lecz w wyniku lekkomyślności — zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy GEOART z postępowania stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Podanie przez wykonawcę GEOART nieprawdziwych informacji miało wpływ na działania podejmowanie przez Zamawiającego w postępowaniu, bowiem przyczyniło się do uznania przez Zamawiającego, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w

konsekwencji - do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

V. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GEOART z powodu niezgodności z ustawą - zakaz zmiany oferty po terminie składania ofert, podczas gdy wykonawca w ramach wyjaśnień ceny oferty dokonał zmiany treści oferty polegającej na wprowadzeniu podwykonawców, wbrew pierwotnej jednoznacznej deklaracji w ofercie w zakresie samodzielnego wykonania zamówienia: Wykonawca GEOART oświadczył w ofercie, że nie zamierza powierzyć podwykonawcy realizacji części zamówienia. Analogiczne oświadczenie wykonawca GEOART powtórzył w JEDZ. Tymczasem w z treści wyjaśnień w zakresie ceny oferty z dnia 17.12.2019 r. złożonych przez wykonawcę GEOART w toku postępowania wynika, że dokonał on zmiany treści oferty w zakresie podwykonawstwa i obecnie zamierza realizować zamówienie przy udziale podwykonawców. Zwrócił uwagę, że współpraca między wykonawcą GEOART a inspektorami branżowymi oparta jest na „zleceniach i ofertach". Wykonawca GEOART załączył do wyjaśnień ceny oferty - jako dowody - oferty od inspektorów branżowych, które wystawili oni jako niezależni przedsiębiorcy:

- oferta przedsiębiorcy Usługi Projektowo - Budowlane inż. J. J., Czerwienne 282a, 34407 Ciche, NIP 735 214 56 23 z dnia 30.11.2019 r., na usług sprawowania nadzoru w trakcie wykonywania dokumentacji projektowej, jak również w trakcie realizacji prac budowlanych, za kwotę 32 500,00 zł brutto;

- oferta przedsiębiorcy ElektroTel S. J., ul. Lachów Sądeckich 26c, 33-300 Nowy Sącz, NIP 734 164 38 20 z dnia 30.11.2019 r., na świadczenie usług — pełnienie funkcji inspektora nadzoru dla zadania „Budowa centrum komunikacyjnego w Zakopanem", za kwotę 18 500,00 zł brutto;

- oferta przedsiębiorcy P. S. BIURO USŁUG INŻYNIERSKICH EN-ES, ul. Leśna 15, 34-530 Bukowina Tatrzańska, NIP 736 128 22 42 z dnia 30.11.2019 r., na świadczenie usługi - sprawowanie funkcji inspektora nadzoru dla zadania „Budowa centrum komunikacyjnego w Zakopanem", za kwotę 23 500,00 zł brutto.

Oznacza to, że wykonawca GEOART w ramach wyjaśnień — przedstawiając oferty od ww. niezależnych przedsiębiorców oraz wskazując, że „inspektorzy branżowi pracują na podstawie umów i zleceń, na konkretne zadanie zgodnie z przyjętymi od nich ofertami" - dokonał w istocie zmiany pierwotnego oświadczenia złożonego w ofercie (że będzie realizował zamówienia w udziałem podwykonawców). Obecnie wykonawca GEOART ofertuje wykonanie zamówienia przy uczestnictwie podwykonawców niezależnych przedsiębiorców Usługi Projektowo — Budowlane inż. J. J., ElektroTel S. J. oraz P. S. BIURO USŁUG INŻYNIERSKICH EN-ES. stoi to w sprzeczności z treścią przytoczonego wcześniej fragmentu oferty wykonawcy, jak również oświadczenia zawartego w JEDZ.

Zatem oferta wykonawcy GEOART powinna zostać odrzucona z uwagi na okoliczność, że jest ona niezgodna z ustawą. Wykonawca — wbrew ustanowionemu w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp zakazowi zmiany oferty po terminie składania ofert - w ramach wyjaśnień ceny oferty dokonał zmiany treści oferty polegającej na wprowadzeniu podwykonawców, pomimo

pierwotnej jednoznacznej deklaracji w ofercie w zakresie samodzielnego wykonania

zamówienia. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GEOART w takich okolicznościach

stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Podał, że dokonana ocena ofert i podjęte czynności są zgodne z ustawą Pzp i wskazał na następujące okoliczności odnośnie zarzutów podniesionych w odwołaniu

• Doświadczenie Odwołującego.

Stosownie do postanowień SIWZ, Zamawiający przyznawał punkty w tym kryterium w oparciu o załączony do oferty Wykaz, oświadczenie i dowody potwierdzające prawidłowość ich realizacji (wzór wykazu i oświadczenia Koordynatora stanowi załącznik nr 10 do siwz) świadczonych w okresie ostatnich 5 lat licząc od daty wyznaczonej na składanie ofert przez Koordynatora nadzoru, usług nadzoru nad sporządzeniem dokumentacji projektowej i wykonanymi na jej podstawie robotami budowlanymi polegającymi na przebudowie lub rozbudowie drogi publicznej. Wykazane w p. 3,4,5 oferty obiekty mostowe nie stanowiły w rozumieniu technicznym ustanawianego Kryterium i przepisów ustawy z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2018r. poz.2068) drogi publicznej, tym samym nadzór inwestorski nad ich realizacją nie mógł stanowić podstawy przyznania dodatkowych punktów. Wykazana w p.2 oferty droga miała status drogi wewnętrznej, co wynika ze złożonych dokumentów. Nie była więc droga publiczną w rozumieniu ustanawianego kryterium i obowiązujących przepisów ustawy o drogach publicznych, a tym samym nadzór inwestorski nad jej realizacją nie mógł spowodować przyznania dodatkowych punktów. Rozróżnienie obiektów stanowiących podstawę przyznania kryteriów Zamawiający zawarł w p. 12.1.3.1 a) SIWZ przywołując stosowny akt prawny:

„a) Przez drogę, węzeł, obiekt mostowy, miejsce obsługi podróżnych Zamawiający rozumie: obiekty budowlane zdefiniowane w ustawie z dnia 21 marca 1985 r o drogach publicznych (Dz.U. z 2018 r, poz. 2068 ze zm.)". Podkreślił, że celem działań Zamawiającego było przyznanie dodatkowych punktów za dodatkowe działania inspektora - koordynatora, dla którego Zamawiającym żądał posiadania uprawnień wykonawczych w specjalności drogowej. To Zamawiający posiadając do tego uprawnienie i ustanawiając dodatkowe kryterium decyduje o wyznaczeniu jego granic, podlegających dodatkowemu punktowaniu. Ustanowienie dodatkowego kryterium, które nie posiadałoby ograniczeń, nie miałoby sensu. To samo odniesienie dotyczy do późniejszych jego dowolnych interpretacji. Gdyby Zamawiający dopuszczał do dodatkowego punktowania obiekty inżynierskie związane z drogą, a wymagające posiadania specjalistycznych uprawnień do ich nadzorowania — to określiłby je w SIWZ. Należy nadmienić, że w przypadku takich osób legitymujących się podwójnymi uprawnieniami mógłby narazić się na zarzut nadmiernego ograniczenia konkurencji wśród osób legitymujących się tylko uprawnieniami drogowymi.

• Rażąco niska cena w ofercie GeoArt.

Zamawiający zgodnie z ustawą prawo Zamówień Publicznych przeprowadził postępowanie, czy cena usługi podana przez konkurującą w postępowaniu firmę „Geoart" J. P. nie nosiła znamion rażąco niskiej. W związku z tym skierował do tej finny wniosek o złożenie wyjaśnień. Zakres pytań brzmiał:

1) Jakie czynniki ekonomiczne wpłynęły na ukształtowanie tak korzystnej dla zamawiającego ceny usługi nadzoru inwestorskiego?

2) Jak długo pracuje Pan w branżowym składzie osobowym podanym w ofercie?

3) Na jakich zasadach będzie Pan zatrudniał inspektorów branżowych i jaką przewiduje Pan dla nich wysokość wynagrodzenia ?

4) Czy w Pana kalkulacji zostały zachowane minimalne stawki wynagrodzenia za prace adekwatne do rodzaju umów z zatrudnionymi do realizacji zadania inspektorami branżowymi i jakie to są stawki ?

5) Czy w ofercie brał pan uwagę wydłużenie okresu nadzoru bez zmiany wynagrodzenia?

6) Czy w ofercie uwzględnił Pan wykonywanie na żądanie Zamawiającego przedmiarów, kosztorysów i Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru robót dla prac projektowych i związanych z nimi robót budowlanych zleconego zadania, mogących wystąpić a nieprzewidywanych w chwili zawierania umowy z Wykonawca i niniejszej umowy, do wysokości 15% wartości robót budowlanych?"

Oferent udzielił odpowiedzi, znajdującej się w aktach sprawy.

Zamawiający po wnikliwej analizie załączonego pisma uznał za uzasadnioną argumentację w nim zwartą i tym samym za możliwe wykonanie usługi za kwotę zaprezentowaną przez Oferenta. Uznając ofertę Zamawiający kierował się zasadą celowego i oszczędnego gospodarowania środkami publicznymi oraz faktem, że podobny poziom cen reprezentowała także druga z czterech ofert ze sobą konkurujących. Zamawiający korzystał z usług Oferenta przy innych realizacjach i ocenia je pozytywnie. O powyższym fakcie przesądza również sytuacja na rynku znacznego spadku poziomu cen usług nadzoru inwestorskiego plasujących się znacznie poniżej publikowanych w periodykach fachowych wskaźnikach

procentowych wartości tych usług do wartości realizowanych robot budowlanych.

- Podwykonawcy w ofercie GeoArt,

Wg posiadanej wiedzy do rzadkości należy fakt aby usługa nadzoru inwestorskiego mogła być pełniona samodzielnie. Warunkiem ustanowionym przez Zamawiającego było żądanie, aby Wykonawca dysponował odpowiednim zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia, legitymujących się stosownymi uprawnieniami. Warunek ten został spełniony przez Oferenta. Osoby takie nie mogą być uznane za podwykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 9 lit. b Prawa Zamówień Publicznych, ponieważ nie realizują samodzielnie części usługi

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca

GEOART Geodezja i Budownictwo J. P. z Czarnego Dunajca (pismo z dnia 30 stycznia 2020 r.) wnosząc o oddalenie odwołania. Przystąpienie okazało się nie skuteczne, albowiem wykonawca nie przekazał kopii zgłoszonego przystąpienia Odwołującemu, co jest wymagane ustawą Pzp - przepisem art. 185 ust. 2 zdanie drugie, w myśl którego: „Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z nieprzyznaniem ofercie Odwołującemu dodatkowych 10 punktów (maksymalna liczba 30 pkt) w kryterium oceny: „Doświadczenie personelu wykonawcy" za zadania referencyjne wymienione w Wykazie: „Doświadczenie personelu wykonawcy" Izba uznała ten zarzut niezasadny. Odnośnie podtrzymanych przez wykonawcę na rozprawie zadań referencyjnych z Wykazu z jego punktu 3, 4 i 5 Izba ustaliła, że kwalifikacja Zamawiającego i nieuznanie tych zadań było

zgodne z wymaganiem opisanym w tym kryterium. Wykazane w tych punktach Wykazu obiekty nie stanowiły (jak prawidłowo ustalił Zamawiający w rozumieniu technicznym i przepisów ustawy o drogach publicznych) drogi publicznej wymaganej w tym kryterium i tym samym nadzór inwestorski nad ich realizacją nie mógł stanowić podstawy przyznania dodatkowych punktów.

W myśl punktu 23.2 siwz:

„Doświadczenie personelu wykonawcy tj. osoby - Koordynatora nadzoru posiadającego

uprawnienia do nadzorowania w specjalności drogowej - 30°%"

Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium w oparciu o załączony do oferty wykaz oświadczenie i dowody potwierdzające prawidłowość ich realizacji (wzór wykazu i oświadczenia stanowi załącznik nr 10 do siwz) świadczonych w okresie ostatnich 6 lat licząc od daty wyznaczonej na składanie ofert, usług przez Koordynatora nadzoru, nad robotami realizowanymi w procedurze „zaprojektuj i wybuduj" polegającymi na przebudowie lub rozbudowie drogi publicznej,

Za każdy wykazany nadzór potwierdzony dowodami wykazującymi jego należyte sprawowanie i spełniający powyższe warunki, wykonawca otrzyma 10 punktów, maksymalnie w tym kryterium można otrzymać 30 punktów.

Wykonawca który nie załączy do oferty wykazu wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług w nim wymienionych wraz z oświadczeniem Koordynatora nadzoru ,uzyska

w tym kryterium 0 punktów."

We wskazanych punktach Odwołujący podał, że dotyczą one Pełnienia nadzoru inwestorskiego:

✓ w punkcie 3: nad realizacją zadania pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z remontem (została wykonana przebudowa obiektów wraz z dojazdami) dwóch obiektów inżynierskich (.);

✓ w punkcie 4: nad realizacją zadania pn. Rozbudowa drogi wojewódzkiej (.) polegająca na budowie mostu na potoku (.);

✓ w punkcie 5: nad realizacją zadania pn. Rozbudowa drogi wojewódzkiej (.) polegająca na budowie mostu w km 22+692 wraz z dojazdami i niezbędną infrastrukturą".

Zgodnie z ustawą o drogach publicznych jej art. 4 pkt 2: Użyte w ustawie określenia oznaczają: (...) „ 2) droga - budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym;". Zgodnie z pkt 12 tego artykułu: " 12) drogowy obiekt inżynierski - obiekt mostowy, tunel, przepust i konstrukcję oporową;".

Ponadto stosownie do postanowień art. 2 ust.1 tej ustawy: „1. Drogi publiczne ze względu na funkcje w sieci drogowej dzielą się na (.) kategorie: (.). W myśl natomiast ust.3 tego artykułu: „3. Drogi publiczne ze względów funkcjonalno-technicznych dzielą się na klasy określone w warunkach technicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z

dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2018 r. poz. 1202, 1276, 1496 i 1669), jakim

powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie."

W myśl wskazanego art. 7 ust.1 pkt 1 i ust. 2 Prawa budowlanego:

„1. Do przepisów techniczno-budowlanych zalicza się:

1) warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane i ich usytuowanie;

(..)

2. Warunki, o których mowa w ust. 1 pkt 1, określą, w drodze rozporządzenia (.)"

Stosownie do postanowień rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie z dnia 2 marca 1999 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 124) - jego § 1 ust.1 „1. Rozporządzenie określa warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i związane z nimi urządzenia budowlane oraz ich usytuowanie." A zgodnie z § 3: "Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o: 1) drodze - rozumie się przez to drogę publiczną;".

Natomiast warunki techniczne dla obiektów inżynierskich określa z kolei (wydane w tym przypadku na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo budowlane) drugie rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie z dnia 30 maja 2000 r. (Dz.U. Nr 63, poz. 735). W myśl § 1 § ust.1: " Rozporządzenie określa warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie, zwane dalej "obiektami inżynierskimi", oraz ich usytuowanie". Zgodnie z ust.2: „2. Do obiektów inżynierskich zalicza się: 1) obiekty mostowe, 2) tunele, 3) przepusty, 4) konstrukcje oporowe".

Według opisów wynikających także z dokumentów referencyjnych obiekty nie zaliczone z Wykazu przez Zamawiającego są to obiekty inżynierskie, a zatem nie spełniają one wymaganego we wskazanym powyżej kryterium „drogi publicznej".

Izba także zauważa (na co wskazywał Zamawiający), że wskazówka interpretacyjna dla spornego zagadnienia wynika niewątpliwie z postanowień punktu 12.1.3.1 a) SIWZ, w którym przywołując stosowny akt prawny Zamawiający podał: „a) Przez drogę, węzeł, obiekt mostowy, miejsce obsługi podróżnych Zamawiający rozumie: obiekty budowlane zdefiniowane w ustawie z dnia 21 marca 1985 r o drogach publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r, poz. 2068 ze zm.)" . Niewątpliwie ustalenie tego kryterium miało na celu przyznanie dodatkowych punktów za dodatkowe doświadczenie inspektora - Koordynatora Nadzoru, dla którego Zamawiający żądał posiadania uprawnień wykonawczych w specjalności drogowej. Zamawiający nie przewidział dodatkowego punktowania doświadczenia z tytułu realizacji obiektów inżynierskich związanych z drogą publiczną. Także podkreślenia wymaga, że specyfikacja jednoznacznie określała jakie dokumenty uwzględni Zamawiający dokonując punktacji w tym kryterium. Powyższe wynika ze wskazanego już pkt 23.2, jak również z punktu 13.5 specyfikacji. Także w tym punkcie Zamawiający podał: „13.5. W celu uzyskania punktów w kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej Doświadczenie personelu wykonawcy tj. Koordynatora Nadzoru posiadającego uprawnienia do nadzorowania w specjalności

drogowej należy do oferty załączyć wykaz tych usług wraz z dowodami (np. referencje) potwierdzającymi ich należyte świadczenie - wzór wykazu stanowi załącznik nr 10 do specyfikacji.

Nie załączenie do oferty wymaganego wykazu lub dowodów potwierdzających należyte świadczenie wykazanych usług skutkować będzie nie przyznaniem wykonawcy punktów w kryterium doświadczenia personelu wykonawcy."

Dokumenty wymagane o treści wskazanej powyżej zostały przez wykonawcę załączone do oferty. Tym samym Zamawiający nie miał powodu korzystać z procedury określonej art. 87 ust.1 Pzp, albowiem treść załączonych dokumentów była jednoznaczna. Tym samym Izba za nie zasadny uznała zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp jak i jej art. 87 ust.1 Pzp albowiem ocena oferty Odwołującego w zakresie spornym nastąpiła według wymagań specyfikacji.

Także zarzuty podniesione wobec oferty wykonawcy GEO-ART (którego oferta została uznana za najkorzystniejszą) nie podlegają uwzględnieniu.

Izba, odnośnie ceny ofertowej wykonawcy GEO-ART ustaliła, że Zamawiający wartość szacunkową zamówienia określił na kwotę netto 812 tys. zł, na otwarciu ofert podał kwotę, którą przeznaczył na realizację zamówienia 1 mln zł brutto. Jak podał w Protokole w punkcie 5 odnośnie wartości szacunkowej: „Wartość powyższa została ustalona przez (..) pracownika Wydziału Strategii i Rozwoju w oparciu o rozstrzygnięcie przetargu na wykonanie robót objętych nadzorem oraz wskaźniki usług nadzoru inwestorskiego publikowane w biuletynie Secocenbud Ośrodka Wdrożeń Ekonomiczno — Organizacyjnych Budownictwa Promocja Sp. z o.o.". Na rozprawie podał dodatkowo, że wartość tego zamówienia stanowi 2,5 % wartości (jak wskazują periodyki) całej inwestycji szacowanej na 40 mln zł. Zwrócił także uwagę, że koszt tej usługi na rynku tatrzańskim (jego wskaźnik w stosunku do robót budowlanych) wykazuje istotną tendencję spadkową (od 08,% do 1%), jednakże kalkulując wartość zamówienia oparł się jednak na trendach krajowych. W tym postępowaniu zostały złożone 4 oferty z cenami ryczałtowymi za całość usług nadzoru: 1) GEO-ART Geodezja i Budownictwo J. P.: netto 305 000 zł - brutto: 375 150 zł; 2) Biuro Inżynierskie Bogusław Łagodzki: netto 700 000 zł - brutto 700 000 zł (zwolnienie na podstawie art. 113 ustawy o podatkach od towarów i usług); 3) ARKADIS Sp.zo.o.S1 sp.k: brutto 733 262,32 zł (cena netto wymagana według formularza nie została w formularzu wskazana); 4) Firma Usługowa Dobry Dom mgr inż. Maciej Trzciński: netto 339 000 zł - brutto 416 970 zł. Dwie oferty z punktu 2 i 4 zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp z uwagi na to, że (pkt 16 Protokołu) nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający w związku z ceną oferowaną przez wykonawcę GEO-ART skierował do tego wykonawcy (w piśmie z dnia 13 grudnia 2019 r.) wezwanie na podstawie art. 90 ust.1, 1a ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień wraz z dowodami na ich potwierdzenie dotyczących elementów oferty. W tym wezwaniu wprost wskazał, że:

„Wyjaśnienia i dowody powinny w szczególności dotyczyć takich elementów jak:

1. Jakie czynniki ekonomiczne wpłynęły na ukształtowanie tak korzystnej dla zamawiającego

ceny usługi nadzoru inwestorskiego?

2. Jak długo pracuje Pani w branżowym składzie osobowym podanym w ofercie?

3. Na jakich zasadach będzie Pani zatrudniała inspektorów branżowych i jaką przewiduje

Pani dla nich wysokość wynagrodzenia ?

4. Czy w Pani kalkulacji zostały zachowane minimalne stawki wynagrodzenia za prace adekwatne do rodzaju umów z zatrudnionymi do realizacji zadania inspektorami branżowymi i jakie to są stawki ?

5. Czy w ofercie brała Pani uwagę wydłużenie okresu nadzoru bez zmiany wynagrodzenia?

6. Czy w ofercie uwzględniła Pani wykonywanie na żądanie Zamawiającego przedmiarów,

kosztorysów i Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru robót dla prac projektowych i związanych z nimi robót budowlanych zleconego zadania, mogących wystąpić a nieprzewidywanych w chwili zawierania umowy z Wykonawca i niniejszej umowy, do wysokości 15% wartości robót budowlanych?"

Wykonawca w odpowiedzi (pismo z dnia 17 grudnia 2019 r.) odniósł się do każdego z

zagadnień wymaganych w wezwaniu podając: „Cena ofertowa zaproponowana przez GEO-ART. Geodezja i Budownictwo obejmuje całość wymagań określonych w SIWZ oraz dotyczących wykonania zamówienia z należytą starannością oraz uwzględnia zysk wykonawcy". W tych wyjaśnieniach wskazał m.in. na oszczędność metody wykonania zamówienia, oraz sprzyjające warunki wykonania zamówienia z uwagi na wykonywanie nadzorów w różnych innych instytucjach publicznych np. Miasto Nowy Targ, Gmina Bukowina Tatrzańska, COS Zakopane, także dla osób indywidualnych w takich miejscowościach jak Zakopane, Kościelisko, Witów, Dzianisz, z uwagi na podpisane umowy z inspektorami nadzoru inwestorskiego. Odnośnie kosztów transportowych podał, że użytkowane przez firmę samochody są zamortyzowane i dlatego w przedłożonej kalkulacji znajduje się również pozycja rzeczywisty koszt paliwa, która odjęta od planowanej kilometrówki powiększa zakładany zysk. Wskazał również na poziom wynagrodzenia koordynatora posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, który może pełnić funkcję nadzoru inwestorskiego w branży drogowej, konstrukcyjnej jak również przy budowie odwodnienia, oraz wynagrodzenia inspektora pomocniczego konstrukcyjno-budowlanego. Także na wynagrodzenie inspektorów branżowych z którymi współpracuje od 2010 roku i których oferty przedstawił do tych wyjaśnień (pkt 2) podając także, że inspektorzy branżowi pracują na podstawie umów i zleceń, na konkretne zadanie zgodnie z przyjętymi od nich ofertami. Podał również (pkt 4), że w przedstawionej przez firmę kalkulacji szczegółowej przyjęto koszt pracy inspektora nadzoru na poziomie 30 zł za godzinę pracy brutto co przekracza obecną płace minimalną. Podał także, że oferta zakłada wydłużenie okresu nadzoru bez

zmiany wynagrodzenia dla Firmy z odpowiednim podniesieniem wynagrodzenia dla

inspektorów, pomniejszony zostanie zysk Firmy. Również podał, że oferta (pkt 6) uwzględnia wykonywanie na żądanie zamawiającego przedmiarów, kosztorysów i STWiORB-u dla prac projektowych i związanych z nimi robót budowlanych, zleconych dla zadania a mogących wystąpić w trakcie trwania prac a nie przewidzianych w umowie podstawowej. W tych wyjaśnieniach wskazano ponadto na współpracę z Zamawiającym od 2006 r. Wykonawca załączył oferty (pkt 2), w których podano zakres prac oraz ceny. Wykonawca przedstawił także Kalkulację indywidualna kosztów uwzględniając:

- ✓ W trakcie realizacji robót: codzienny pobyt inspektora na budowie w trakcie trwania prac,

  oraz 2 dniowy w tygodniu w trakcie opracowywania dokumentacji projektowej; Koszt

  transportu samochodem osobowym dla inspektora dojeżdżającego z Czarnego Dunajca (koszt dojazdu w trakcie prac budowlanych) w okresie 30 miesięcy;

- ✓ Oferty za nadzór wraz z kosztami dojazdu;

- ✓ Zysk Firmy na poziomie.

Zamawiający nie określił w specyfikacji szczególnych procedur udzielania wyjaśnień kalkulacji zaproponowanej przez wykonawcę ceny oferty, w przypadku gdyby cena ofertowa wydawałaby się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ. Oferent w niniejszej sprawie udzielając odpowiedzi, zastosował się do treści wezwania. Tym samym Odwołujący nie wykazał, zdaniem Izby, które z okoliczności objętych wezwaniem nie zostały przez wykonawcę GEO-ART wyjaśnione.

Tym samym Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z jej art. 90 ust. 3 oparty na twierdzeniu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy z powodu braku należytej oceny wyjaśnień ceny z oferty GEO-ART z powodu ich niewiarygodności i niezgodności z wymaganiami SIWZ oraz braku należytych dowodów, które były adekwatne do treści wezwania.

Także za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

w zw. z jej art. 26 ust. 3 Pzp oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 tej ustawy.

Przede wszystkim w tym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest „Pełnienie

funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla zadania inwestycyjnego realizowanego w procedurze „zaprojektuj i wybuduj" (.). Zgodnie z punktem 12.1.3.2. Wykonawca miał wskazać (.) osoby, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami i doświadczeniem i wykształceniem

odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone tj.;

Zapewnią i opłacą do pełnienia nadzoru inwestorskiego osoby, zwane dalej inspektorami nadzoru inwestorskiego, posiadającymi uprawnienia do projektowania w specjalności:

1) Architektonicznej

Zapewnią i opłacą do pełnienia nadzoru inwestorskiego osoby, zwane dalej inspektorami nadzoru inwestorskiego, posiadającymi uprawnienia do projektowania oraz wykonywania nadzoru inwestorskiego

2) drogowej

3) konstrukcyjno — budowlanej

4) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: cieplnych, wentylacyjnych gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych

5)instalacyjnej zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych,

6) instalacyjnej zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych. przedmiotem zamówienia".

Stosownie do punktu 13.6.1 wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona - na wezwanie zamawiającego - zobowiązany był złożyć m.in. lit b) - „Wykaz osób (wzór wykazu stanowi załącznik nr 6 do niniejszej siwz) skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia

publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami." Wykonawca GEO-ART przedstawił wymagany Wykaz i w kolumnie „podstawa dysponowania wskazał: „umowa". Z kolei w wyjaśnieniach dotyczących ceny przedstawiając oferty kandydatów podał, że „Inspektorzy branżowi pracują na podstawie umów i zleceń, na konkretne zadanie zgodnie z przyjętymi od nich ofertami". Te ustalenia nie potwierdzają, że wykonawca wskazał na osoby, które nie będą w jego dyspozycji, czym wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu. Niewątpliwie usługa nadzoru inwestorskiego zazwyczaj nie jest pełniona samodzielnie przez firmę. Ponadto warunkiem ustanowionym w specyfikacji było dysponowanie przez wykonawcę odpowiednim zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia, legitymujących się stosownymi uprawnieniami. Zamawiający w punkcie 3.4 siwz podał ponadto, że: „Z uwagi na przedmiot zamówienia zamawiający stosownie do treści art.29 ust.3a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający nie wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r.-Kodeks pracy (tj. Dz.U. z 2018 r. poz.108) osób wykonujących czynności związane ze świadczeniem usług nadzoru".

Tym samym w stanie faktycznym tej sprawy osoby wskazane z uwagi na specyfikę tego przedmiotu zamówienia nie mogą być uznane za podwykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 9 lit. b Pzp, ponieważ odnośnie wykonywania ich funkcji nie będą realizować samodzielnie części usługi, której przedmiotem zamówienia zgodnie z punktem 3 specyfikacji jest: „nadzór nad sporządzeniem dokumentacji projektowej i powykonawczej

oraz nadzór nad realizacją robót budowlanych, dostawą i montażem wyposażenia dla zadania inwestycyjnego realizowanego w procedurze „zaprojektuj i wybuduj" (.).

Z powyższych względów także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, albowiem wykonawca w ramach wyjaśnień ceny oferty nie dokonał zmiany treści oferty polegającej na wprowadzeniu podwykonawców, wbrew pierwotnej deklaracji w ofercie w zakresie samodzielnego wykonania zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).