Sygn. akt: KIO 2877/22

WYROK

z dnia 14 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 14 listopada 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 października 2022 roku przez odwołującego wykonawcę W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Janowicach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Śląski Urząd Wojewódzki

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie co do części podniesionego zarzutu i nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu pn.: Pełnienie pełnobranżowego nadzoru inwestorskiego nad zadaniem: „Adaptacja pomieszczeń wraz z wykonaniem systemu klimatyzacji i wentylacji w budynku ŚUW w Katowicach przy ul. Damrota 16 na

potrzeby Wydziału SO - PARTER" -2 unieważnienie czynności z dnia 24 października 2022 roku tj. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy FB „Jach” A. C. oraz nakazuje Zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W pozostałej części zarzut odwołania, w odniesieniu do wykluczenia na podstawie art. 109 ustawy, uznaje za niezasadny

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Śląski Urząd Wojewódzki i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Janowicach tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od Zamawiającego - Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego na rzecz wykonawcy W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Janowicach kwotę 7 752, 00 zł (słownie: siedem tysięcy siedemset pięćdziesiąt dwa złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i kosztów dojazdu

pełnomocnika.

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 2021 poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2877/22

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający Śląski Urząd Wojewódzki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy stawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych pn.: Pełnienie pełnobranżowego nadzoru inwestorskiego nad zadaniem: „Adaptacja pomieszczeń wraz z wykonaniem systemu klimatyzacji i wentylacji w budynku ŚUW w Katowicach przy ul. Damrota 16 na potrzeby Wydziału SO - PARTER" -2.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 września 2022 roku pod numerem 2022/BZP 00353727/01.

W dniu 31 października 2022 roku Odwołujący - W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Janowicach („Odwołujący") działając na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 poz. 1710 dalej „ustawa", „PZP") wniósł odwołanie od czynności i zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy polegających na:

1) wadliwym wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Firmy Budowlanej „Jach" A.

C. ul. Dębowa 7a/7, 40-109 Katowice w związku z uznaniem, że Wykonawca ten spełnia kryterium zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Firmy Budowlanej „Jach" A. C. w związku z brakiem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy,

3) zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy Firmy Budowlanej „Jach" A. C. w związku z naruszeniem art. 109 p.z.p oraz w związku z zapisami Rozdziału IX SWZ przedmiotowego zamówienia, nakazującym takie wykluczenie,

4) względnie, wadliwym wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Firmy Budowlanej „Jach" A. C. w związku z uznaniem, że Wykonawca uzasadnił rażąco niską cenę wykonania usługi oraz odrzucenia oferty na mocy art. 224 ust 6 ustawy

5) wadliwym zaniechaniem wezwania W. sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust 1 ustawy do złożenia wymaganych dokumentów oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit a ustawy przez brak odrzucenia oferty Wykonawcy Firmy

Budowlanej „Jach" A. C. pomimo, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu, w związku z brakiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w

VII.2.4) I SWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia,

2) art. 128 ustawy przez brak wezwania W. sp. z o.o. do złożenia dokumentów.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) odrzucenia oferty Firmy Budowlanej „Jach" A. C. w związku z zaistnieniem podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy w związku z brakiem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,

3) wykluczenie Firmy Budowlanej „Jach" A. C. na podstawie Rozdziału IX SWZ przedmiotowego zamówienia w związku z naruszeniem art. 109 ustawy

4) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert, co winno doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

Odwołujący podał w zakresie wykazania interesu we wniesieniu odwołania, albowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego, z uwagi na to, że oferta Odwołującego winna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego jest korzystniejsza oraz wybrany Wykonawca bowiem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Zamawiający w treści SWZ wskazał m.in., że o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu w tym w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

VII.2.4)I SWZ

„Wykonawca spełni powyższy warunek jeżeli: I. przedstawi wykaz wykonanych min. 2 usług polegających na pełnieniu wielobranżowego (we wszystkich ww. branżach) nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi o wartości nie mniejszej niż 1,5 mln zł każda (wartość robót budowlanych), wykonanymi w budynkach użyteczności publicznej, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane prawidłowo, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty;"

Zgodnie z działem IV. 1. SWZ usługi obejmować winny poniższe branże:

„Na przedmiot zamówienia składają się:

Przedmiotem zamówienia jest usługa pełnienia obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego nad ww. zadaniem, w następujących specjalnościach:

- konstrukcyjno-budowlanej,

- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,

- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych."

FB Jach A. C. na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 października 2022 r. złożył zrewidowany wykaz usług zawierający dwie inwestycje. W. sp. z o.o. kwestionuje zasadność

użycia obu ze wskazanych usług tj. „Utworzenia Centrum Usług Społecznych w Bytomiu (Śródmieście, Rozbark) poprzez zaprojektowanie i wykonanie remontu budynku położonego w Bytomiu przy ul. Piekarskiej 39” oraz „Utworzenia Centrum Integracji Społeczno - Zawodowej - adaptacja segmentu B w Zespole Szkół przy ul. Gen. Wł. Sikorskiego 4 na potrzeby świadczenia usług społeczno - zawodowych.”

W zakresie pierwszego zadania, odsyła Odwołujący do treści SWZ dla zadania „Utworzenia Centrum Usług Społecznych w Bytomiu (Śródmieście, Rozbark) poprzez zaprojektowanie i wykonanie remontu budynku położonego w Bytomiu przy ul. Piekarskiej 39”: „III. Opis przedmiotu zamówienia Przedmiotem zamówienia jest „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla zadania pn. Utworzenie Centrum Usług Społecznych oraz lokali socjalnych, wspomaganych i chronionych w Bytomiu (Śródmieście i Rozbark) - poprzez zaprojektowanie i wykonanie remontu budynku położonego przy ul. Piekarskiej 39. ”.

I. Ogólna informacja dotycząca pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego
1. Kompleksowy nadzór inwestorski obejmuje usługi:

• inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (bez ograniczeń) - koordynator

• inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (bez ograniczeń)

• inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (bez ograniczeń) Zamawiający nie dopuszcza łączenia ww. funkcji"

Całość treści SWZ dla przedmiotowego zadania została załączona do przedmiotowego pisma. Dokumenty te są ogólnie dostępne w Internecie oraz stanowią załącznik do odwołania. Z treści zamówienia wynika, iż nadzór prowadzony był wyłącznie w trzech branżach. Stoi to w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego, który wymaga ponadto doświadczenia w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych oraz branży. Również z przedstawionego poświadczenia prawidłowego wykonania usług nr DOR.082.5.18.2022 nie wynika z ani z treści zamówienia, ani z przedstawionego zakresu prac, iż ich zakres obejmował roboty teletechniczne. Brak jest również informacji w poświadczeniu, iż F.B. "JACH" A. C. pełnił funkcje inspektora nadzoru w branży teletechnicznej.

Odwołujący podał, że analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku drugiej z wykazanych robót tj. Utworzenia Centrum Integracji Społeczno - Zawodowej - adaptacja segmentu B w Zespole Szkół przy ul. Gen. Wł. Sikorskiego 4 na potrzeby świadczenia usług społeczno - zawodowych.

Zgodnie z Rozdziałem 4 SWZ Zamawiający ustanowił poniższe warunku udziału w postępowaniu:

„3) zdolność techniczna lub zawodowa:

Wykonawca musi wykazać dysponowanie (dysponuje lub będzie dysponował) osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. Wykonawca musi wykazać dysponowanie (dysponuje lub będzie dysponował) osobami niezbędnymi do wykonania niniejszego zamówienia tj. posiadającymi prawo do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w następujących specjalnościach:

a) w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im co do zakresu ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (osoba ta będzie koordynatorem nadzoru inwestorskiego w zakresie różnych specjalności).

b) w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub odpowiadające im co do zakresu ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

c) w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych bez ograniczeń lub odpowiadające im co do zakresu ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

d) w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń wentylacyjnych bez ograniczeń lub odpowiadające im co do zakresu ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

e) w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im co do zakresu ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;" Ponownie z treści zamówienia wynika, iż nadzór prowadzony był wyłącznie w trzech branżach. Stoi to w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego, który wymaga ponadto doświadczenia w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Pomimo rozbicia na 5 podpunktów należy jasno określić, iż punkty b, c i d stanowią łącznie jedną branżę „sanitarną" określoną w toczącym się postępowaniu jako „instalacyjną w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych." Również w tym przypadku, na poświadczeniu prawidłowego wykonania zamieszczono wyłącznie lakoniczną informację, iż pełniony był „kompleksowy nadzór." Brak jest jednak dołączenia jakiegokolwiek dowodu, iż funkcja sprawowana była w branży teletechnicznej.

Odwołujący podał, że ze względu na fakt, iż w tym przypadku na referencjach pojawiło się „wykonanie instalacji systemu CCTV, LAN, SSWiNZ", zwrócił się z zapytaniem do Urzędu o udzielenie informacji czy w tym zakresie prace objęte były nadzorem inwestorskim w branży teletechnicznej. Zgodnie z informacjami otrzymanymi od Kierownika Referatu Gospodarki Komunalnej i Inwestycji Urzędu Miasta Sławkowa Pani D. L., na przedmiotowym zadaniu nie został powołany nadzór w branży teletechnicznej. Pani Kierownik Referatu podała również dokładny zakres, zgodny z wydanymi referencjami. Otrzymał Odwołujący również ustną informację, iż zapis „wykonanie instalacji systemu CCTV, LAN, SSWiNZ" odnosił się do niewielkiej „szafy" w której zamontowano gotowe urządzenia (kamera oraz sygnalizator napadu). Zamawiający określił zakres jako „małe prądy" i potwierdził, iż nadzór nad tym zakresem pełnił inspektor nadzoru w branży elektrycznej. Z związku z tym Zamawiający nie powoływał nadzoru w branży teletechnicznej, gdyż taki nadzór nie był wymagany obowiązującymi przepisami prawa, a na budowie wszystkie odbiory prowadzono w branży konstrukcyjno-budowlanej oraz instalacyjnej sanitarnej i elektrycznej.

W ramach toczącego się postępowania Zamawiający bardzo wyraźnie zaznaczył zarówno w SWZ, jak i na wykazie usług, iż wymaga doświadczenia w pełnieniu wielobranżowego nadzoru inwestorskiego we wszystkich ww. branżach, tj. również w branży teletechnicznej. W tym miejscu, pragnę nadmienić tylko, iż wykaz wykonanych usług, to jest załącznik nr 7 był składany już w postępowaniu dwukrotnie. Pierwotnie został on złożony wraz ofertą, lecz na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 października 2022 r. został on zmieniony i ponownie złożony wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie. Zmiana ta polegała na usunięciu z wykazu usługi nie spełniającej kryterium Zamawiającego, tj. „Zagospodarowanie terenu nadrzecznego przy Miejskim Ośrodku Kultury w Sławkowie i budowa toalet publicznych w ramach projektu „Zagłębiowski Park Linearny - rewitalizacja obszaru funkcjonalnego doliny rzek Przemszy i Brynicy - Miasta Sławków - 2 części - III postępowanie". Zgodnie z ogólnodostępnymi dokumentami znalezionymi przez Odwołującą w Internecie, w przypadku tego zadania usługa świadczona była wyłącznie w branży konstrukcyjno- budowlanej.

W opinii Odwołującej, Wykonawca Firma Budowlana „Jach" A. C. ul. Dębowa 7a/7, 40-109 Katowice nie spełnia kryterium zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy oraz jego oferta podlega odrzuceniu. Z uwagi na powyższe Oferent wprowadził w błąd Zamawiającego, składając oświadczenia mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepisy nowego ustawy, które weszły w życie 1 stycznia 2021 r., nie przewidują już automatycznej podstawy wykluczenia wykonawcy z powodu wprowadzenia w błąd. Jednakże takie postawienia znalazły się w Rozdziale IX SWZ przedmiotowego zamówienia. W związku z naruszeniem art. 109 Zamawiający przewidział, iż „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych: w art. 108 ust. 1, art. 109 ust. 1 pkt. 10 p.z.p. (...)„ oraz „Wykluczenie Wykonawcy następuje zgodnie z art. 111 p.z.p." Wykluczenie z przetargu powinno nastąpić zatem, gdyż Zamawiający w treści dokumentów zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu przewidział zastosowanie fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o wykluczenie Wykonawcy zgodnie z dyspozycjami Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz przepisami Prawa Zamówień Publicznych.

Odwołujący podniósł również, że względnie, jeśli Krajowa Izba Odwoławcza uzna, iż przedstawione dowody nie są wystarczające, to Odwołujący podnosi, że Wykonawca nie spełnił obowiązku uzasadnienia rażąco niskiej ceny za wykonanie usługi.

Zgodnie z art. 537 ciężar dowodu, że oferta nie jest rażąco niska spoczywa na Wykonawcy. W pierwszej kolejności Oferent, powołuje się na możliwość skorzystania z preferencyjnej sytuacji, polegającej na braku konieczności odprowadzenia składek wynikający z możliwości zatrudnienia członków zespołu nadzoru inwestorskiego na umowę o dzieło. Okoliczność tą

uzasadnia tym, iż osoby przez niego zatrudnione są obecnie bądź to na emeryturze, bądź to pracują na umowie o pracę. Już sam fakt uzasadniania wybranej formy zatrudnienia faktem bycia emerytem czy też pozostawania w stosunku pracy nie jest tutaj relewantny. W przypadku nieprawidłowego zastosowania preferencyjnej formy jaką jest umowa o dzieło, stanowiłby nielegalny proceder omijania przepisów i nieuzasadnioną korzyść w zakresie sytuacji podatkowej Wykonawcy. Stąd konieczność analizy, czy przedmiot niniejszej umowy może uznany być w określonych warunkach jako umowa o dzieło.

Zgodnie z długotrwałą i przyjętą linią orzeczniczą oraz stanowiskiem jurysprudencji umowa o wykonanie nadzoru inwestorskiego należy do umów o świadczenie usług, do których mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny o umowie zlecenia (art. 734-751 k.c.) oraz art. 17 i 24-27 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.
Dla określenia jakiego rodzaju umowa powinna zostać zastosowana, warunkiem zatrudnienia na umowę o dzieło jest powstanie materialnego lub niematerialnego efektu działań. W efekcie prac inspektora nie powstaje „namacalny skutek", stąd postępowanie polegające na podpisaniu umowy o dzieło stanowiłoby nielegalny proceder omijania przepisów i nieuzasadnioną korzyść w zakresie preferencyjnej sytuacji podatkowej.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie „Czy na pełnienie nadzoru inwestorskiego może być stosowana umowa o dzieło, czy wymagany jest inny rodzaj umowy?" (umieszczone w LEX z 13 października 2007 r.) „Umowa o dzieło, o której mowa w pytaniu, jest jedną z umów nazwanych. Ma ona za przedmiot zobowiązanie się przyjmującego zamówienie do wykonania (w sposób pozostawiony - w zasadzie - jego uznaniu) dla zamawiającego, za zapłatą wynagrodzenia, określonego w umowie dzieła, tj. osiągnięcie uzgodnionego przez strony rezultatu. Próbując odróżnić tą umowę od innych umów nazwanych, za umowę o dzieło przyjmuje się taką umowę, której przedmiot świadczenia jest na tyle skonkretyzowany, że może być objęty rękojmią za wady fizyczne. Tak zaś jest, gdy umowa przynosi określony trwały efekt gospodarczy o charakterze materialnym, powstały zarówno w wyniku stworzenia nowego, jak i przetworzenia istniejącego przedmiotu. Przedmiotem umowy zlecenia z kolei jest zobowiązanie się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do należytej (art. 355) staranności, ale nie - jak przy umowie o dzieło - do osiągnięcia umówionego rezultatu. Stosownie do art. 750 k.c., przepisy tytułu o zleceniu stosuje się odpowiednio do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami (tzw. zlecenie w szerokim znaczeniu). Odmiennie niż przy umowie o dzieło zleceniobiorca powinien wykonać zlecenie osobiście i stosować się do wskazanego przez zleceniodawcę sposobu wykonania zlecenia (art. 737). Gdyby nie otrzymał takich wiążących wskazówek, powinien kierować się przedmiotem zobowiązania, obowiązującym prawem i działać z odpowiednią starannością. Jedynie w szczególnych sytuacjach zleceniobiorca może się zastąpić osobą trzecią (art. 738). Na poparcie powyższych wywodów warto posłużyć się stanowiskiem W. Golińskiego odnośnie do podobnej w swej istocie umowy o nadzór autorski. Otóż w artykule: Nadzór autorski projektanta, "Rzeczpospolita" 1999, nr 2, s. 9 stwierdził on, iż "umowa o nadzór autorski, który ma charakter czynności serwisu w stosunku do dzieła, jakim jest dokumentacja projektowa, jest w myśl art. 750 umową zlecenia"."

Odwołujący podał, że z uwagi na powyższe, w opisanym przypadku zatrudnienia inspektorów na umowę o dzieło byłoby działaniem nieprawidłowym. W swojej odpowiedzi odnośnie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, F.B. "JACH" A. C. nie odnosi się do innych wyjaśnień w zakresie tak niskiego wynagrodzenia trzech zatrudnionych przez siebie inspektorów.

F.B. "JACH" A. C. zaznacza, iż każdy z inspektorów branżowych pełnić będzie swoją funkcję na 1/6 etatu to jest 30 godzin w miesiącu. Zgodnie z obliczeniami 1000 zł / 30 h daje kwotę 33,33 zł / h pracy. F.B. "JACH" A. C. stwierdza, jedynie że wynagrodzenie inspektorów jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę i ogranicza się zaledwie do kalkulacji kosztów, której nie popiera żadnymi dowodami. Brak jest żadnych dokumentów świadczących, iż inspektorzy branżowi są gotowi pracować za przedstawioną w kalkulacji stawkę. Odwołujący podaje, że minimalne wynagrodzenie ulega wzrostowi od 1 stycznia 2023 r. i planowany minimalny koszt pracodawcy za godzinę pracy wynosi 27,47 zł. Wynagrodzenie wysoko wykwalikowanych inspektorów nadzoru jedynie nieznacznie przewyższa minimalną krajową. Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu (np. wstępne porozumienie, umowa, oświadczenie potencjalnego inspektora) dotyczącą ich zatrudnienia i warunków przyszłego wynagrodzenia. F.B. "JACH" A. C. określa jedynie koszty swojego dojazdu na teren budowy ze swojego biura. Oznacza to, F.B. "JACH" A. C. nie przewidział konieczności ponoszenia kosztów związanych z dojazdem pozostałych inspektorów. W swoim uzasadnieniu F.B. "JACH" A. C. stwierdza, iż „Uwzględniając dojazd na żądanie Zamawiającego może dać nawet 75 godzin i ten koszt musi być uwzględniony jako dodatkowy okres pracy inspektora." Jednakże ten koszt nie jest w uwzględniony w żadnym miejscu. Nawet przy przyjęciu nierynkowych cen, wyszczególnionych w odpowiedzi Wykonawcy należy przyjąć dodatkowo 75 godzin * 33,33 zł = 2499,75 zł netto.

Wykonawca w swojej kalkulacji nie bierze pod uwagę kosztów wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania (§ 8 Zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia Wzór umowy załączony do SWZ), kosztów ubezpieczenia OC przez cały okres realizacji zamówienia, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego, tj. na kwotę 500.000,00 zł., kosztów ubezpieczenia OC poszczególnych inspektorów (§4 Obowiązki Inspektora nadzoru), kosztów ubezpieczenia oraz eksploatacji samochodu, czy też kosztów eksploatacyjnych posiadanych urządzeń. Wykonawca winien uwzględnić w oferowanej cenie wszelkie możliwe koszty i ryzyka, w tym koszty związane z inflacją. Wykonawca nie wyliczył również kosztów stałych związanych z wykonywaniem przez niego działalności gospodarczej, którą musi ponosić. Samo założenie, iż dotychczasowe kontrakty pokrywają koszty podatkowe nie jest wystarczającym argumentem by uznać, iż nie istnieją one w ogóle. Koszty te w odpowiedniej proporcji również powinny znaleźć się w kalkulacji Wykonawcy. Z uwagi na powyższe, Odwołująca kwestionuje zasadność przedstawionego uzasadnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podał również, że postępowanie w sprawie wyłonienia wykonawcy na pełnienie pełnobranżowego nadzoru inwestorskiego nad zadaniem: „Adaptacja pomieszczeń wraz z wykonaniem systemu klimatyzacji i wentylacji w budynku ŚUW w Katowicach przy ul. Damrota 16 na potrzeby Wydziału SO - PARTER”-2 odbywa się już po raz drugi. W wyniku poprzedniego postępowania wyłoniony został wykonawca, którego oferta, przez złożenie fałszywych oświadczeń została uznana za najkorzystniejszą. W wyniku złożonego przez naszą spółkę Odwołania do Izby, nasza oferta została zbadana jako najkorzystniejsza. Jednakże, w dniu 8 września br. postępowanie zostało unieważnione ze względu na fakt, iż Zamawiającemu nie udało wyłonić się wykonawcy na pełnienie robót budowlanych, zatem „wystąpiła okoliczność, której nie można było przewidzieć, a która powoduje, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie.” Już w kolejnym dniu, to jest 9 września br. ponownie ogłoszono postępowanie w sprawie wyłonienie generalnego wykonawcy. W dniu 26 września br. ponownie ogłoszono unieważnienie postępowania na wyłonienie Generalnego Wykonawcy. W obu przypadkach unieważnienie wynikało z faktu, iż żadna ze złożonych ofert nie mieściła się w przewidywanym budżecie Zamawiającego. Pomimo to, Zamawiający w dniu 27 września br. ogłosił otwarcie ofert na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przedmiotowym zadaniem, a w dniu 24 października br. wyłonił ofertę F.B. "JACH" A. C. jako najkorzystniejszą. W dniu 26 października br. zwróciliśmy się z prośbą do Zamawiającego o analizę przedłożonych dokumentów przez F.B. "JACH" A. C., odrzucenie oferty tego Wykonawcy oraz wybór oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej. Do dnia dzisiejszego nie otrzymaliśmy żadnej pisemnej odpowiedzi. Zgodnie z prowadzonymi rozmowami z Zamawiającym, dowiedzieliśmy się, że ŚUW zwrócił się z zapytanie do podmiotów wydających poświadczenia prawidłowego wykonania usług, celem potwierdzenia czy F.B. "JACH" A. C. spełnia wymagania w zakresie nadzoru inwestorskiego w branży teletechnicznej. Pracownik Zamawiającego, Pani I. G.- D. poinformowała nas, że nie otrzymali dotychczas żadnej odpowiedzi, nawet mailowej. Jest to dla nas zaskakujące, bo w przypadku, gdy Odwołująca kontaktowała się z poprzednim Zleceniodawcą F.B. "JACH" A. C. otrzymaliśmy odpowiedź już tego samego dnia.

Podczas rozmowy z Panią I. G.- D. w dniu 28 października 2022 r. godzina 14:45, zostaliśmy poinformowali o bezcelowości naszego ewentualnego odwołania. Zagrożono, iż jeśli wygramy w KIO to i tak przetarg zostanie unieważniony z racji, iż nie zostaliśmy wezwani i nie złożyliśmy informacji o przedłużeniu obowiązywania oferty. W naszej opinii takie traktowanie W. sp. z o.o. ma charakter dyskryminacyjny. Wywód ten ma jedynie na celu działania asekuracyjne Odwołującej, obawiającej się, że pomimo ponownego korzystnego dla niej rozstrzygnięcia w sprawie, jej oferta nie zostanie wybrana. Zgodnie z art. 220 ust. 3 nowego PZP "W przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni.". Z przepisu tego bezpośrednio wynika, iż w obecnym stanie prawnym ustawodawca nie przewidział możliwości przedłużenia terminu związania ofertą po wyborze oferty. Zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w komentarzu LEX Wojciecha Nowakowskiego „W przypadku gdyby w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, konieczne stało się dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, zastosowanie znajdą przepisy art. 252 p.z.p. Zgodnie z art. 252 ust. 2 p.z.p. jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę (w tym wypadku wyłonionego w wyniku powtórzenia czynności wyboru), do wyrażenia, w wyznaczonym terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Na podstawie art. 252 ust. 3 p.z.p. w przypadku braku takiej zgody, zamawiający zwraca się o jej wyrażenie do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania Taki tryb postępowania wskazany został w piśmie Urzędu Zamówień Publicznych pt. "Czy można wybrać wykonawcę po

upływie terminu związania ofertą?" (strona internetowa UZP: , dostęp w dniu 17.03.2022 r.). Według UZP "zgodnie z art. 252 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Jednocześnie na podstawie art. 252 ust. 2 p.z.p., jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie pisemnej zgody na wybór jego oferty. W przypadku braku zgody, o której mowa w art. 252 ust. 2 p.z.p., zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania (art. 252 ust. 3 p.z.p.). Zatem po upływie terminu związania ofertą możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty uzależniona jest od woli wykonawcy i może nastąpić, jeżeli wykonawca, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, wyrazi pisemną zgodę na wybór jego oferty. Natomiast wezwanie wykonawcy do wyrażenia takiej zgody jest obowiązkiem zamawiającego." Zauważyć należy, że fakt samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę, który złożył odwoływanie, nie ma na tym etapie żadnego wpływu na dalszy tok procedury wobec czego zamawiający nie ma obowiązku formalnie się do tego odnosić. Z treści pytania nie wynikają także żadne przesłanki uzasadniające konieczność unieważnienia postępowania. Co do zasady, mogą one ziścić się już po rozstrzygnięciu odwołania przez KIO, natomiast na obecnym etapie, w toku procedury odwoławczej, zamawiający nie może podejmować takich działań."

Z uwagi na powyższe, Odwołująca nie ma obowiązku składania osobnego dokumentu formalnie przedłużającego termin obowiązywania oferty. Nawet gdyby takie oświadczenie zostało złożone, nie ma ono formalnego znaczenia i Zamawiający nie musi nawet się do niego odnosić. Chcę jednak wyraźnie zaznaczyć, iż jeszcze przed upłynięciem terminu obowiązywania oferty, Odwołująca złożyła formalne pismo do Zamawiającego zwracając się z prośbą o wybór jej oferty jako najkorzystniejszej. W tym zakresie podtrzymujemy nasze stanowisko i w przypadku korzystnego dla nas rozstrzygnięcia w KIO, z przyjemnością wyrazimy zgodę na wybór naszej oferty. Przez wzgląd na powyższe, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione, dlatego też wnosimy jak we wstępie.

Odwołujący załączył do odwołania: SWZ na pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla zadania pn. Utworzenie Centrum Usług Społecznych oraz lokali socjalnych, wspomaganych i chronionych w Bytomiu (Śródmieście i Rozbark) - poprzez zaprojektowanie i wykonanie remontu budynku położonego przy ul. Piekarskiej 39; Poświadczenie wykonania usługi pn. Utworzenie Centrum Usług Społecznych oraz lokali socjalnych, wspomaganych i chronionych w Bytomiu (Śródmieście i Rozbark) - przez zaprojektowanie i wykonanie remontu budynku położonego przy ul. Piekarskiej 39; SWZ na pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla zadania Utworzenia Centrum Integracji Społeczno - Zawodowej - adaptacja segmentu B w Zespole Szkół przy ul. Gen. Wł. Sikorskiego 4 na potrzeby świadczenia usług społeczno - zawodowych; Poświadczenie wykonania usługi pn. pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla zadania Utworzenia Centrum Integracji Społeczno - Zawodowej - adaptacja segmentu B w Zespole Szkół przy ul. Gen. Wł. Sikorskiego 4 na potrzeby świadczenia usług społeczno - zawodowych; Korespondencja mailowa z Miastem Sławków; Załącznik nr 7 - wykaz usług; Korespondencja w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty; Informacja dla Zamawiającego z 26 października 2022 r.; Unieważnienie postępowania nr BAI.272.49.2022; Unieważnienie postępowania nr BAI.272.36.2022.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 października 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 24 października 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, Odwołujący wykazał wypełnienie łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes

w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Zamawiającego dokumenty (10 kart) dotyczące realizacji usług przez FB JACH A. C..

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 226 ustawy -

ust. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

3) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania.

- art. 128

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

3. Złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się

bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

6. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

Izba ustaliła, w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający

podał:

IV. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest pełnienie pełnobranżowego nadzoru inwestorskiego nad zadaniem: „Adaptacja pomieszczeń wraz z wykonaniem systemu klimatyzacji i wentylacji w budynku ŚUW w Katowicach przy ul. Damrota 16 na potrzeby Wydz. SO - PARTER”- 2 postępowanie

Na przedmiot zamówienia składają się:

Przedmiotem zamówienia jest usługa pełnienia obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego nad ww. zadaniem, w następujących specjalnościach:

□ konstrukcyjno-budowlanej,

□ instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych,

wodociągowych i kanalizacyjnych,

□ instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,

□ instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych,

VIII. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

(■■■)

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

(■■■)

1) zdolności technicznej lub zawodowej:

I. Wykonawca spełni powyższy warunek jeżeli: I. przedstawi wykaz wykonanych min. 2 usług polegających na pełnieniu wielobranżowego (we wszystkich ww. branżach) nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi o wartości nie mniejszej niż 1,5 mln zł każda (wartość robót budowlanych), wykonanymi w budynkach użyteczności publicznej, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane prawidłowo, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty;

(.)

IX. PODSTAWY WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych: w art. 108 ust. 1, art. 109 ust. 1 pkt. 10 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie

przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego
(...)

X. OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA (PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE)

4. Podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują:

(.)

2) wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągły wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - powyższy wykaz należy przedstawić wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ;

Zamawiający, pismem z dnia 10 października 2022 Zamawiający wezwał wykonawcę Firma Budowlana JACH A. C. z siedzibą w Katowicach:

Na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r. poz. 1710) Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:
(.)

> 2) wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - powyższy wykaz należy przedstawić wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ;

Dokumenty w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej podpisane podpisem w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, należy przesłać Zamawiającemu pocztą elektroniczną na adres mailowy: lub poprzez miniPortal, w terminie do dnia 17
października 2022 r.

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego przedstawił WYKAZ USŁUG WYKONANYCH, A W PRZYPADKU ŚWIADCZEŃ POWTARZAJĄCYCH LUB CIĄGŁYCH RÓWNIEŻ WYKONYWANYCH w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, gdzie wskazał realizacje dwóch usług:

1) Utworzenia Centrum Integracji Społeczno - Zawodowej - adaptacja segmentu B w Zespole Szkół przy ul. Gen. Wł. Sikorskiego 4 na potrzeby świadczenia usług społeczno - zawodowych,

2) Utworzenia Centrum Usług Społecznych w Bytomiu (Śródmieście, Rozbark) poprzez zaprojektowanie i wykonanie remontu budynku położonego w Bytomiu przy ul. Piekarskiej 39

Wykonawca załączył Poświadczenie z dnia 9 września 2022 roku z Gminy Bytom:

Gmina Bytom z siedzibą w Bytomiu 41-902, ul. Parkowa 2 działająca za pośrednictwem jednostki budżetowej Bytomskie Mieszkania ul. Zielna 25b, niniejszym potwierdza, iż Pan A. C. zamieszkały w Katowicach przy ul. Dębowej 77a/7, występujący w obrocie gospodarczym pod nazwą Firma Budowlana „JACH" A. C., wykonała zamówienie publiczne nr DOR-PN-55-2021 dotyczące zadania pn.: „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla zadania pn. Utworzenie Centrum Usług Społecznych oraz lokali socjalnych, wspomaganych i chronionych w Bytomiu (Śródmieście i Rozbark) - poprzez zaprojektowanie i wykonanie remontu budynku położonego przy ul. Piekarskiej 39", który był wykonywany w okresie od 31.08.2020r. do 30.07.2021r.

Zakres prac obejmował:

- roboty demontażowe, rozbiórkowe, wyburzeniowe

- "konanie nowych ścian z pustaków ceramicznych

- wykonanie nowych posadzek cementowych wraz z izolacją podposadzkową oraz samopoziomujących

- prace tynkarskie, malarskie

- licowanie ścian płytkami ceramicznymi, - ułożenie posadzki z płytek ceramicznych

- ułożenie wykładzin z tworzyw sztucznych

- montaż stolarki okiennej i drzwiowej wewnętrznej, zewnętrznej i przeciwpożarowej

- montaż kabin sanitarnych

- wykonanie instalacji hydrantowej

- wykonanie nowej instalacji wodociągowej i kanalizacji sanitarnej wraz z armaturą

- "konanie instalacji centralnego ogrzewania wraz z montażem grzejników wykonanie wentylacji mechanicznej

- wykonanie nowej instalacji elektrycznej wraz z montażem oświetlenia i osprzętu

- wykonanie instalacji systemu CCTV, LAN, SSWiN oraz oddymiania

- "konanie schodów zewnętrznych wraz z podjazdem dla osób niepełnosprawnych - odtworzenie nawierzchni parkingu wraz z wykonaniem chodników z kostki betonowej

- montaż elementów małej architektury

- dobudowa wiatrołapu

- dostosowanie ścian zewnętrznych dla wymagań p.poż.

- renowacja elewacji budynku

- montaż daszków modułowych nad wejściami do budynku

- montaż balustrad i pochwytów ze stali nierdzewnej

Wartość robót budowlanych Piekarska 39 wynosi - 4 627 260,00 zł brutto.

Parametry obiektu:

POWIERZCHNIA UŻYTKOWA BUDYNKU 575,81 m^2

POWIERZCHNIA ZABUDOWY 381,89

KUBATURA BUDYNKU 4 832,89 rn^3

Budynek figuruje w gminnej ewidencji zabytków.

Informujemy iż przedmiot zamówienia został zrealizowany z należytą starannością i obowiązującymi przepisami.

Wykonawca załączył również Referencję z dnia 2 marca 2022 roku pochodzące od Gminy Sławków:

Gmina Sławków oświadcza, że: Firma Budowlana „JACH" A. C. z siedzibą w Katowicach 40-109 przy ul. Dębowej 77a/7 na podstawie umowy GKI.272.61.2019 z dnia 29.11.2019 r. w okresie od 29.11.2019 r. do 08.09.2020 r. pełniła kompleksowy nadzór inwestorski w ramach inwestycji pn.: „Utworzenie Centrum Integracji Społecznio — Zawodowej — adaptacja segmentu B w Zespole Szkól przy ul. Gen. Wł. Sikorskiego 4 na potrzeby świadczenia usług społeczno — zawodowych"

Podstawowy zakres obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego obejmował:

1. Reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektami i pozwoleniami na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej ;

2. sprawdzanie jakości wykonywanych robót budowlanych i stosowania przy "wykonywaniu tych robót" robót zgodnie z art. 10 Prawo Budowlane dopuszczalność stosowania wyrobów przy robotach budowlanych;

3. sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowego obiektu budowlanego;

4. potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy.

Zakres umowy dotyczył kompleksowego nadzoru nad inwestycją, która obejmowała:

- roboty demontażowe, rozbiórkowe, wyburzeniowe

- wykonanie nowych ścian z pustaków ceramicznych

- wykonanie nowych posadzek cementowych wraz z izolacją podposadzkową oraz samopoziomujących

- prace tynkarskie, malarskie

- licowanie ścian płytkami ceramicznymi,

- ułożenie posadzki z płytek ceramicznych

- ułożenie wykładzin z tworzyw sztucznych

- montaż stolarki okiennej i drzwiowej wewnętrznej, zewnętrznej i przeciwpożarowej - montaż kabin sanitarnych

- wykonanie instalacji hydrantowej

- wykonanie nowej instalacji wodociągowej i kanalizacji sanitarnej wraz z armaturą

- wykonanie instalacji centralnego ogrzewania wraz z montażem grzejników - wykonanie wentylacji mechanicznej

- wykonanie nowej instalacji elektrycznej wraz z montażem oświetlenia i osprzętu

- wykonanie instalacji systemu CCTV, LAN, SSWiN oraz oddymiania

- wykonanie schodów zewnętrznych wraz z podjazdem dla osób niepełnosprawnych

- odtworzenie nawierzchni parkingu wraz z wykonaniem chodników z kostki betonowej

- montaż elementów małej architektury - dobudowa wiatrołapu

- dostosowanie ścian zewnętrznych dla wymagań p.poż.

- renowacja elewacji budynku

- montaż daszków modułowych nad wejściami do budynku - montaż balustrad i pochwytów ze stali nierdzewnej

Parametry obiektu:

POWIERZCHNIA UŻYTKOWA BUDYNKU.....1650,68m^2

POWIERZCHNIA ZABUDOWY .....671,60m^2

w tym: - budynek segment B ...571,00m2 - łącznik komunikacyjny... . . . .100,60m2
KUBATURA BUDYNKU (z nadbudową szybu windy) 8 045,30m^3
Wartość inwestycji: 2 358 710,04 zł

Firma Budowlana „JACH" A. C. z siedzibą w Katowicach 40-109 przy ul. Dębowej 77a/7 wywiązała się sumiennie i należycie z pełnionych obowiązków.

W zakresie zarzutu oceny przez Zamawiającego spełnienia warunku udziału

w postępowaniu przez wykonawcę Firma Budowlana „Jach" A. C. (dalej: FB „Jach").

W odniesieniu do oceny podniesionego zarzutu w stosunku do dokonanej czynności oceny oferty wykonawcy Firma Budowlana „Jach" A. C. Izba podkreśla na wstępie wielowątkowość podniesionej argumentacji Odwołującego. Izba w kolejności odniesieni się do podnoszonych argumentów.

Po pierwsze, Izba stwierdza, że zgodnie z dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego do akt sprawy postępowania odwoławczego nie potwierdziła się argumentacja Odwołującego dotycząca oceny dokumentów składanych przez FB „Jach" wraz z ofertą. Zamawiający pismem z dnia 10 września 2022 roku wezwał zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy ww. wykonawcę do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał aby Zamawiający dokonał wcześniej oceny innych złożonych przez ww. wykonawcę dokumentów, jak również nie wykazał aby wezwanie z dnia 10 września br. stanowiło ustawowe uzupełnienie wcześniej składanych dokumentów podmiotowych środków dowodowych.

Po drugie, w ocenie Izby niespornym było między stronami postępowania, że zgodnie z ukształtowanym warunkiem zamówienia w zakresie posiadanych zdolności technicznych lub zawodowych wykonawca miał się wykazać posiadaniem doświadczenia w zakresie realizacji usług pełnienie wielobranżowego nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi, minimum 2 usługi, obejmujących swoim zakresem wszystkie wymienione w przedmiocie zamówienia branże tj. w następujących specjalnościach:

- konstrukcyjno-budowlanej,

- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,

- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

Powyższe wynika również bezsprzecznie z ustalonego stanu faktycznego tej sprawy odwoławczej na podstawie SWZ tj. rozdziału IV i VIII.

Po trzecie - w odniesieniu do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie informacji przedstawionych w Wykazie na podstawie załącznika nr 7 do SWZ przez FB „Jach" Izba stwierdziła nieprawidłową czynność Zamawiającego co do oceny złożonych dokumentów na wezwanie z dnia 10 września 2022 roku.

W odniesieniu do usługi realizowanej na rzecz Gminy Sławków w zakresie Utworzenia Centrum Integracji Społeczno - Zawodowej - adaptacja segmentu B w Zespole Szkół przy ul. Gen. Wł. Sikorskiego 4 na potrzeby świadczenia usług społeczno - zawodowych, Izba uznała, że wskazana usługa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że w ramach realizacji przedmiotowego ww. zamówienia udzielonego po przeprowadzonej procedurze o zamówienie publiczne (przedstawiony dowód w postaci SIWZ dla przedmiotowego zamówienia z października 2019 roku) w zakresie wymagania określonego warunkiem udziału w postępowaniu Gmina Sławków wskazała, że Wykonawca musi wykazać dysponowanie (dysponuje lub będzie dysponował) osobami niezbędnymi do wykonania niniejszego zamówienia tj. posiadającymi prawo do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w następujących specjalnościach:

a) w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im co do zakresu ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (osoba ta będzie koordynatorem nadzoru inwestorskiego w zakresie różnych specjalności),

b) w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub odpowiadające im co do zakresu ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

c) w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych bez ograniczeń lub odpowiadające im co do zakresu ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

d) w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń wentylacyjnych bez ograniczeń lub odpowiadające im co do zakresu ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

e) w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im co do zakresu ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Na podstawie załącznika nr 6 do SIWZ wykonawca miał obowiązek złożyć wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia.

W przedstawionym przez Odwołującego przy odwołaniu dowodzie od Gminy Sławków podano, że „w ramach usługi świadczenia kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad inwestycją pn.„Utworzenie Centrum Integracji Społeczno - Zawodowej -adaptacja segmentu B w Zespole Szkół przy ul. Gen. Wł. Sikorskiego 4 na potrzeby świadczenia usług społeczno - zawodowych" nie został powołany nadzór w branży teletechnicznej."

W ocenie Izby powyższe dokumenty potwierdzają jednoznacznie, że w ramach usługi jaka była realizowana na podstawie zawartej umowy o zamówienie publiczne nie był ustanowiony, zgodnie z warunkami umowy nadzór inwestorski w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych (inaczej - branży teletechnicznej).

Przedstawiony przez Zamawiającego w trakcie rozprawy dokument z dnia 2 listopada 2022 roku pochodzący również od Gminy Sławków nie potwierdza, że w ramach przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne, która została wymieniona wyżej, został ustanowiony nadzór inwestorski w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Z dokumentu tego wynika, że taki nadzór był pełniony niemniej jednoznacznie również Gmina Sławków podała, że „Zamawiający nie wymagał ustanowienia

osobnego nadzoru w tej branży". Skoro, jak sam twierdzi Zamawiający Gmina Sławków, nie wymagał pełnienia nadzoru w ww. branży na podstawie zawartej umowy, to na podstawie tej umowy nie mógł być pełniony na rzecz Zamawiającego nadzór w określonej branży. Izba nie twierdzi, że w ogóle nie był pełniony taki nadzór inwestorski w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w ramach inwestycji budowlanej ale nie mógł być on pełniony na podstawie zawartej umowy Świadczenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad inwestycją pn. „Utworzenie Centrum Integracji Społeczno - Zawodowej - adaptacja segmentu B w Zespole Szkół przy ul. Gen. Wł. Sikorskiego 4 na potrzeby świadczenia usług społeczno - zawodowych" pomiędzy Gminą Sławków, a FB „Jach" bowiem takiego zakresu realizacji usługi ta umowa nie przewiduje. Potwierdza to również w ocenie Izby stanowisko Gminy Sławków, która w piśmie z dnia 2 listopada 2022 roku nie odnosi się do zawartej umowy z FB „Jach" ale ogólnie do kompleksowego nadzoru inwestorskiego w ramach określonej inwestycji budowlanej. Natomiast z pisma pochodzącego od PPHU MYSBUD A. R., który to podmiot zgodnie z przedstawionym wyciągiem z Dziennika Budowy przez Zamawiającego był wykonawcą robót, również nie wynika, aby w zakresie zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy Gminą Sławków a FB „Jach" - bowiem na tą umowę w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu powołuje się FB „Jach" - ustanowiony był nadzór inwestorski w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Warto również odnotować, że w ramach realizacji nadzoru na podstawie zawartej umowy o zamówienie publiczne z Gminą Sławków wykonane były instalacje systemu CCTV, LAN, SSWiNZ, które jak twierdzi Odwołujący podlegały nadzorowi inspektora nadzoru w branży elektrycznej, dodatkowo wyjaśniając, że zgodnie z informacją z Gminy Sławków prace te polegały na zamontowaniu gotowych urządzeń w niewielkiej „szafie" (małe prądy). Izba wskazuje, że Zamawiający w żaden sposób nie kwestionował tego stanowiska, nie odniósł się do niego w ogóle. Po drugie, przedstawiony przez samego Zamawiającego wyciąg z Dziennika Budowy potwierdza, że zgłoszona została do odbioru instalacja elektryczna i niskoprądowa.

W ocenie Izby oświadczenie Pana z dnia 28 października 2022 roku przedstawione przez Zamawiającego - który to Pan zgodnie z pieczęcią posiada uprawnienia w branży telekomunikacyjnej obok uprawnień w branży elektrycznej - również nie potwierdza, że w ramach realizowanej na podstawie zwartej umowy o zamówienie publiczne, a którą legitymuje się FB „Jach", realizowany był nadzór inwestorski w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Oświadczenie to wskazuje również na „doraźne" pełnienie funkcji inspektora w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, co również nie zostało w żaden sposób wyjaśnione. W ramach realizacji obowiązków inspektora nadzoru brak jest takiego ustawowego rozwiązania jak „doraźne" pełnienie funkcji. Powyższe w sposób jednoznaczny dowodzi w ocenie Izby, że w ramach zawartej umowy pomiędzy Gminą Sławków a FB „Jach" w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, a na doświadczenie jakie powołuje się FB „Jach" pozyskane w związku z realizacją tej umowy, nie było nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

W odniesieniu do usługi realizowanej na rzecz Gminy Bytom w zakresie Utworzenia Centrum Usług Społecznych w Bytomiu (Śródmieście, Rozbark) poprzez zaprojektowanie i wykonanie remontu budynku położonego w Bytomiu przy ul. Piekarskiej 39, Izba uznała, że wskazana usługa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba przyjmuje w tym miejscu argumentację faktyczną jaka została przedstawiona powyżej w odniesieniu do usługi realizowanej na rzecz Gminy Sławków, w szczególności w zakresie oświadczenia Pana J. C z dnia 28 października 2022 roku przedstawione przez Zamawiającego.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że w ramach realizacji przedmiotowego ww. zamówienia udzielonego po przeprowadzonej procedurze o zamówienie publiczne (przedstawiony dowód w postaci SIWZ dla przedmiotowego zamówienia) w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia Gmina Bytom podała, że przedmiotem zamówienia jest „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla zadania pn. Utworzenie Centrum Usług Społecznych oraz lokali socjalnych, wspomaganych i chronionych w Bytomiu (Śródmieście i Rozbark) - poprzez zaprojektowanie i wykonanie remontu budynku położonego przy ul. Piekarskiej 39." a kompleksowy nadzór inwestorski obejmuje usługi:

- inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (bez ograniczeń) - koordynator,

- inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (bez ograniczeń),

- inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (bez ograniczeń), oraz informację, że Zamawiający nie dopuścił łączenia ww. funkcji.

Powyższe potwierdza w ocenie Izby, że w ramach realizacji usługi na którą powołuje się FB „Jach", wykonanej na podstawie zawartej umowy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w przedmiocie podanym powyżej nie była realizowana nie był pełniony taki nadzór inwestorski w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Podobnie jak w przypadku Gminy Sławków Izba nie twierdzi, że w ogóle nie był pełniony taki nadzór inwestorski w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w ramach inwestycji budowlanej ale nie mógł być on pełniony na podstawie zawartej umowy na Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla zadania pn. Utworzenie Centrum Usług Społecznych oraz lokali socjalnych, wspomaganych i chronionych w Bytomiu (Śródmieście i Rozbark) - poprzez zaprojektowanie i wykonanie remontu budynku położonego przy ul. Piekarskiej 39 pomiędzy Gminą Bytom a FB „Jach", bowiem takiego zakresu realizacji usługi ta umowa nie przewiduje.

Podobnie jak w przypadku usługi realizowanej na rzecz Gminy Sławków, Gmina Bytom w piśmie z dnia 28 października 2022 roku nie potwierdziła, że w ramach ww. umowy realizowana była usługa nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Gmina Bytom podała jedynie, że w ramach pełnienia nadzoru inwestorskiego na tym zadaniem realizowany był nadzór w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Ważnym jest z punktu widzenia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest realizacja usługi zgodna z tym jaka została wykazana przez wykonawcę FB „Jach", bowiem podkreślić należy, że taka usługa miała się charakteryzować określonym zakresem właśnie kreowanym rozciągłością danych realizowanych nadzorów.

W obu przypadkach zarówno Gminy Sławków oraz Gminy Bytom realizacja usług na podstawie umów zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego musiała odnosić się do przedmiotu określonego specyfikacją istotnych warunków zamówienia dla tych postępowań i obejmować wynagrodzenie dla tego zakresu przedmiotowego. W żadnym z tych przypadków w zakresie przedmiotowym realizacji usługi nie był objęty nadzór inwestorski w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Oznacza to, że powoływanie się na te właśnie umowy i zrealizowane na ich podstawie usługi nie potwierdza spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Izba nie twierdzi, że usługa nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych na wskazanych robotach budowlanych nie była realizowana. Izba twierdzi, że w ramach umów jakie zostały zawarte z JB „Jach" w wyniku przeprowadzonych zamówień publicznych z Gminą Sławków i Gminą Bytom nie zostały zrealizowane usługi obejmujące nadzór w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. To oznacza, że w ramach każdej z tych usług nie zostały spełnione kumulatywnie wymagania Zamawiającego co do pełnienia nadzoru w wymaganych specjalnościach: - konstrukcyjno-budowlanej, - instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, - instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, - instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

W ocenie Izby potwierdza brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu również oświadczenie złożone Zamawiającemu przez FB „Jach" z dnia 28 października 2022 roku, a złożone jako dowód w sprawie przez Zmawiającego, zgodnie z którym to oświadczeniem FB „Jach" podaje, że „Pomimo braku w tych zadaniach powołania przez Zamawiającego inspektora nadzoru w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych funkcję tą pełniła dla mnie osoba posiadająca uprawnienia w tym zakresie". Z oświadczenia tego jednoznacznie wynika, że w ramach realizacji ww. umów z Gminą Sławków oraz Gminą Bytom, a na które powołuje się wykonawca FB „Jach" nie była realizowana usługa nadzoru w pełnym zakresie nadzorów branżowych wymaganych przez Zamawiającego. Zamawiający w wystawianych referencjach również nie wskazał na pełnienie przez FB „Jach" w ramach realizowanych usług na podstawie powołanych umów - gdzie jednoznacznie wynika, że powołane są umowy zawarte w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego - realizacji nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

Poza przedmiotem tej sprawy odwoławczej pozostaje kwestia realizacji nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń

telekomunikacyjnych na inwestycji budowlanej w Gminie Sławków oraz Gminie Bytom - Izba nie bada na jakiej podstawie prawnej ten nadzór był realizowany, jak został opłacony itd. - bowiem nie stanowi to przedmiotu tego postępowania odwoławczego. W ramach rozpoznania zarzutu odwołania Izba stwierdziła, że powołane realizacje usług przez FB „Jach" nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w ramach zawartych z Gminą Sławków oraz Gminą Bytom po przeprowadzonych postępowaniach o udzielnie zamówienia publicznego umowach nie został ujęty nadzór inwestorski w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie co do części podniesionego zarzutu i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 24 października 2022 roku tj. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy FB „Jach" A. C. oraz nakazała Zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Natomiast w pozostałej części zarzut odwołania, w odniesieniu do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy z odwołaniem do treści specyfikacji warunków zamówienia Izba uznała zarzut za niezasadny. W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił argumentacji uzasadniającej naruszenie ww. przepisu ustawy. Podkreślić należy, że w ramach argumentacji Odwołujący powinien był wykazania zaistnienie wszystkich przesłanek jakie określa ww. przepis, bowiem wykluczenie wykonawcy z postępowania musi być oparte na jednoznaczne argumentacji i nie może być oceniane w sposób dowolny. Wykluczenie z postępowania stanowi najdalej idącą z sankcji, a co za tym idzie niewystarczające jest przekonanie Odwołującego o słuszności tego wykluczenia a niezbędne jest uzasadnienie stanowiska, którego w ocenie Izby w przypadku oferty wykonawcy FB Jach brakło w argumentacji Odwołującego z uwzględnieniem treści przesłanek skutkujących wykluczeniem.

W zakresie podniesionego w uzasadnieniu odwołania zarzutu ewentualnego

(względnego) Izba wskazuje, że w związku z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego oceny spełnienia warunku udziałów w postępowaniu przez wykonawcę FB „Jach" oraz nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nie zaistniała podstawa do rozpoznania zarzutu ewentualnego. Tym samym zarzut ewentualny nie został poddany rozpoznaniu.

W zakresie wskazanego naruszenia art. 128 ustawy przez brak wezwania

Odwołującego do złożenia dokumentów - Izba stwierdziła, że w zakresie podniesionego

naruszenia nie zbudował Odwołujący w zasadzie zarzutu odwołania.

Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu. Izba podkreśla, że Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zmawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże, aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego. Tym samym odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. To oznacza, że odwołanie powinno

konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, wskazującymi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę. Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano, w nieprzerwanie aktualnym orzeczeniu, w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej." Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia." W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zrzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius - wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie - konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu." (wyrok Sądu najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) - tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienie faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obwiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odwzorowanie w piśmiennictwie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że stanowisko zaprezentowane w odwołaniu nie zawiera żadnego uzasadnienia faktycznego, które można byłoby poddać ocenie w kontekście podnoszonego naruszenia przepisu ustawy. Izba ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej co do ustalonego stanu faktycznego. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje, że nie jest możliwie dokonanie oceny zarzutu w kontekście podanej podstawy naruszenia wskazanego przepisu. Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób poddać ocenie zaniechanie czy czynność Zamawiającego w sytuacji, gdy Odwołujący nie przedstawia żadnej argumentacji faktycznej uzasadniającej, że doszło do zaniechania Zamawiającego. Izba dostrzega, że w tramach odwołania podniesione naruszenia wskazanego na wstępie przepisu stanowi raczej konsekwencję kwestionowanych czynności Zamawiającego, ale to nie może zastąpić wymaganego od Odwołującego uzasadnienia faktycznego.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy według reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań w SWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy 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, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

Jednocześnie Izba wyjaśnia, że w postanowieniu o kosztach zawartym w tenorze wyroku nie uwzględniono kosztów pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600,00 zł, bowiem faktura - opiewająca na kwotę 3 600,00 zł została przedstawiona za przygotowanie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z obowiązującymi przepisami wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika odnoszą się do wynagrodzenia związanego z reprezentacją na posiedzeniu i rozprawie przed Krajowa Izbą Odwoławczą.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: .....