Sygn. akt: KIO 82/21

WYROK
z dnia 5 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eksametr Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Miliarium Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Skarżyski reprezentowany przez Zarząd Dróg Powiatowych z siedzibą w Skarżysku - Kamiennej
przy udziale wykonawcy O. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą O. Z. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 6 dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy O. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą O. Z. w Warszawie jako zawierającej rażąco niską cenę i nakazuje zamawiającemu Powiatowi Skarżyskiemu reprezentowanemu przez Zarząd Dróg Powiatowych z siedzibą w Skarżysku - Kamiennej unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawcy O. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą O. Z. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.);
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 1/6 oraz odwołującego w części 5/6 i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 250 zł 74 gr (słownie: dwieście pięćdziesiąt złotych siedemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę;
   3.2. zasądza od zamawiającego Powiatu Skarżyskiego reprezentowanego przez Zarząd Dróg Powiatowych z siedzibą w Skarżysku - Kamiennej na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eksametr Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Miliarium Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 1 642 zł 00 gr (słownie: tysiąc sześćset czterdzieści dwa złote zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020),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 82/21

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

Zamawiający Powiat Skarżyski reprezentowany przez Zarząd Dróg Powiatowych z siedzibą w Skarżysku - Kamiennej (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego na zadaniu: rozbudowa układu komunikacyjnego wraz z budową wiaduktu nad torami kolejowymi w Skarżysku Kamiennej w ramach zadania: Budowa zintegrowanego systemu komunikacyjnego obejmującego wykonanie przebudowy istniejącego układu komunikacyjnego wraz z budową obiektu w celu przekroczenia linii kolejowej nr 8 Warszawa – Kraków i skomunikowania Osiedla Dolna Kamienna z Osiedlem Przydworcowym w Skarżysku Kamiennej" (nr ref. ZDP.272.11.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 listopada 2020 r. pod numerem 594623-N-2020. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 5 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eksametr Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Miliarium Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w części 1 ww. postępowania oferty wykonawcy O. Z. (dalej jako „Przystępujący"). W odwołaniu zarzucono naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.2.3 SIWZ;
2. art. 7 ust. 1 i 3 oraz 91 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie Przystępującemu 40 punktów w kryterium oceny ofert dotyczącego dysponowania inspektorem nadzoru robót mostowych, mimo że żadna z podanych przez ww. wykonawcę inwestycji nie spełnia ww. kryterium, co doprowadziło do dokonania wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejsza;
3. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 91 ust.1 ustawy Pzp, w związku z art. 58 k.c. i art. 119a i nast. ustawy Ordynacja podatkowa poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta ta jest niezgodna z prawem, gdyż jej treść zmierza do obejścia przepisów prawa;
4. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że złożenie tej oferty ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, mimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny;
6. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz rażąco niski koszt, w stosunku do przedmiotu zamówienia;
7. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Przystępującego i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mimo że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie dokonania tej czynności.

Uzasadniając zarzut nr 1 i 2 Odwołujący wskazał m.in., iż zarówno warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, jak i pozacenowe kryterium oceny ofert sformułowano w sposób precyzyjny, nie pozostawiający miejsca na interpretację. Przedmiotowymi wymaganiami w ocenie Odwołującego objęto pełnienie funkcji uczestnika procesu budowlanego w rozumieniu art. 17 pkt 2 i art. 25-27 ustawy Prawo budowlane – inspektora nadzoru inwestorskiego. Oznacza to, że wskazaną osobą powinna być osoba która została powołana wyraźnie na to stanowisko przez danego inwestora i ponosząca odpowiedzialność oraz wykonująca uprawnienia wymienione w art. 25-26 ustawy Prawo budowlane, dysponując m.in. kompetencją do dokonywania wpisów do dziennika budowy. Odwołujący wskazał, iż ani w ofercie, ani w piśmie z 14 grudnia 2020 r. nie oświadczono, że osoba, na której doświadczenie powołał się Przystępujący (p. K. H.) pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego. Zdaniem Przystępującego stwierdzenia takie jak „inspektor nadzoru branży mostowej – inżynier kontraktu", „kierownik zespołu nadzoru" czy „kierownik zespołu inwestorskiego" dowodzą, że p. H. nie pełnił funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego na żadnym z podanych zadań. W ocenie Odwołującego z tego powodu Zamawiający powinien wykluczyć Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a ponadto nie powinien przyznawać Przystępującego jakichkolwiek punktów w kryterium pozacenowym. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w zakresie zadania nr 3 i 4 Przystępujący wskazał, iż p. H. pełnił jedynie „zastępstwo na okres 2 tygodni" bez doprecyzowania kim lub jaką funkcję pełniła osoba zastępowana. Podniósł ponadto, ż trwające dwa tygodnie zastępstwo nie spowodowało, że p. H. uzyskał należne w tym zakresie doświadczenie.

Uzasadniając zarzut nr 3, 4 i 5 Odwołujący wskazał w szczególności, iż firma Przystępującego została założona na kilkanaście dni przed upływem terminu składania ofert, a złożenie oferty przez Przystępującego zmierza do uniknięcia opodatkowania i skorzystania ze zwolnienia z podatku VAT na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o VAT. Zauważył, że w świetle braku zastrzeżenia przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania części zamówienia, możliwe stało się skorzystanie z takiej konstrukcji. Pozostali wykonawcy nie mogą korzystać z ww. zwolnienia z podatku VAT z uwagi na ich wielkość i charakter działalności. W ocenie Odwołującego Przystępujący poprzez swój sztuczny udział w złożeniu oferty i wykonanie usługi z pozornym pomięciem osoby rzeczywiście wykonującej tę działalność, w sposób który ma na celu ominięcie przepisów podatkowych, doprowadził do sytuacji, w której naruszono zasady uczciwej konkurencji, uczciwości kupieckiej i dobrych obyczajów. Odwołujący wskazał, iż tego typu działanie stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. Pochodną ww. działania, dokonanego z naruszeniem przepisów prawa podatkowego i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest konieczność odrzucenia oferty także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut nr 6 Odwołujący podniósł, iż cena oferty Przystępującego, nawet pomijając kwestię niezasadnego powołania się na zwolnienie z podatku VAT, jest znacznie niższa od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia jak i średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert. Odwołujący podkreślił, że w chwili zwrócenia się przez Zamawiającego do Przystępującego z żądaniem wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, powstał stan domniemania prawnego (art. 90 ust. 2 Pzp), iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zadaniem ww. wykonawcy było zatem nie tylko złożenie wyjaśnień i udzielenie informacji co do charakteru tej ceny, ale *wykazanie i udowodnienie,* że zaproponowana kwota ma charakter rynkowy, pozwala na wykonanie zamówienia z zyskiem i nie jest ukierunkowana na nieuczciwe eliminowanie konkurentów. W oparciu o orzecznictwo Izby Odwołujący wskazał, że udzielane wyjaśnienia, muszą być dogłębne i odnosić się szczegółowo do wszystkich elementów cenotwórczych, a w przypadku tak istotnej różnicy między szacunkami danego oferenta a wartościami przyjmowanymi przez zamawiającego i pozostałych wykonawców - szczegółowo, odnosząc się do poszczególnych elementów, wskazać wyjątkowo korzystne warunki wykonania zamówienia i nadzwyczajne oszczędności. Zdaniem Odwołującego udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia, nie tylko nie sprostały temu obowiązkowi, ale wręcz dowiodły, że oferta zawiera rażąco niską cenę, ponieważ Przystępujący nie wycenił kosztów wykonania wielu istotnych elementów usługi i ryzyk związanych z jej świadczeniem. W wyjaśnieniach Przystępującego w zakresie w jakim dotyczą one jedynego kosztu, który zamierza on ponieść - tj. wynagrodzenia pana K. H. – Przystępujący przyznaje rażąco niski charakter ceny wskazując, że oferta została oparta na założeniu zaangażowania do wykonania zamówienia jednej osoby (K. H.), przy wynagrodzeniu w wysokości 12.000 zł miesięcznie. Zważywszy, że usługa stanowiąca przedmiot rzeczonego zamówienia będzie świadczona przez okres 24 miesięcy (pierwszym miesiącem będzie styczeń 2021 r. zakładając że umowa powinna zostać w okresie związania ofertą, natomiast punkt 4 SIWZ determinuje datę zakończenia - 31 grudnia 2022 r.) - daję to kwotę 288.000 zł, a zatem dokładnie tożsamą... z ceną oferty. Zasadniczo kwestia ta przesądza o kalkulacji ceny w sposób naruszający ustawę i stanowiącym podstawę do uznania ją za rażąco niską.

Odwołujący wskazał ponadto, że Przystępujący wprost przyznaje, że nie wycenił kosztów pewnych czynności. Podstawę do wyliczenia kwoty wynagrodzenia pana H. stanowi, zgodnie z wyjaśnieniami, iloczyn zakładanych wizyt inspektora na placu budowy. Zatem kwota 288.000 zł nie odnosi się i obiektywnie nie może odnosić się do kosztów, które obciążać będą Przystępującego, niezależnie od konieczności zapłaty wynagrodzenia panu H. . Kosztem takim będzie np. koszt ubezpieczenia jej od odpowiedzialności cywilnej (§ 14 wzoru umowy), czy wreszcie koszty stałe, które ponosi bez wyjątku każdy przedsiębiorca. W powyższej kwocie nie uwzględnione zostały koszty badań laboratoryjnych, mimo że konieczność ich wykonania Przystępujący zakłada. Powyższa kwota nie obejmuje ponadto ryzyka płynącego z zastosowania § 2 ust. 3 wzoru umowy - tj. ryzyka dłuższego, niż wspomniane 24 miesiące, świadczenia usługi, lecz po cenie zawartej w ofercie. Okoliczność przesunięcia terminu zakończenia robót budowlanych ma charakter częsty i powszechny i powinna zostać przez profesjonalnego wykonawcę uwzględniona w ramach potencjalnych kosztów wykonania zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, iż Przystępujący zakładając zatrudnienia p. H. przez okres 24 miesięcy, w sposób rażący zignorował obowiązek uwzględnienia w cenie oferty kosztów świadczenia usługi w okresie gwarancji, a który to okres wynosi aż 7 lat od daty odbioru robót budowlanych. Odwołujący zauważył, że Przystępujący przyznał, że koszty nie zostały uwzględnione w cenie oferty, a będą ponoszone z bieżącej działalności. Stosując zatem stawkę 750 zł za wizytę Przystępujący będzie musiał liczyć się z kolejnym kosztem w wysokości co najmniej 10 500 zł, a który nie został skalkulowany w cenie oferty.

Dalej Odwołujący podniósł, że o nierynkowym charakterze ceny świadczy także fakt, iż Przystępujący zobowiązał się do zatrudnienia p. H. na podstawie umowy o pracę, zatem zgodnie z obowiązującymi przepisami z zakresu prawa pracy, takie koszty jak koszty dojazdu na plac budowy, komputera, telefonu, odzieży roboczej, organizacji miejsca pracy itp. stanowią koszt Wykonawcy. Koszty te nie zostały uwzględnione w kwocie 288.000 zł. Ponadto Odwołujący zauważył, że Przystępujący nie precyzuje, czy wskazując na zarobek swojego pracownika ma na myśli kwotę „na rękę", kwotę zasadniczego wynagrodzenia brutto (a więc zawierającego kwotę zaliczki na podatek dochodowy i część składek na ubezpieczenia społeczne) czy może kwotę całkowitego kosztu pracodawcy (tzw. „duże brutto). Jeżeli Przystępujący odnosił kwotę 288.000 zł do kwoty „na rękę" lub kwoty zasadniczego wynagrodzenia brutto, oznacza to że rażąco nie doszacował ceny oferty (przy kwocie wynagrodzenia na rękę pana H. w wysokości rocznej 144.000 zł, Przystępujący faktycznie wyda kwotę 173.491,20 zł rocznie, a zatem w całym planowanym okresie wykonywania zamówienia - kwotę 346.982,40 zł. Kolejnym błędem popełnionym przez Przystępującego jest założenie a priori, iż będzie ona korzystać w

całym okresie świadczenia usługi ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy o VAT. Odwołujący wskazał, że tego rodzaju zwolnienia nie stosuje się przy usługach doradztwa i powołał się w tym zakresie na interpretacje podatkowe. Podsumowując Odwołujący wskazał, iż wyjaśnienia tej treści, ja udzielone przez Przystępującego, powinny spowodować uznanie przez Zamawiającego, że zaistniała sytuacja określona w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, co determinuje konieczność odrzucenia tej Oferty.

Zamawiający w dniu 28 stycznia 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 i 2 Zamawiający m.in. wskazał, iż podstawą oceny przez Zamawiającego były wszystkie, a nie wybiórcze, informacje przedstawione przez Przystępującego w złożonych załącznikach 5/1 i 7/1. W zakresie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający uznał, że na podstawie informacji przedstawionych przez Przystępującego w wykazie osób oraz załączonego do wykazu poświadczenia należytego wykonania usług, wynika, że p. H. pełnił funkcję inspektora nadzoru branży mostowej na przedmiotowym zadaniu. Wyjaśnił, iż utożsamia funkcję nadzoru inwestorskiego z funkcją inżyniera kontraktu, ponieważ w takim przypadku czynności nadzoru obejmują nie tylko nadzór nad realizacją robót według prawa budowlanego ale także kwestie czy inwestycja jest realizowana zgodnie z dokumentacją techniczną, tj. pozwoleniem na budowę. Z kolei podkreślić należy, iż inżynier kontraktu sprawuje kompleksowy nadzór nad budową, w tym rozliczeniami. Odnosząc się do kryterium pozacenowego Zamawiający wskazał, iż twierdzenia Odwołującego jakoby p. H. nie pełnił funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego na przedstawionych zadaniach są gołosłowne, zostały oparte wyłącznie na przypuszczeniach, a Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Zdaniem Zamawiającego nie ma wątpliwości, że użyte sformułowania: „nadzór branży mostowej" wskazują, iż w ramach wykonywanych usług wskazana przez Przystępującego osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego. Ponadto w kolumnie oznaczonej jako „Nazwa lub adres podmiotu lub instytucji na rzecz której dana osoba pełniła funkcje inspektora nadzoru inwestorskiego, kierowania budowy lub kierownika robót" Przystępujący w poz. 1 i 2 wskazał, iż chodziło o usługę kompleksowego nadzoru, natomiast w poz. 5 wprost wymienił funkcję jako inspektor nadzoru branży mostowej. Z kolei w poz. 1 i 2 w kolumnie „Opis doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 14.2.2. SIWZ" Przystępujący wprost wskazał, iż p. H. pełnił funkcję kierownika zespołu nadzoru inwestorskiego, natomiast w poz. 1-4 - gdzie jako nazwę zadań należało wymienić zadania, na których pełniona była funkcja inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót - wprost zostało wskazane, że dotyczy to zadań „Nadzór branży mostowej". Zamawiający wskazał ponadto, iż w świetle postanowień SIWZ (ppkt 14.2.2.) wystarczy wykazanie faktu pełnienia wymaganej funkcji przy wskazanym zadaniu (budowie). Zamawiający bowiem nie zakreślił, jak długie ma być to doświadczenie i tym samym należy przyjąć, że może być ono dowolnej wielkości.

Zamawiający odniósł się ponadto do zarzutu nr 6 odwołania wskazując, że w jego ocenie Przystępujący w sposób konkretny i rzeczowy przedstawił obiektywne okoliczności, które miały wpływ na cenę zaoferowaną w tym postępowaniu. Wyjaśnienia są spójne i odnoszą się do wszystkich kosztów koniecznych do poniesienia przy realizacji zamówienia. W szczególności Przystępujący wykazał, że uwzględnił w swojej cenie takie koszty jak koszty dojazdu na plac budowy, organizacji miejsca pracy. Koszty te zostały uwzględnione w kwocie 288.000 zł. Wskazał również m.in. na oszczędność metody wykonania zamówienia, oraz sprzyjające warunki wykonania zamówienia z uwagi na równoległe wykonywanie usługi nadzoru w Radomiu. Odnośnie kosztów transportowych wskazał, że nie będą one wysokie z uwagi na bliską odległość od miejsca realizacji inwestycji. Przystępujący uwzględnił również koszty w okresie gwarancji związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wskazał, iż z wyjaśnień Przystępującego wynika, że przy założeniu 3 pobytów na budowie w tygodniu, miesięczne wynagrodzenie wykonawcy wyniesie 12.000 zł. Ponadto wbrew twierdzeniom Odwołującego w wyjaśnieniach brak jest wskazania wysokości wynagrodzenia przeznaczonego dla osoby inspektora nadzoru. Wskazane zostało jedynie, że wykonawca wyznaczając do realizacji niniejszego zamówienia jedną osobą może założyć miesięczne wynagrodzenie w wysokości 12.000 zł. Zamawiający podkreślił, iż jest to wysokość miesięcznego wynagrodzenia przeznaczonego dla wykonawcy z tytułu realizacji umowy, a nie jak twierdzi Odwołujący wynagrodzenia jakie ma otrzymywać inspektor nadzoru inwestorskiego. Przy stawce 1000 zł za jeden dzień pobytu na budowie Przystępujący będzie w stanie ponieść koszty związane z wynagrodzeniem inspektora nadzoru, koszty dojazdu na budowę a także zachować stosowny zysk. Zamawiający dodał, że usługa nadzoru inwestorskiego stanowi usługę o charakterze niematerialnym opartym w przeważającej części na pracy intelektualnej osób posiadających specjalistyczne wykształcenie oraz rozbudowane doświadczenie. Tego typu usługi są usługami o zbliżonej trudności, różniąc się z reguły przy obiektach skomplikowanych lub liniowych o znacznej długości ilością osób zaangażowanych w proces inwestycyjny. W przedmiotowej sprawie do realizacji zamówienia wykonawca musi dysponować wyłącznie jedna osobą w funkcji inspektora nadzoru w branży mostowej. Zamawiający wskazał też, że w tego typu zamówieniu podstawą kalkulacji ceny oferty są własne założenia i polityka cenowa danego wykonawcy. Tym samym oceniając złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie można abstrahować od indywidualnych okoliczności i warunków, w których działa dany wykonawca, albo arbitralnie przyjmować, że każdy wykonawca ponosi identyczne koszty działalności w danej branży.

W dniu 29 stycznia 2021 r. pismo w sprawie złożył także Przystępujący, wskazując na bezzasadność zarzutów.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 i 2 Przystępujący podniósł w szczególności, iż w czasie realizacji nadzoru wielobranżowego nad robotami budowlanym jedna z osób zawsze pełni rolę kierowniczą (tj. rolę koordynatora, zgodnie z ustawą Prawo budowlane) a jednocześnie pełni funkcję inspektora nadzoru. Oznacza to, że nazwa „Inżynier Kontraktu" i „Kierownik Zespołu Inspektorów" są tożsame. Nazwa inżynier kontraktu wywodzi się z krajów anglosaskich i w branży nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Przystępujący dostosował nazwę stosowaną przez Inwestora z podanej inwestycji do terminologii, którą posłużył się Zamawiający. Przystępujący podniósł, że przedstawione przez niego oświadczenie jednoznacznie świadczy o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, a dodatkowo potwierdza to załączone do wykazu poświadczenie. W zakresie kryterium pozacenowego Przystępujący wskazał, iż w załączniku 7.1 użył ogólnego sformułowania „nadzór branży mostowej", które w powiązaniu z tytułem tabeli jednoznacznie świadczy o tym, że wskazana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru branży mostowej. W kontekście dwutygodniowego okresu zastępstwa Przystępujący zauważył, że z postanowień SIWZ nie wynika wymóg dotyczący minimalnego okresu pełnienia funkcji inspektora nadzoru na danej inwestycji. Przystępujący jako dowód załączył także poświadczenia dotyczące realizacji inwestycji wskazanych w załączniku 7.1.

W odniesieniu do zarzutu nr 6 Przystępujący wskazał m.in., iż użyte w wyjaśnieniach sformułowanie „wynagrodzenie za pracę 1 osoby" oznacza wynagrodzenie dla firmy za pracę jednej osoby. Chodzi tutaj o wynagrodzenie firmy, a nie p. H. . Uzupełniając treść złożonych wyjaśnień Przystępujący wskazał, że w swoim „biznesplanie" zakłada średni przychód dla firmy na poziomie 24 000,00 zł/miesiąc za pracę usługi wykonywane przez 1 osobę. Jest to tzw. osobo-miesiąc pracy analogicznie roboczogodzina przy robotach budowlanych. W skład takich jednostek kalkulacyjnych wchodzą: wynagrodzenie pracownika, koszty ogólne, zysk firmy. Zdaniem Przystępującego żaden wykonawca w praktyce nie podaje kosztów ogólnych w szczegółowych rozliczeniach, ponieważ są to kwestie oczywiste. W zakresie ubezpieczenia OC Przystępujący wyjaśnił, że każda firma posiada albo powinna je posiadać. Poinformował, że jest ubezpieczony na kwotę 100 000,00 zł, jest to kwota wyższa od wymagań Zamawiającego określonych na poziomie 50 000,00 zł. Koszt tego ubezpieczenia wynosi 415,00 zł. Wyjaśnił, że koszt ubezpieczenia OC został uwzględniony w kosztach ogólnych firmy. W odniesieniu do kosztów obsługi gwarancyjnej Przystępujący wyjaśnił, że w cenie złożonej oferty uwzględnił również te kwestię. Wskazał, że Zamawiający nie przewiduje wypłaty wynagrodzenia na rzecz

wykonawcy w okresie gwarancji, wobec tego każdy wykonawca musi te koszty pokrywać z bieżących przychodów. Przy okresie gwarancji wynoszącym 5 lat koszty obsługi gwarancyjnej wynoszą około 1500,00 zł/rok. Przystępujący ujął ten czynnik cenotwórczy w złożonych wyjaśnieniach. Dodał, że koszty takie są znikome i będą pokrywane z bieżącej działalności. W kontekście uwzględnienia ryzyk jak np. przedłużenie czasu trwania robót budowlanych, Przystępujący wyjaśnił, że powszechnie wiadomym jest, że każda działalność gospodarcza wiąże się z ryzykiem. Przystępujący uważa, ze cena została skalkulowana prawidłowo, jest to cena adekwatna do realiów rynkowych, a jednocześnie zapewnia odpowiedni zysk dla firmy. Głównym czynnikiem cenotwórczym jest koszt pracy inspektora nadzoru. Średnia pensja osoby sprawującej taką funkcję to: od 4 800,00 do 7 500,00 zł (w formie pełnego etatu) brutto (portal „wynagrodzenia.pl"). W dalszej części Przystępujący przedstawił wywody odnoszące się do cen rynkowych, wskazujące przykłady innych postępowań o podobnym zakresie przedmiotowym. Wskazał także, iż na cenę w niniejszym postępowaniu miał wpływ brak wadium, brak zabezpieczenia należytego wykonania umowy, brak konieczności posiadania: biura, obsługi laboratoryjnej, geodezyjnej, geologicznej, usługa świadczona przez 1 osobę, brak wymogu dyspozycyjności, co pozwala świadczyć równolegle inne usługi, a także czas realizacji około 24 miesięcy.

Odnosząc się do zarzutów nr 3-5 odwołania Przystępujący podniósł, że nie jest płatnikiem podatku VAT i był uprawniony do złożenia oferty z klauzulą „zwolniony". Przystępujący złożył realną cenę rynkowo i jeżeli byłaby powiększona o podatek VAT to także byłaby najkorzystniejsza. Wskazał także, że żaden z opisanych we wzorze umowy obowiązków i działań nie wypełnia definicji doradztwa. Wymienione tam opiniowanie dotyczy tylko spraw technicznych i rozliczeń budowy, które są opisane w art. 25 ustawy Prawo budowlane. Art. 25 ust. 1 mówi także o tym, że inspektor musi wykonywać swoją funkcję zgodnie z zasadami wiedzy technicznej. Przystępujący wskazał także na interpretacje organów podatkowych odnoszącą się do zwolnienia z podatku VAT w przypadku wykonywania usługi nadzoru. W kontekście zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji Przystępujący wskazał, iż każdy przedsiębiorąca, w każdym momencie może założyć firmę o dowolnym profilu działalności, również na potrzeby ubiegania się o uzyskanie konkretnego zamówienia publicznego i realizacji danego zamówienia. Taki wykonawca może, zgodnie z przepisami ustaw Pzp, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach (w tym doświadczeniu) innych podmiotów udostępniających mu te zasoby, lub zatrudnić osoby, które posiadają takie doświadczenie i zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego. Na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia Przystępujący zatrudnia pracownika posiadającego wymagane uprawnienia i doświadczenie. Przystępujący podkreślił także, że ciężar wykazania zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji spoczywa na Odwołującym. Wskazał, iż zaoferowana kwota 288 000,00 zł jest kwotą, która będzie wypłacana w ramach realizacji umowy przez okres ponad 2 lat i to z ograniczeniem. W myśl projektu umowy fakturowanie częściowe jest możliwe tylko do 80% wynagrodzenia (20% po rozliczeniu końcowym, co nie nastąpi wcześniej niż w 2023 r.). Z powyższego wynika, że przekroczenie progu zwolnienia z VAT, czyli 200 000 zł przychodu w stosunku rocznym jest niemożliwe. Dodatkowo zakończenie robót budowlanych w myśl umowy z wykonawcą planuje się na 31.12.2022 r. Także należność Przystępującego za grudzień 2022 będzie wypłacana w styczniu 2023 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp").

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę O. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą O. Z. w Warszawie zgłaszającą przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego w części 1 zamówienia, wezwanie i wyjaśnienia Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty, oświadczenia i dokumenty złożone przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 14 grudnia 2020 r., informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania do akt sprawy wraz z pismami procesowymi oraz przedstawionych przez Odwołującego podczas rozprawy, na okoliczność ich treści.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia w części I „Inspektor nadzoru robót mostowych - Kierownik Zespołu Nadzoru Inwestorskiego" obejmuje pełnienie nadzoru inwestorskiego w zakresie robót mostowych na zadaniu: Rozbudowa układu komunikacyjnego wraz z budową wiaduktu nad torami kolejowymi w Skarżysku - Kamiennej w ramach zadania: „Budowa zintegrowanego systemu komunikacyjnego obejmującego wykonanie przebudowy istniejącego układu komunikacyjnego wraz z budową obiektu w celu przekroczenia linii kolejowej nr 8 Warszawa – Kraków i skomunikowania Osiedla DolnaKamienna z Osiedlem Przydworcowym w Skarżysku - Kamiennej".Zamawiający wskazał, iż pełniący obwiązki w ramach niniejszego zamówienia inspektor nadzoru robót mostowych będzie jednocześnie koordynatorem inspektorów nadzoru pozostałych branż.

Zgodnie z pkt 5.2.3 SIWZ wykonawcy winni spełniać warunki udziału w postępowaniudotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, który dla części I określono następująco: „Warunek uznany zostanie za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dysponowanie osobami, skierowanymi do realizacji zamówienia, uprawnionymi do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. inspektorem nadzoru inwestorskiego posiadającego: (-) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi określone ustawą Prawo budowlane w specjalności inżynieryjnej mostowej bez ograniczeń oraz; (-) doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m i wartości tych robót min. 10 000 000,00 zł brutto, wykonanego (zakończonego) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu

składania ofert.

Zgodnie z pkt 6.1.2 SIWZ wraz z ofertą w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, miał złożyć aktualne na dzień składania ofert Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy wypełnione według wzoru stanowiącego załącznik nr 5/1 do SIWZ - dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z kolei na wezwanie Zamawiającego wykonawca, którego ofertę oceniono najwyżej miał złożyć wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług lub kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 5/1 do SIWZ.

Zgodnie z pkt 14.2 SIWZ kryteria oceny ofert ustalono jako cenę – 60% oraz doświadczenie inspektora nadzoru - 40 %. Punkty w kryterium doświadczenie inspektora nadzoru były przyznane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w dołączonym do oferty załączniku nr 7/1 do SIWZ - „Doświadczenie inspektora nadzoru".Zamawiający wskazał, iż za doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m, wykonanego (zakończonego) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (poza zadaniem, które zostanie wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postepowaniu określonego w pkt 5.2) wykonawca otrzyma: 10 pkt - za 1 zadanie; 20 pkt – za 2 zadania; 30 pkt – za 3 zadania; 40 pkt – za 4 i więcej zadań.

Zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy ((załącznik 8.1 do SIWZ) jej przedmiotem jest realizacjausługi polegającą na pełnieniu nadzoru inwestorskiego w branży mostowej wraz z pełnieniem funkcji koordynatora inspektorów nadzoru inwestorskiego w pozostałych branżach na zadaniu: Rozbudowa układu komunikacyjnego wraz z budową wiaduktu nad torami kolejowymi w Skarżysku - Kamiennej. Zgodnie z § 2 ust. 2wzoru umowy realizacja zamówienia obejmuje: 1) wykonywanie Umowy w okresie realizacji robót budowlanych tj. do dnia 31 grudnia 2022r.; 2) wykonywanie Umowy w okresie rękojmi i gwarancji jakości udzielonej przez wykonawcę robót budowlanych – 7 lat od dnia podpisania protokołu odbioru ostatecznego robót wykonawcy robót budowlanych na zasadach wynikających z umowy o roboty budowlane. Zgodnie z ust. 3 w przypadku przedłużenia terminu realizacji robót budowlanych okres pełnienia nadzoru inwestorskiego także zostanie przedłużony na zasadach wynikających z postanowień Umowy. Wykonawca jest zobowiązany wykonywać przedmiot Umowy także w przedłużonym okresie. Z kolei w myśl ust. 4 okres gwarancyjny dla usługi wynosi 7 lat od daty odbioru ostatecznego nadzorowanego zadania. W przypadku wydłużenia okresu gwarancji dla robót budowlanych, nad którymi będzie pełniona usługa nadzoru inwestorskiego, wydłużeniu o odpowiedni okres ulega także okres pełnienia nadzoru inwestorskiego.

Zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy do obowiązków inspektora nadzoru należeć będzie sprawowanie kontroli nad realizowanymi robotami w zakresie niezbędnym do zabezpieczenia interesów Zamawiającego, w tym wykonywanie czynności inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie praw i obowiązków wynikających z przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo Budowlane (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.) oraz czynności związanychz rozliczeniem rzeczowym i finansowym zadania, w szczególności zaś:

1) Nadzoru min. 3 x w tygodniu - nad robotami wykonywanymi w ramach zadania, o którym mowa w § 1 ust. 1 Umowy, reprezentowania Zamawiającego na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności realizacji zadania z dokumentacją projektową, decyzją ZRID, obowiązującymi przepisami, obowiązującymi normami oraz zasadami wiedzy technicznej,
2) sprawdzania jakości wykonanych robót budowlanych, wbudowanych materiałów, a w szczególności do zapobiegania zastosowaniu materiałów nie dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie,
3) sprawdzania i odbioru robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających,
4) przygotowania i stwierdzenia gotowości do odbiorów częściowych i odbioru końcowego zadania oraz udział w czynnościach odbiorów częściowych i odbiorze końcowym,
5) potwierdzania ilości wykonanych robót ,
6) potwierdzania usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze częściowych robót i odbiorze końcowym zadania,
7) sprawdzania rozliczeń Wykonawcy robót budowlanych i potwierdzenia należnych im kwot,
8) sporządzanie i przesyłanie na adres e-mail: zdpinwestycje@gmail.com wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia raportów,
9) sporządzania ocen zgłoszonych Zamawiającemu roszczeń Wykonawcy i Podwykonawców Robót objętych usługą nadzoru,
10) rozliczenia końcowego zadania,
11) inwentaryzacji wykonanych robót i rozliczenia kontraktu w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron,
12) udział w naradach technicznych zwoływanych przez Zamawiającego lub Wykonawcę Robót budowlanych,
13) stawianie się na każde telefoniczne lub pisemne wezwanie Zamawiającego, także w okresie gwarancji i rękojmi jaką wykonawca robót udzieli Zamawiającemu, w tym udział w przeglądach gwarancyjnych,
14) rzetelne zapoznanie się z umową zawartą pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą robót przedmiotowego zadania wraz ze wszystkimi do niej załącznikami,
15) zatwierdzenie przed podpisaniem umowy z wykonawcą robót harmonogramu rzeczowo-finansowego,
16) uczestniczenie w protokolarnym przekazaniu placu budowy wykonawcy robót budowlanych,
17) bieżąca kontrola zgodności wykonywanych robót z harmonogramem rzeczowo-finansowym,
18) opiniowanie harmonogramów rzeczowo-finansowych przedłożonych przez Wykonawcę robót budowlanych w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego,
19) rozstrzyganie w porozumieniu z kierownikiem budowy i Zamawiającym wątpliwości natury technicznej powstałych w toku wykonywania robót, zasięgając w razie potrzeby opinii autora dokumentacji projektowej,
20) uczestniczenie w zwoływanych przez Zamawiającego naradach koordynacyjnych w celu omówienia lub wyjaśnienia bieżących spraw dotyczących wykonania robót, w szczególności dotyczących postępu prac albo nieprawidłowości w wykonywaniu robót lub zagrożenia terminowego wykonania zadania,
21) wstrzymanie robót w przypadku stwierdzenia niezgodności wykonywanych prac z dokumentacją projektową,
22) zatwierdzanie materiałów, wyrobów i urządzeń przewidzianych przez Wykonawcę robót budowlanych do zastosowania, ocenianie ich zgodności z dokumentacją projektową, a w przypadku propozycji Wykonawcy robót zastosowania materiałów, wyrobów i urządzeń równoważnych - dokonywanie oceny ich równoważności z przewidzianymi w dokumentacji technicznej oraz przekazywanie pisemnej opinii na ten temat Zamawiającemu,
23) potwierdzanie dokonanych czynności w czasie pobytu na budowie stosownym wpisem do dziennika budowy,
24) informowanie Zamawiającego z odpowiednim wyprzedzeniem o wszelkich zagrożeniach występujących podczas realizacji robót oraz podejmowanych działaniach zapobiegawczych i naprawczych,
25) kontrolowanie rozliczeń budowy, w tym sprawdzanie i potwierdzanie ilości i wartości faktycznie wykonanych robót,
26) sprawdzanie kompletności przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia odbiorów robót,

27)nadzór nad usuwaniem ewentualnych wad i usterek stwierdzonych podczas odbiorów robót oraz w okresie gwarancji i rękojmi,
28)koordynowanie czynności ustanowionych inspektorów nadzoru inwestorskiego w innych branżach zgodnie z art. 27 Prawa budowlanego,
29)składanie na żądanie i w terminie wskazanym przez Zamawiającego sprawozdań z postępu robót dotyczących w szczególności zestawień ilości i wartości zrealizowanych robót, analizy zgodności terminów wykonywania robót z przyjętym harmonogramem rzeczowo-finansowym, oceny jakości wykonywanych robót i występujących problemów,
30)na wniosek Zamawiającego opiniowanie składanych przez Wykonawcę projektów umów o podwykonawstwo na roboty budowlane oraz kopii zawartych umów o podwykonawstwo na roboty budowlane, dostawy oraz usługi pod kątem ich zgodności z postanowieniami umowy zawartej z wykonawcą robót,
31)w przypadku stwierdzenia lub zachodzenia podejrzenia, iż w realizację zadania zaangażowane są osoby nie należące do personelu wykonawcy, w tym podwykonawcy lub dalsi podwykonawcy z którymi nie zostały zawarte i zaakceptowane przez Zamawiającego umowy o podwykonawstwo, niezwłoczne pisemne poinformowanie o powyższym Zamawiającego,
32)sprawdzanie i zatwierdzanie kalkulacji cen przedkładanych przez wykonawcę robót w przypadku wystąpienia w trakcie realizacji zadania inwestycyjnego robót dodatkowych lub zamiennych.

Zgodnie z § 14 ust. 1 wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest przed podpisaniem umowy przedłożyć do wglądu Zamawiającemu dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Umowy na kwotę minimum 50.000 zł.

W postępowaniu w Części 1 zamówienia wpłynęła m.in. oferta Przystępującego z ceną 288 000 zł brutto oraz Odwołującego z ceną 569 490 zł brutto.

Przystępujący do oferty załączył wykaz doświadczenia inspektora nadzoru (załącznik 7.1 do SIWZ) – p. K. H., w którym wskazano następujące informacje:
1.Nazwa i adres podmiotu lub instytucji, na rzecz której wskazana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót: GDDKiA Odział w Olsztynie (adres), firma świadcząca usługę kompleksowego nadzoru: H.-Biuro Inżynierskie sp. z o.o.; Opis doświadczenia zawodowego: Nadzór branży mostowej (Kierownik zespołu nadzoru). Przebudowa (rozbiórka istniejącego wiaduktu i budowa od podstaw nowego) wiaduktu w ciągu drogi krajowej nr 22 koło m. Elbląg. Wiadukt nad torami kolejowymi i drogą powiatową. Długość całkowita wiaduktu ponad 200 m. Rozpiętość między skrajnymi podporami 192,00m. Termin zakończenia zadania: 31 grudnia 2016 r.
2.Nazwa i adres podmiotu lub instytucji, na rzecz której wskazana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót: Miasto Konin, firma świadcząca usługę kompleksowego nadzoru: H.-Biuro Inżynierskie sp. z o.o. Opis doświadczenia zawodowego: Nadzór branży mostowej (kierownik zespołu nadzoru inwestorskiego) na przebudowę (rozbiórka istniejącego wiaduktu i budowa od podstaw nowego). Długość całkowita wiaduktu ponad 200m. Rozpiętość między skrajnymi podporami 202m. Wiadukt nad torami kolejowymi w pobliżu stacji kolejowej Konin. Termin zakończenia zadania: zakończenie robót 31.12.2013 - nadzór w okresie gwarancji 31.12.2018.
3.Nazwa i adres podmiotu lub instytucji, na rzecz której wskazana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót: GDDKiA Oddział w Warszawie. Zleceniodawca – Inżynier Kontraktu Egis Poland Sp. z o.o. Usługa świadczona przez H.-Biuro Inżynierskie sp. z o.o. Opis doświadczenia zawodowego: nadzór branży mostowej (zastępstwo na okres 2 tygodni) przy budowie południowej obwodnicy Warszawy. Droga ekspresowa S2. W tym dwa o długości ponad 50m obiekty mostowe w węźle nad al. Jerozolimskimi – Pierwszy most stalowy nad Al. Jerozolimskimi, długość 62,0m. Termin zakończenia zadania: 02.09.2012 r.;
4.Nazwa i adres podmiotu lub instytucji, na rzecz której wskazana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót: GDDKiA Oddział w Warszawie. Zleceniodawca – Inżynier Kontraktu Egis Poland Sp. z o.o. . Usługa świadczona przez H.-Biuro Inżynierskie sp. z o.o. Opis doświadczenia zawodowego: nadzór branży mostowej (zastępstwo na okres 2 tygodni) przy budowie południowej obwodnicy Warszawy. Droga ekspresowa S2. W tym dwa o długości ponad 50m obiekty mostowe– drugi obiekt. Łącznica – zjazd z S2 na Al. Jerozolimskie – długość ponad 200m. Termin zakończenia zadania: 02.09.2012 r.;
5.Nazwa i adres podmiotu lub instytucji, na rzecz której wskazana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót: Inwestor: Autostrada Wielopolska S.A. 2 – autostrada płatna. Podmiot, dla którego były świadczone usługi: A2-Strada. Sp. z o.o. – Inżynier kontraktu.Inspektor nadzoru branży mostowej. Opis doświadczenia zawodowego: Nadzór nad budową autostrady A2 - Świecko Nowy Tomyśl. Długość 107 km. Kilkadziesiąt mostów i obiektów inżynierskich w tym 1 most o długości między podporami ponad 100m na rzeką Odrą. Termin zakończenia: 31.12.2011 r.

Na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp Przystępujący złożył także wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia spełniających wymagania określone w pkt 5.2 SIWZ (załącznik 5.1 do SIWZ), w którym wskazano p. K. H. posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami i projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Ponadto w tabeli wskazano: Nazwa i adres podmiotu lub instytucji, na rzecz której wskazana osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót: Praca dla firmy H.-Biuro Inżynierskie sp. z o.o. Inwestor GDDKiA Oddział w Olsztynie. Nazwa zadania: „Rozbiórka starego i budowa nowego wiaduktu nad linią PKP koło miejscowości Elbląg w ciągu drogi krajowej nr 22, km 386+646 z objazdem na czas robót.” Opis robót: budowa wiaduktu drogowego w ciągu drogi krajowej nr 20 koło miejscowości Elbląg wraz z rozbiórka starego. Całkowita długość ponad 200 m. Wartość robót mostowych ponad 13 mln zł netto. Wartość wszystkich robót ponad 19 mln zł. Termin zakończenia: 31.12.2016 r. Pełniona funkcja: Inspektor Nadzoru branży mostowej – Inżynier Kontraktu. Do wykazu załączono poświadczenie wystawione przez GDDKiA Oddział w Olsztynie, w którym potwierdzono informacje podane w Wykazie, w tym okoliczność, że firma H.-Biuro Inżynierskie sp. z o.o. wykonała usługę kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad przedmiotowym zadaniem. Podano podstawowe parametry wiaduktu i wskazano, ze dodatkowo w zakresie nadzoru wchodziły nadzory branżowe: branża torowa, SRK, elektroenergetyczna, sanitarna, drogowa. Przedstawiono wartość robót budowlanych brutto: 19 324 868,11 zł oraz wartość usługi nadzoru inwestorskiego: 192 802,50 zł. Wskazano także, iż usługa została zrealizowana prawidłowo pod względem technicznym i organizacyjnym.

Zamawiający pismem z dnia 30.11.2020 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ i załącznikami do SIWZ oraz o potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna wraz z podaniem informacji na temat rentowności tego przedsięwzięcia. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie czy cena została skalkulowana rzetelnie i czy wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Wykonawca powinien wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Zamawiający wskazał, iż przedstawione wyjaśnienia musza być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie ceny, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia.

Zamawiający poprosił również o przesłanie wszystkich uznanych przez wykonawcę za istotne informacji oraz dowodów, których Zamawiający nie wymienił powyżej. Ponadto Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Poinformował, ze na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. przedstawił wyjaśnienia. Wskazał, iż podana przez niego cena jest cena bez podatku VAT, Przystępujący jest zwolniony z podatku VAT na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o VAT, co powoduje, że jego oferta może być znacząco niższa od innych. Gdyby dodano VAT wynosiłaby 354 240 zł i byłaby niewiele wyższa od 50% budżetu Zamawiającego. Przystępujący wskazał, iż skalkulował cenę w następujący sposób. SIWZ wymaga pobytu na budowie 3 dni w tygodniu, co miesięcznie daje 12 dni pobytu. Przystępujący kalkulował cenę przy założeniu wynagrodzenia za 1 miesiąc pracy jednej osoby 12 000 zł, co daje wynagrodzenie 1000 zł za jeden dzień pobytu. Przystępujący ujął pewne ryzyko częstszego pobytu np. 4 dni w tygodniu co daje 16 pobytów w miesiącu, przy podobnych zasadach kalkulacji daje to wynagrodzenie w kwocie 750 zł za pobyt. Pobyt codzienny z racji doświadczenia Przystępujący zakłada tylko w wyjątkowych przypadkach. Przystępujący zakłada, że inspektor nadzoru w czasie realizacji inwestycji Zamawiającego będzie uczestniczył w jeszcze jednej inwestycji budowlanej za podobną cenę, daje to w sumie wynagrodzenia dla firmy za pracę jednej osoby na poziomie 24 000 zł. Kwota ta pozwala odpowiednio wynagrodzić inspektora oraz zapewnić zysk firmie. Głównym czynnikiem cenotwórczym jest dojazd na budowę objętą nadzorem. Osoba, która pełnić ma tę rolę w czasie pełnienia obowiązków będzie przebywać na stałe w Radomiu, pełni tam funkcję inspektora nadzoru przy budowie lotniska. Nadzór ten nie wymaga stałego pobytu na budowie, jest to typowy kontrakt, np. roboty są odbierane z dużym wyprzedzeniem zgłoszenia przez wykonawcę. Koszty dojazdu na budowę są znikome z racji położenia Skarżyska – Kamiennej w stosunku do Radomia. Bliskość Radomia pozwala też na dużą elastyczność i szybkość reakcji w sytuacjach nieprzewidzianych. Przystępujący zakłada, że pracę z dokumentami, jak analiza dokumentacji, rozliczeń, wniosków i innych będzie odbywać się w dniach pobytu na budowie. Dodatkowo kosztem związanym z nadzorem mogą być ewentualne koszty badań. W SIWZ nie ma wymogu stałej obsługi laboratoryjnej budowy, co często zdarza się przy innych kontraktach. Nadzór będzie prowadzony na zasadach obecności inspektora pry badaniach wykonawcy Dotyczy to zwłaszcza wszystkich badań geotechnicznych, badań pull-off warstw żywic i powłok konstrukcji żelbetowej. Dla badań betonu przewidziano procedurę badań kontrolnych w postaci młotka Schmidta na wyposażeniu inspektora. Przystępujący założył niewielkie prawdopodobieństwo odwiertu w betonie w przypadku badań wykonawcy budzących wątpliwość lub złych wyników z młotka Schmidta. W związku z bardzo małym prawdopodobieństwem wystąpienia takiej sytuacji Przystępujący przyjął 1 odwiert i badanie w laboratorium. Dalej Przystępujący wskazał, iż pozostałe koszty pracy inspektora przy wymogach kontraktu są niskie. Nie ma wymogu stałego biura na budowie. Koszty sprowadzają się do wykorzystania posiadanego sprzętu elektronicznego, wydruku opracowań. Przystępujący wyjaśnił, iż przewidziana do nadzoru osoba pełniła podobną rolę na bardzo poważnych inwestycjach także jako Inżynier Kontraktu i z doświadczenia zna koszty takiego nadzoru. Ostatni podobny nadzór – także duży wiadukt nad linią kolejową zakończył w 2016 r., gdzie koszt nadzoru wszystkich branż wynosił 198 000 zł, został wykonany prawidłowo dla GDDKiA. Zważywszy wzrost cen usług w ciągu 4 lat cena jest adekwatna do kosztów nadzoru. Przystępujący wskazał ponadto, iż nadzór prowadzony w okresie gwarancji najczęściej sprowadza się do przyjazdu na budowę jeden raz w roku, można przyjąć, że może dojść do dwóch pobytów w roku. Koszty takie są bardzo znikome i będą pokrywane z bieżącej działalności.

W dalszej części wyjaśnień Przystępujący przedstawił rozważania dotyczące relacji cen złożonych ofert i budżetu Zamawiającego do cen rynkowych. W jego ocenie wszystkie ceny powyżej 0,5 mln zł za nadzór tylko jednej branży przez okres 2 lat są znacząco wyższe od cen rynkowych. Najlepszym wskaźnikiem cen jest procentowa wartość do kosztu nadzorowanych robót. Przystępujący przedstawił kalkulację w odniesieniu do innych zamówień o podobnej złożoności lub większej. Koszt robót objętych nadzorem w przypadku Zamawiającego wynosi 35 mln zł i dotyczy to wszystkich branż. Każdy koszt nadzoru powyżej 0,5mln zł daje stosunek wartości nadzoru do robót >1,42% i dotyczy tylko jednej branży. Przystępujący wskazał, iż w marcu zakończył się przetarg na rozbudowę ulic Wybrzeże Szczecińskie i Wybrzeże Helskie w Warszawie organizowany przez ZMID w Warszawie, nadzór odbywa się nad robotami o dużo większym skomplikowaniu. Oprócz robót drogowych i mostowych wchodzą także roboty hydrotechniczne związane z zabezpieczeniem przeciwpowodziowym Wisły. Wartość robot budowalnych wynosi tam ponad 75 mln zł. Przetarg dotyczył nadzoru wielobranżowego oraz dodatkowo posiadania własnego laboratorium co jest bardzo kosztowne. Budżet przewidziany dla tego zadania to 1,7 mln zł. Stanowi to wskaźnik procentowy 2,2% dla nadzoru kompleksowego wraz z obsługą laboratoryjną. Firma, która wygrała ten kontrakt zaoferowała cenę 999 tys. zł, co daje wskaźnik procentowy 1,33% dla nadzoru wielobranżowego wraz z obsługą laboratoryjną. Przystępujący załączył do wyjaśnień informacje odnośnie cen w tym przetargu. Następnie wskazał jako kolejny przykład przetarg GDDKiA Oddział Katowice z podobnymi wymaganiami co do nadzoru jak w niniejszym postępowaniu. Zamawiający szacował czas głównego nadzoru na 14 miesięcy oraz przyjął budżet ponad 119 000 zł. Zamawiający przyjął więc koszt pracy jednego inspektora wraz z kosztami ubocznymi na kwotę 8500 zł za jedne miesiąc nadzoru. (dokumenty z tego postępowania stanowiły załącznik nr 2 do wyjaśnień). Przystępujący wskazał także na inne postępowanie GDDKiA Oddział w Krakowie, które dotyczyło nadzoru podzielonego na zadania dla przebudowy mostów. Zamawiający przyjął czas trwania nadzoru odpowiednio na 6 i 7 miesięcy, budżety były różne, najwyższy 80 000 zł dla 7-miesięcznego kontraktu. Daje to ok 11 500 zł za jeden miesiąc pracy (dokumenty z tego postępowania stanowiły załącznik nr 3 do wyjaśnień). Mając to na względzie zdaniem Przystępującego jego kalkulacja jest na poziomie cen rynkowych oraz została prawidłowo skalkulowana do wymogów świadczenia usługi.

Zamawiający w dniu 31 grudnia 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejsze w postępowaniu. Oferta Przystępującego otrzymała 60 pkt w kryterium ceny oraz 40 pkt w kryterium pozacenowym.

Izba zważyła, co następuje:

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

Izba za zasadny uznała zarzut nr 6 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W myśl art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich

istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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; 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. W ust. 2 tego przepisu wskazano, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Z kolei jak stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zmawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z powyższych regulacji ustawodawca zrównuje sytuację, w której wykonawca złoży ofertę z rażąco niską ceną z sytuacją, gdy wykonawca – będąc wezwany do złożenia wyjaśnień – wyjaśnień takich nie składa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień. Ponadto konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską ma miejsce także w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana cena rażąco niska nie jest. Podkreślić należy, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska - powyższe wynika wprost z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca został więc ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Podkreślić tutaj należy, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, skutkować winny odrzuceniem oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2721/15). Podkreślić trzeba, iż efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Istotną wagę jaką przypisać należy przedstawieniu szczegółowych wyjaśnień potwierdza ustawowy wymóg przedstawienia dowodów na poparcie stawianych tez, wynikający z art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, iż przedmiotem oceny Izby było to czy zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego przez Zamawiającego nie naruszało przepisów ustawy Pzp. W postepowaniu odwoławczym weryfikacji podlega bowiem nie tyle sama cena oferty, co czynność Zamawiającego polegająca na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Innymi słowy rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby odpowiedź na tak zadane pytanie jest negatywna. Izba uznała, iż złożone przez Przystepującego wyjaśnienia nie wykazywały, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te w ocenie Izby nie były jednoznaczne i wyczerpujące, a ponadto nie zostały poparte dowodami, które uwiarygodniałyby przyjętą wycenę. Choć kompletność wyjaśnień ocenia się każdorazowo w okolicznościach danej sprawy, to jednak wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny każdorazowo powinny zawierać co najmniej konkretne, szczegółowe informacje na temat kalkulacji ceny oferty, w tym elementów cenotwórczych uwzględnionych w tej kalkulacji z określeniem ich wartości, a także wskazanie okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, w tym tych powodujących oszczędność metody wykonania zamówienia oraz wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia. Przy czym nie jest wystarczające ogólne powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Nadto, ustawowym obowiązkiem wykonawców jest także złożenie dowodów potwierdzających wskazywane w wyjaśnieniach informacje.

Analiza wyjaśnień złożonych przez Przystępującego wskazuje, że nie przedstawił on żadnej szczegółowej kalkulacji ceny oferty, poprzestając na podaniu kilku elementów, które w jego ocenie wpływały na wysokość przyjętej ceny, jednocześnie nie wykazując żadnej wartości tych elementów ani ich realnego wpływu na przyjęte koszty realizacji zamówienia. W treści wyjaśnień Przystępującego próżno szukać wskazania jakichkolwiek kwotowych wartości poszczególnych elementów składowych ceny. Jedynym możliwym do uchwycenia elementem tej kalkulacji jest przyjęcie przez Przystępującego wynagrodzenia za jeden miesiąc pracy jednej osoby na poziomie 12 000 zł (co w świetle twierdzeń Przystępującego daje kwotę 750-1000 zł za jeden dzień pobytu na budowie w zależności od częstotliwości tych pobytów w tygodniu). Przy czym treść wyjaśnień w powyższym zakresie nie jest jednoznaczna, z jednej strony wynika z nich bowiem, że kwota 12 000 zł stanowi wynagrodzenie za miesiąc pracy jednej osoby, a z drugiej strony, że jest to zakładane wynagrodzenie firmy Przystępującego za miesiąc świadczenia usługi. Przy uwzględnieniu, że realizacja zamówienia ma obejmować okres 24 miesięcy, w oparciu o cenę oferty (288 000 zł) należałoby wnioskować, że w istocie jest to miesięczne wynagrodzenie firmy Przystępującego za realizację usługi, niemniej wprost z wyjaśnień to nie wynika. Przyjmując jednak takie założenie (na taką okoliczność wskazywał bowiem Przystępujący w postępowaniu odwoławczym), to na gruncie przedstawionych wyjaśnień nie sposób ustalić, co było podstawą dla skalkulowania wysokości miesięcznego wynagrodzenia za realizację usług będących przedmiotem zamówienia. W szczególności zaś wyjaśnienia nie wskazują żadnych konkretnych elementów składowych ceny ani kwot, czy chociażby procentowych wartości, pozwalających ustalić, co zostało uwzględnione w cenie oferty i jakiego rzędu koszt stanowi.

Przykładem na powyższe jest fakt, że Przystępujący nie podał w treści wyjaśnień nawet wysokości wynagrodzenia inspektora nadzoru inwestorskiego, czyli najbardziej istotnego (także zdaniem samego Przystępującego) elementu kosztotwórczego. Na gruncie złożonych wyjaśnień Zamawiający nie mógł powziąć wiedzy, jakie wynagrodzenie inspektora przyjęto na potrzeby kalkulacji, w tym czy Przystępujący przyjął jego odpowiednią wysokość, uwzględniając pełne koszty pracodawcy wynikające ze stosunku pracy (zgodnie z oświadczeniem Przystępującego osoba mająca pełnić funkcję inspektora nadzoru zatrudniona jest w jego firmie na umowę o pracę). Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zauważył, że „w wyjaśnieniach brak jest wskazania wysokości wynagrodzenia przeznaczonego dla osoby inspektora nadzoru.” Dopiero w piśmie procesowym złożonym w postępowaniu odwoławczym, Przystępujący wskazał (przy czym podał, że czyni to „uzupełniając treść wyjaśnień”), iż średnia pensja osoby sprawującej taką funkcję wynosi od 4 800 zł do 7 500 zł, zaś na rozprawie podniósł, że kalkulując cenę przyjął kwotę ok. 6 000 zł brutto miesięcznie. Taka okoliczność nie

wynika z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawionych Zamawiającemu, tymczasem ich uzupełnianie na etapie postępowania odwoławczego uznać należy za działanie spóźnione.

Ponadto w oparciu o złożone wyjaśnienia nie sposób ustalić jaki poziom kosztów został przyjęty przez Przystępującego dla innych elementów kształtujących cenę oferty wskazanych w wyjaśnieniach, jak koszty dojazdu, koszty badań laboratoryjnych, koszty realizacji usługi w okresie gwarancji. Przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek wyliczeń, nie podał żadnych wartości kwotowych, ograniczając się do wskazania, że koszty te są niskie czy znikome. Poprzestanie na tak lakonicznym stwierdzeniu nie może zostać uznane za wystarczające, uniemożliwia bowiem Zamawiającego dokonanie jakiejkolwiek weryfikacji czy przedmiotowe koszty zostały uwzględnione na poziomie realnym. Dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne jest powołanie się na konkretne wartości i ich wpływ na cenę, a nie przedstawienie ogólnych, niczym nie popartych twierdzeń. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego mogą co najwyżej uzupełniać szczegółowe analizy i wyliczenia, nie mogą jednak ich zastępować. Takich szczegółowych wyliczeń w piśmie Przystępującego z dnia 3 grudnia 2020 r. brak.

Jednocześnie Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić, jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, ale również wytłumaczyć w jaki sposób te właśnie czynniki, przekładają się na wysokość tej ceny. Jakkolwiek przedstawione w wyjaśnieniach okoliczności, takie jak np. bliskość lokalizacji robót objętych nadzorem w ramach przedmiotowego zamówienia oraz miejsca świadczenia innych usług przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji inspektora nadzoru, mogą mieć znaczenie dla powstania oszczędności podczas realizacji przedmiotowego zamówienia, to treść wyjaśnień Przystępującego -w obliczu braku podania konkretnych informacji jak określone okoliczności wpływają na cenę oferty - nie pozwala na uznanie ich za wystarczające do wykazania, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Sam Przystępujący wskazał, iż koszty dojazdu na miejsce świadczenia usługi nadzoru są drugim istotnym czynnikiem cenotwórczym, nie podał jednak żadnych wymiernych wartości na jakim poziomie koszty te uwzględnił w cenie oferty. Samo powołanie się na określone okoliczności bez wykazania ich wpływu na zaoferowaną cenę nie prowadzi do uwiarygodnienia, że cena ta nie jest rażąco niska, jako, że nie niesie żadnych informacji o jakichkolwiek możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Fakt, że koszty dojazdu inspektora nadzoru na trasie Skarżysko - Kamienna - Radom mogą nie być wysokie, nie oznacza, że kosztów tych nie ma. Przy czym Odwołujący przedstawił wyliczenia dotyczące potencjalnych kosztów dojazdu na trasie Radom – Skarżysko – Kamienna oparte o kalkulator kosztów używania pojazdów do celów służbowych, z których wynikało, że koszt ten przy zakładanym dojeździe 16 razy w miesiącu może wynosić ok. 1 257 zł miesięcznie. Nie są to zatem koszty znikome w skali przewidywanego miesięcznego wynagrodzenia firmy Przystępującego na poziomie 12 000 zł. Przystępujący nie przedstawił zaś żadnych danych co do przewidywanych (i przyjętych podczas kalkulacji ceny oferty) kosztów dojazdu inspektora nadzoru na miejsce realizacji robót budowlanych.

Dodatkowo, jak słusznie zauważył Odwołujący, w treści złożonych wyjaśnień Przystępujący w pewnym momencie wręcz przyznał, że część kosztów (a konkretnie kosztów związanych z realizacją usługi nadzoru w okresie gwarancji) z uwagi na ich znikomość zamierza pokryć z bieżącej działalności, co wskazuje, że nie zostały one uwzględnione w kalkulacji ceny oferty. Tymczasem cena oferty musi uwzględniać wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia w pełnym wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia zakresie. Okoliczność, że Przystępujący zamierza pokryć część kosztów – nawet jeśli niedużych – z innych źródeł wskazuje, że dokonał on kalkulacji ceny w sposób nieprawidłowy. Na gruncie złożonych wyjaśnień nie sposób także ustalić, jakie w istocie koszty wiążą się z realizacją usługi nadzoru w okresie gwarancji, Przystępujący nie przedstawił bowiem w tym zakresie żadnych danych. Twierdzenia o ich znikomej wartości nie są jednak w pełni uprawnione, jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność, że Zamawiający wymaga siedmioletniego okresu gwarancji (por. § 2 ust. 4 wzoru umowy). Nawet jeśli przyjąć, że nadzór w tym okresie wymagał będzie 1-2 pobytów na budowie rocznie jak twierdzi Przystępujący, to przy założeniu, że wynagrodzenie za jeden pobyt oscyluje w granicach 750-1000 zł, daje to kwotę nawet 10 500 - 14 000 zł w skali siedmiu lat (co stanowi ok. 4-5% ceny oferty Przystępującego). Sam Przystępujący zasadność powyższych wyliczeń potwierdził w piśmie procesowym wskazując, że „przy okresie gwarancji wynoszącym 5 lat koszty obsługi gwarancyjnej wynoszą około 1500,00 zł za rok." Izba raz jeszcze podkreśla, że dla prawidłowej kalkulacji ceny niezbędne jest uwzględnienie wszystkich okoliczności mających wpływ na jej wysokość, nawet, jeżeli związany z nimi koszt nie jest duży.

Wskazać także należy, że w oparciu o treść złożonych wyjaśnień nie sposób ustalić czy Przystępujący uwzględnił zysk z realizacji zamówienia w cenie oferty i w jakiej wysokości. Przystępujący wskazał jedynie, iż „zakłada, że inspektor nadzoru w czasie realizacji inwestycji Zamawiającego będzie uczestniczył w jeszcze jednej inwestycji budowlanej za podobną cenę, co daje w sumie wynagrodzenie dla firmy za pracę jednej osoby na poziomie 24 000 zł. Kwota ta pozwala odpowiednio wynagrodzić inspektora oraz zapewnić zysk firmie." Z powyższego stwierdzenia wynika jedynie, że bliżej nieokreślony zysk ma zostać wypracowany, niemniej nie wiadomo czy z przedmiotowego zamówienia czy z tej drugiej, równolegle nadzorowanej inwestycji, jak i nie wiadomo na jakim poziomie. Również okoliczność, że w cenie oferty uwzględniono takie elementy, jak koszty ogólne czy koszty wymaganego w świetle umowy ubezpieczenia OC, nie wynika z treści wyjaśnień i została podniesiona przez Przystępującego dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Wreszcie zauważyć trzeba, że wyjaśnienia Przystępującego nie zostały poparte żadnymi dowodami mogącymi potwierdzić prawidłowość kalkulacji ceny oferty. Ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentacje przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie. Natomiast ustawa wyraźnie nakłada na wykonawców obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń – wynika to wprost z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jest mowa o udzieleniu wyjaśnień, w tym złożeniu dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Zamawiający w treści wezwania podkreślał obowiązek złożenia dowodów, tymczasem Przystępujący nie złożył żadnych dokumentów uwiarygadniających cenę oferty, pomimo, iż w ocenie Izby obiektywnie miał taką możliwość - mógł przedstawić chociażby dokumenty potwierdzające wysokość wynagrodzenia inspektora nadzoru (np. umowę o pracę). Tego rodzaju dowodów nie stanowią dokumenty dotyczące innych postępowań prowadzonych przez innych zamawiających. Co prawda mogą one uprawdopodabniać rynkowy charakter ceny, natomiast nie mogą zastępować obowiązku przedstawienia przez Przystępującego szczegółowej kalkulacji ceny oferty ze wskazaniem przyjętych kosztów, zysku oraz ich poziomu, wyjaśniającej, że na potrzeby tego konkretnego zamówienia uwzględniono w cenie oferty wszelkie niezbędne koszty, a za zaoferowaną cenę możliwa jest jego należyta realizacja bez straty po stronie wykonawcy. Przystępujący, jak wskazano powyżej, nie przedstawił żadnej szczegółowej kalkulacji, poprzestając wyłącznie na wskazaniu kilku elementów, które w jego ocenie miały wpływ na cenę, jednocześnie nie wykazując jednak wpływu tychże okoliczności na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, nie wskazując w sposób mierzalny, jakie oszczędności okoliczności te generują po jego stronie i nie składając dowodów. Tym samym nie sposób uznać, aby Przystępujący wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, jak wymagał tego art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ocena wyjaśnień przez niego złożonych nie pozwala na stwierdzenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jako taka podlega ona odrzuceniu w oparciu o art. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zwraca także uwagę, iż zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 537 pkt 1 ustawy nPzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Również zatem w postępowaniu odwoławczym to na Przystępującym spoczywał ciężar wykazania, że cena jego oferty nie była na rażąco niskim poziomie i odparcia argumentacji przedstawionej w odwołaniu. Tymczasem Przystępujący, analogicznie jak w przypadku złożonych w toku postepowania o udzielenie zamówienia wyjaśnień, poprzestał na niczym nie popartych twierdzeniach co do kosztów przyjętych na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej, a przedstawione przez niego dowody nie były dowodami potwierdzającymi poziom kosztów przyjętych przez Przystępującego w kalkulacji cenowej (odnosiły się do poziomu cen oferowanych w postępowaniach o podobnym przedmiocie). Jednocześnie nie odparł on w sposób merytoryczny i skuteczny argumentacji prezentowanej w tym zakresie przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby Zamawiający naruszył ustawę Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego nie wykazują, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe naruszenie przepisów miało wpływ na wynik postepowania, ponieważ doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 6.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.2.3 SIWZ, nie znalazł w ocenie Izby potwierdzenia w oświadczeniach i dokumentach złożonych przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Warunek wskazany w pkt 5.2.3 SIWZ wskazywał na konieczność posiadania przez osobę skierowaną do realizacji zamówienia m.in. doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie lub rozbudowie mostu, wiaduktu lub estakady o długości całkowitej między podporami skrajnymi min. 50 m i wartości tych robót min. 10 000 000,00 zł brutto, wykonanego (zakończonego) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący nie kwestionował, że zadanie wskazane przez Przystępującego na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w załączniku 5.1., tj. „Rozbiórka starego i budowa nowego wiaduktu nad linią PKP koło miejscowości Elbląg w ciągu drogi krajowej nr 22, km 386+646 z objazdem na czas robót" spełniało wymagania określone w warunku co do jego zakresu. Odwołujący wskazywał jedynie na fakt, że z treści oświadczenia Przystępującego nie wynika, że p. Hafke pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy lub kierownika robót przy tym zadaniu.

Nie budziło wątpliwości Izby, że pojęcie „inspektora nadzoru inwestorskiego" wskazane w treści warunku udziału w postępowaniu należy interpretować przez pryzmat przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.). Na gruncie przepisów ww. ustawy funkcja inspektora nadzoru danej branży (w przedmiotowym przypadku inspektora nadzoru branży mostowej) mieści się w zakresie pojęcia inspektora nadzoru inwestorskiego, ustawa ta rozróżnia bowiem inspektorów nadzoru inwestorskiego poszczególnych specjalności (por. art. 27 ustawy Prawo budowlane). Tak też pojęcie to było interpretowane przez Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w dokumentach zamówienia, w tym w § 1 ust. 1 wzoru umowy, gdzie wskazano, iż przedmiotem zamówienia jest realizacja usługi nadzoru inwestorskiego w branży mostowej wraz z pełnieniem funkcji koordynatora inspektorów nadzoru inwestorskiego w pozostałych branżach.

Jak wynika z wykazu osób (załącznik nr 5.1 do SIWZ) przedstawionego przez Przystępującego, p. K. H. na wskazanym tam zadaniu pełnił funkcję „Inspektora Nadzoru Branży Mostowej – Inżyniera Kontraktu" Okoliczność tę potwierdza także treść poświadczenia wystawionego przez GDDKiA Oddział w Olsztynie, w którym wskazano na realizację usługi kompleksowego nadzoru inwestorskiego. Odwołujący nie podważał faktów wynikających z tego dokumentu. Mając na uwadze powyższe, nie jest zasadne stanowisko Odwołującego, jakoby Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ z przedstawionych dokumentów nie wynika fakt pełnienia przez p. H. funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego. Jedyną okolicznością, na której Odwołujący opierał ww. tezę był fakt, że w złożonym oświadczeniu nie dopisano słowa „inwestorski", argumentacja taka nie jest jednak uzasadniona. Oświadczenia i dokumenty składane w postępowaniu przez wykonawcę celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy analizować w sposób kompleksowy, z uwzględnieniem wszystkich informacji wskazanych w ich treści, nie tracąc z oczu także okoliczności wynikających z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia czy obowiązujących przepisów prawa. Analiza złożonego przez Przystępującego wykazu osób (zał. 5.1) oraz poświadczenia należytego wykonania usług w ocenie Izby nie pozostawia wątpliwości, że osoba wskazana w wykazie pełniła wymaganą przez Zamawiającego funkcję, a pełniony nadzór był nadzorem inwestorskim w rozumieniu Prawa budowlanego.

Na marginesie jedynie należy wskazać, że nawet gdyby Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postepowaniu, o którym mowa w pkt 5.2.3 SIWZ, to jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, czego domagał się Odwołujący, byłoby przedwczesne. Ustawodawca co do zasady daje bowiem wykonawcom szansę złożenia, uzupełnienia czy poprawienia oświadczeń i dokumentów przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz 91 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie Przystępującemu 40 punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym dysponowania inspektorem nadzoru robót mostowych, mimo że żadna z podanych przez ww. wykonawcę inwestycji nie spełnia ww. kryterium, co doprowadziło do dokonania wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejsza (zarzut nr 2).

Analogicznie jak w przypadku omówionego powyżej warunku udziału w postępowaniu, również w odniesieniu do pozacenowego kryterium oceny ofert, Odwołujący nie wykazał, aby dane przedstawione przez Przystępującego w zakresie doświadczenia p. H. w złożonym wraz z ofertą wykazie (załącznik 7.1 do SIWZ), nie potwierdzały posiadania przez ww. osobę doświadczenia wymaganego w tym kryterium. Stanowisko Odwołującego oparte było wyłącznie o okoliczność, że w treści tego wykazu nie wskazano wprost, że realizowany nadzór był nadzorem inwestorskim, przy czym teza ta całkowicie abstrahowała od pełnej treści tego wykazu, jak i celu, dla którego został złożony, tj.

przedstawienia doświadczenia osoby wskazanej do realizacji zamówienia na stanowisku inspektora nadzoru w zakresie robót mostowych w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, a nie w sprawowaniu bliżej niedookreślonego nadzoru w potocznym rozumieniu, jak sugeruje Odwołujący. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że użycie przez Przystępującego w opisie pełnionej funkcji sformułowania „nadzór branży mostowej" (zamiast – jak prawdopodobnie chciałby Odwołujący - „inspektor nadzoru inwestorskiego branży mostowej") jest określeniem wystarczającym do dokonania pozytywnej oceny doświadczenia w przedmiotowym kryterium, przy uwzględnieniu całokształtu informacji wynikających ze złożonego wykazu. Jednocześnie Izba miała na względzie, że twierdzenia Odwołującego jakoby p. H. nie pełnił funkcji inspektor nadzoru inwestorskiego na zadaniach wskazanych w wykazie stanowiącym załącznik nr 7.1 do SIWZ stanowiły wyłącznie niczym nie poparte przypuszczenia, Przystępujący zaś w postępowaniu odwoławczym przedstawił dowody, potwierdzające prawdziwość oświadczenia złożonego w wykazie, do których Odwołujący w ogóle się nie odniósł.

Odnosząc się natomiast do kwestii dotyczącej okresu pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przez p. H. na zadaniu nr 2 i 3, to jakkolwiek można się zgodzić z Odwołującym, że doświadczenia takiego nie sposób równoważyć z doświadczeniem w pełnieniu ww. funkcji przez cały okres realizacji zadania, to jednak Zamawiający nie dookreślił opisu kryterium pozacenowego (i opisu warunku udziału w postepowaniu) poprzez wskazanie, jaki okres pełnienia funkcji będzie wystarczający na potrzeby przedmiotowego kryterium (czy odpowiednio warunku). Zamawiający wymagał jedynie „pełnienia funkcji przy realizacji zadania", nie precyzując przez jaki okres czasu. Izba nie jest uprawniona na tym etapie postępowania decydować za Zamawiającego, czy za miarodajny należałoby uznać okres pełnienia nadzoru od rozpoczęcia do zakończenia robót, czy może przez okres kilku miesięcy lub lat. Wykonawca co do zasady nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji zaniechań Zamawiającego przy określaniu wymagań. W przypadku braku jednoznaczności postanowień SIWZ, niemożliwym jest dokonanie negatywnej oceny oferty wykonawcy w pozacenowym kryterium oceny ofert w zakresie wymagań, które nie zostały w sposób precyzyjny opisane w treści kryterium, brak jest bowiem wzorca dla przeprowadzenia takiej oceny. To na zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego przygotowania postępowania, a wynikające z treści SIWZ wątpliwości nie powinny być intepretowane na niekorzyść wykonawców (podobnie m.in. wyrok KIO z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt KIO 2111/18).

Izba nie uwzględniła także zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 91 ust.1 ustawy Pzp, w związku z art. 58 k.c. i art. 119a i nast. ustawy Ordynacja podatkowa poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta ta jest niezgodna z prawem, gdyż jej treść zmierza do obejścia przepisów prawa.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. W orzecznictwie Izby jednolicie wskazuje się, iż obowiązek odrzucenia oferty na ww. podstawie prawnej powstaje wówczas, gdy oferta narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane jej podstawie. Z powyższego wynika, iż nie będzie podlegała odrzuceniu oferta wykonawcy na ww. podstawie prawnej w przypadku niezgodności z innymi ustawami niż Prawo zamówień publicznych. Obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jest ona nieważna na gruncie innych przepisów ustawodawca przewidział w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co potwierdza, iż użyte w art. 89 ust. 1 pkt 1 pojęcie „ustawy" dotyczy wyłącznie ustawy Prawo zamówień publicznych (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2435/19, wyrok z dnia 21 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO 2535/18). Konsekwencją powyższego jest fakt, że naruszenie przepisów innych ustaw niż ustawa Pzp nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym argumentacja Odwołującego, iż działania Przystępującego zmierzają do obejścia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług czy Ordynacji podatkowej, nie może być podstawą do stwierdzenia, że oferta Przystępującego jest niezgodna z ustawą w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje przy tym, iż właściwymi organami do stwierdzenia ewentualnych nieprawidłowości w działaniu Przystępującego z perspektywy obowiązków podatkowych są organy kontroli skarbowej.

Niezależnie od powyższego, okoliczności stanowiące podstawę ww. zarzutu, jak i zarzutu nr 4 i 5 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że złożenie tej oferty ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, mimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, nie zostały przez Odwołującego wykazane.

Teza, jakoby Przystępujący złożył ofertę wyłącznie w celu obejścia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, aby móc skorzystać ze zwolnienia przewidzianego w art. 113 ust. 1 ww. ustawy, jest tezą bardzo daleko idącą, tymczasem oparta została wyłącznie na przypuszczeniach Odwołującego i gołosłownych hipotezach, a nie na dowodach. Dostatecznymi dowodami nie są w tym wypadku przedstawione przez Odwołującego wydruki z CEIDG dotyczące Przystępującego czy bliżej niezidentyfikowanej firmy p. H. H., odpisy z CEIDG i KRS dotyczące firm powiązanych osobowo z p. K. H. oraz informacje o tym, że ww. podmioty nie są zarejestrowane jako podatnicy VAT. Dokumenty te wskazują jedynie na okoliczność prowadzenia przez osoby tam wskazane określonego rodzaju działalności oraz braku zarejestrowania tych podmiotów jako podatników podatku od towarów i usług, nie dowodzą jednak ani tego, że złożenie oferty przez Przystępującego miało na celu obejście prawa, ani tego, że stanowiło ono czyn nieuczciwej konkurencji. Twierdzeń Odwołującego nie wykazuje także dowód z dokumentu stanowiącego polisę OC Przystępującego, w której jako osobę do kontaktu wskazano p. H. . Ponadto bez znaczenia pozostaje tutaj podnoszona w odwołaniu okoliczność, iż to brak zastrzeżenia przez Zamawiającego części zamówienia do osobistego wykonania umożliwiał zastosowanie przez Przystępującego niezgodnych z prawem konstrukcji. Wedle oświadczenia Przystępującego osoba, mająca pełnić funkcję inspektora nadzoru (p. H.) jest zatrudniona w firmie Przystępującego na podstawie umowy o pracę, nie realizowałaby zatem zamówienia jako podwykonawca, lecz bezpośrednio jako pracownik firmy Przystępującego.

Izba nie neguje stanowiska Odwołującego, iż gdyby w przedmiotowym przypadku doszło do stworzenia określonej konstrukcji prawnej zmierzającej do uniknięcia opodatkowania i obniżenia ceny oferty o wysokość podatku VAT, aby uczynić ją bardziej korzystną, to działanie takie można byłoby zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji, a oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Natomiast, aby było to możliwe, konieczne było wykazanie przez Odwołującego takiego stanu rzeczy. Na podstawie wyłącznie twierdzeń Odwołującego i odpisów dokumentów rejestrowych, w szczególności bez dokonania szczegółowej analizy przychodów poszczególnych powiązanych osobowo podmiotów, rodzaju i zakresu prowadzonej przez nie działalności, realizowanych przez te podmioty kontraktów, etc., przesądzenie o tym czy działanie Odwołującego w istocie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 5 czy art. 3 ust. 1 u.z.n.k., nie jest możliwe. Przy czym Odwołujący, poza zacytowaniem fragmentu wyroku KIO, nie przedstawił argumentacji, która wykazywałaby, że działanie Przystępującego wypełniło wszystkie przesłanki wynikające z ww. przepisów, które muszą zaistnieć w sposób kumulatywny, aby możliwe było stwierdzenie, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 534 ust. 1 ustawy nPzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

W świetle powyższego nie sposób uznać za zasadny także zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego zaniechania

odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jakkolwiek zgodzić należy się z tym, że w określonych sytuacjach oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającą na wysokość ceny brutto, powinna być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, to okoliczności, że z takim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, Odwołujący nie wykazał. Izba miała na względzie, że w odwołaniu nie przedstawiono w zasadzie żadnej argumentacji, która poddawałaby ocenie przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny pod kątem zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Tymczasem jeżeli Odwołujący decyduje się na postawienie danego zarzutu, to powinien przedstawić okoliczności potwierdzające jego zasadność, w przeciwnym razie naraża się na negatywne konsekwencje procesowe w postaci nieuwzględnienia zarzutu, a w efekcie konieczność poniesienia kosztów postępowania odwoławczego w odpowiedniej do tego proporcji.

Odwołujący co prawda wskazał w treści odwołania argumentację dotyczącą braku możliwości zastosowania zwolnienia z podatku VAT w odniesieniu do usług doradztwa, niemniej została ona podniesiona w kontekście zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, nie zaś błędu w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie błędnej stawki podatku do części usług objętych zakresem zamówienia. Ponadto teza ta również nie została przez Odwołującego wykazana, w szczególności zaś Odwołujący nie udowodnił, że wskazane przez niego elementy usługi nadzoru inwestorskiego będącej przedmiotem zamówienia (§ 3 ust. 2 pkt 9, 20, 30, 32 wzoru umowy) stanowią „usługi w zakresie doradztwa" w rozumieniu przepisów prawa podatkowego. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie jakiejkolwiek analizy postanowień umownych dotyczących obowiązków wykonawcy pod kątem możliwości ich zakwalifikowania jako usługi doradztwa, nie wskazał chociażby na interpretacje organów podatkowych referujące do podobnych przypadków. Na tego rodzaju interpretacje powołał się z kolei Przystępujący w piśmie procesowym (załączając je także do pisma), Odwołujący zaś stanowiska Przystępującego nie podważył.

W zakresie zarzutu nr 7, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mimo że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, Izba stwierdziła, że zarzut ten zawiera się w zarzutach oznaczonych nr 1- 6, w każdym z tych zarzutów wskazano bowiem na naruszenie ustawy Pzp w zakresie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odpowiednio poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania bądź zaniechanie odrzucenia jego oferty. Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się w zakresie dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut nr 6 odwołania), zaś okazał się bezzasadny w odniesieniu do pozostałych zarzutów. Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, że przywołany w *petitum* odwołania w opisie zarzutu nr 7 art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w przedmiotowym przypadku. Ww. przepis, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, nie znajduje zastosowania w postępowaniach jednoetapowych, jakim jest przetarg nieograniczony. Przepis ten dotyczy postępowań prowadzonych w trybach dwuetapowych (np. w trybie przetargu ograniczonego) i obejmuje przypadki, w których wykonawca nie zakwalifikowany do kolejnego etapu mimo wszystko składa ofertę. W postępowaniach jednoetapowych ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą *ex lege*, w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzpw wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę (pkt 2 lit. a), wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b).

Ja stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 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. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu w takim przypadku 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.

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/6 (zarzut nr 6) i bezzasadne w pozostałej części (zarzuty nr 1-5). Zarzutu oznaczonego nr 7 w odwołaniu Izba nie uwzględniła podczas wyliczeń z uwagi na fakt, że został on skonsumowany przez pozostałe zarzuty odwołania, co zostało omówione we wcześniejszej części uzasadnienia. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/6 i Odwołującego w części 5/6. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7 500 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 Rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b Rozporządzenia) oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu dojazdu wysokości 250,74 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a Rozporządzenia) - łącznie 11 350,74 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11 100 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9 458,95 zł (11 350,74 zł x 5/6). Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku wynosiła zatem 1641,05 zł. Mając na uwadze, iż zgodnie z § 7 ust. 6 Rozporządzenia koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych, Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1642 zł.

Przewodniczący:……