

**WYROK**

Warszawa, dnia 20 grudnia 2024 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2024 roku przez wykonawcę Arkadis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością M1 spółka komandytowa z siedzibą w Czudcu ul. Jasielska 11 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Hrubieszowski z siedzibą w Hrubieszowie, ul. Narutowicza 34

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem uiszczzonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 791 zł 00 gr (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

**Sygn. akt KIO 4427/24**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Nadzór inwestorski nad pracami wykonywanymi w ramach zadania „Budowa i przebudowa dróg w ramach zagospodarowania poscaleniowego w obrębie Kopyłów, jednostka ewidencyjna Horodło” ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00560696/01 z 23 października 2024 r.

20 listopada 2024 r. zamawiający poinformował o ponownym wyniku postępowania.

25 listopada 2024 r. wykonawca Arkadis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością M1 spółka komandytowa z siedzibą w Czudcu, ul. Jasielska 11 wniósł odwołanie przez prokurenta samoistnego komplementariusza. Od odwołania uiszczono wpis, a do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 74 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1, oraz art. 17 ust. 2 ustawy i art. 16 pkt. 1 ustawy przez nieudostępnienie kompletnej dokumentacji postępowania w szczególności wyjaśnień wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny, a tym zamawiający przeprowadził przeprowadzenie postępowania bez zachowania uczciwej konkurencji, co powoduje brak równego traktowania wykonawców, czego konsekwencją jest udzielenie zamówienia wykonawcy z naruszeniem ustawy.
2. art. 16 pkt. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania bez zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy pomimo że został wybrany z naruszeniem ustawy w tym w dalszym ciągu nie udostępnieniu kompletnej dokumentacji postępowania;
3. art. 17 ust. 2 ustawy przez udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy nie zgodnie z ustawą albowiem zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszego pomimo że zaoferowana cena jest to 10 krotnie niższa niż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinalizowanie zamówienia;
4. art. 16 pkt. 1 ustawy w zw. art. 17 ust. 2 ustawy przez przeprowadzenie postępowania bez zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy pomimo że został wybrany z naruszeniem ustawy;
5. art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy oraz w zw. z art. 16 pkt. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy przez nie odrzucenie oferty wybranego wykonawcy (EWIDJAR Firma Handlowo Usługowa J.S. z m. Pruszków) , oraz oferty kolejnego albowiem ciężko jest stwierdzić, że przy tak dużej dysproporcji do pozostałych ofert cenowych wykonawca jest w stanie wykonać należycie przedmiot zamówienia co powoduje że oferta jest rażąco niska, a zamawiający pomimo tego dokonuje jej wyboru pomimo że powinna zostać odrzucona, albowiem mało prawdopodobne, aby wybrany wykonawca przy tak dużej dysproporcji co najmniej do następnej oferty odwołującego mógł należycie wykonać przedmiot zamówienia.
6. art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy oraz w zw. z art. 16 pkt. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy

przez nie odrzucenie oferty kolejnego wykonawcy (Usługi Inżynierskie M.S. z m. Lublin), oraz oferty kolejnego albowiem ciężko jest stwierdzić, że przy tak dużej dysproporcji do pozostałych ofert cenowych wykonawca jest wstanie wykonać należycie przedmiot zamówienia co powoduje że oferta jest rażąco niska, a zamawiający pomimo tego dokonuje jej wyboru pomimo że powinna zostać odrzucona, albowiem mało prawdopodobne, aby wybrany wykonawca przy tak dużej dysproporcji co najmniej do następnej oferty odwołującego mógł należycie wykonać przedmiot zamówienia.

7. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a, oraz pkt. 7 w zw. z art. 16 pkt. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy przez nie odrzucenie oferty wybranego wykonawcy (EWIDJAR Firma Handlowo Usługowa J.S. z m. Pruszków), albowiem podlega wykluczeniu z mocy prawa.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1]. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2]. udostępnienie odwołującemu informacji kompletnej dokumentacji postępowania;
- 3]. odrzucenie wybranej oferty (EWIDJAR Firma Handlowo Usługowa J.S. z m. Pruszków);
- 4]. odrzucenie kolejnej oferty (Usługi Inżynierskie M.S. z m. Lublin);
- 5]. wybór najkorzystniejszej oferty w zgodzie z ustawą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający dokonał czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy, na skutek czego odwołujący traci szansę na uzyskanie zamówienia publicznego, przez dokonywanie czynności przez zamawiającego niezgodnie z ustawą lub ich zaniechania.

Ponadto dysproporcja pomiędzy wybraną ofertą za 9.963,00zł a 19.800,00zł kolejną tj. 2 w rankingu ofert (cena wybranej oferty 2 krotnie niższa) czy też pomiędzy wybraną ofertą za 9.963,00zł a 78.890,00zł kolejną tj. 3 w rankingu ofert (cena wybranej oferty 8 krotnie niższa od oferty odwołującego) nie wspominając już o fakcie, że dysproporcja pomiędzy wybraną ofertą za 9.963,00zł a 103.048,85zł kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, gdzie cena wybranej oferty jest 10 kronie niższa. Natomiast druga w rankingu oferta za cenę 19.800,00zł jest w dysproporcji 19.800,00zł do 78.890,00zł (tj. 4 krotnie niższa od oferty odwołującego) a tym samym pozostaje w dysproporcji 19.800,00zł do 103.048,85zł kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, gdzie cena wybranej oferty jest 5 kronie niższa oraz faktem że oferta odwołującego jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu ofertą najbardziej zbliżoną do kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinalizowanie przedmiotu zamówienia która za tym samym nie może być mniejsza niż wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT23% sprawia że daje legitymację do złożenia odwołania.

Zamawiający, jak wynika z dyspozycji art. 224 ustawy jest zobowiązany ustawowo do zbadania i ustalenia czy zaoferowana cena danego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z protokołu postępowania zamawiający na mocy art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1 ustawy wezwał wybranego wykonawcę oraz kolejnego w rankingu wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie szczegółów zaoferowanej ceny, czego skutkiem w kontekście wyboru oferty musiało być przedłożenie stosownych wyjaśnień, których to m.in. wyjaśnień zamawiający odwołującemu nie udostępnił, naruszając przy tym ustawę.

Zatem zamawiający nie udostępnił kompletnej dokumentacji przetargowej w tym w szczególności wyjaśnień rażąco niskiej ceny wybranego wykonawcy jak również kolejnego wykonawcy w rankingu oceny ofert.

Dla odwołującego jest co najmniej dziwne, że zamawiający nie dokonał czynności udostępnienia wykonawcy w kontekście faktu wynikającego z art. 18 ust. 1 ustawy że niniejsze postępowanie jest postępowaniem po pierwsze publicznym (art. 7 pkt. 18 ustawy) a po drugie jest postępowaniem jawnym (art. 18 ust. 1 ustawy) tym bardziej, że brak udostępnienia wnioskowanej dokumentacji postępowania narusza art. 74 ust. 2 ustawy czego konsekwencją jest również naruszenie art. 18 ust. 1 ustawy, oraz art. 16 pkt. 1 ustawy.

Zamawiający poinformował, że dokonuje ponownie wyboru wykonawcy EWIDJAR Firma Handlowo Usługowa J.S. z m. Pruszków za cenę 9.963,00zł, oraz że kolejną w rankingu złożonych ofert jest oferta wykonawcy Usługi Inżynierskie M.S. z m. Lublin za cenę 19.800,00zł. Mając zatem na względzie brak udostępnienia dokumentacji postępowania, odwołujący wskazał na dysproporcję wybranej oferty, która opiewa na cenę (kwotę brutto) 9.963,00zł rozumianą zgodnie z art. 7 pkt. 1 ustawy, w stosunku do: po pierwsze kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinalizowane przedmiotowego zamówienia tj. kwotę brutto = 103.048,85zł, a po drugie do dysproporcji pomiędzy wybraną ofertą za cenę 9.963,00zł a 19.800,00zł kolejną tj. 2 w rankingu ofert (cena wybranej oferty 2 krotnie niższa) czy też pomiędzy wybraną ofertą za 9.963,00zł a 78.890,00zł kolejną tj. 3 w rankingu ofert (cena wybranej oferty 8 krotnie niższa od oferty odwołującego) nie wspominając już o fakcie, że dysproporcja pomiędzy wybraną ofertą za 9.963,00zł a 103.048,85zł kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, gdzie cena wybranej oferty jest 10 kronie niższa. Natomiast druga w rankingu oferta za cenę 19.800,00zł jest w dysproporcji 19.800,00zł do 78.890,00zł (tj. 4 krotnie niższa od oferty odwołującego) a tym samym pozostaje w dysproporcji 19.800,00zł do 103.048,85zł kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, gdzie cena

wybranej oferty jest 5 kronie niższa oraz faktem że oferta odwołującego jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu ofertą najbardziej zbliżoną do kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinalizowanie przedmiotu. Przy takich dysproporcjach siękających odpowiednio ok. 10% dla wybranego wykonawcy i ok. 20% dla kolejnego wykonawcy w rankingu jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia która to nie może być niższa niż ustaloną przez zamawiającego z należytą starannością wartość zamówienia powiększoną o stosowny podatek vat, jest niemal niemożliwe zrealizowanie należycie przedmiotu zamówienia patrząc nawet przez pryzmat ustawowych przesłanek do badania rażąco niskiej ceny gdy jeżeli mamy cenę oferty poniżej 70% wartości zamówienia powiększonego o podatek Vat.

Ponadto zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy (EWIDJAR Firma Handlowo Usługowa J.S. z m. Pruszków) który to wykonawca dokonał zapewne oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia pomimo że przedmiotowe oświadczenie jest wadliwe albowiem jeżeli wybrany wykonawca oświadczył że nie podlega wykluczenia z art. 108 ust. 1 albowiem wybrany wykonawca dokładnie z tegoż art. jest kolejno wykluczony, a odwołania do KIO w przedmiotowej sprawie zostają przez zamawiającego (dokładnie Powiat Chełmski) uznawane, albowiem do czynu zabronionego doszło właśnie w Powiecie Chełmskim, gdzie 14 października 2024r. odwołujący złożył stosowne odwołanie, które zostało w całości uwzględnione przez zamawiającego dnia 30.10.2024r. m.in. właśnie w przedmiotowej materii. Na dzień dzisiejszy oczekuje się na wydanie stosownego postanowienia przez KIO.

Zamawiający ma wiedze, że wybrany wykonawca podaje nieprawdziwe informacje celem uzyskania za wszelką cenę zamówień, albowiem odwołujący informował o tym fakcie zamawiającego już 21 maja 2024r. i tak naprawdę zamawiający nic z tym faktem nie robi wręcz przeciwnie na dzień dzisiejszy nawet dodatkowo nagradza wybranego wykonawcę zamierzając zlecić mu przedmiot zamówienia. Zamawiający jak widać ignoruje takie informacje i przesłanki do odrzucenia oferty wybranego wykonawcy nawet te które zachodzą na jego podwórku tj. w zamawiającego postępowaniu.

Podsumowując powyższe uzasadnienie, odwołujący wskazuje że opisane powyżej zaniechania zamawiającego naruszają interes odwołującego polegający na możliwości uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia publicznego.

Nie wątpliwie interes odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszeń zamawiającego wyżej przytoczanych przepisów ustawy. Niepodważalnym zaniechaniem zamawiającego, jest brak udostępnienia odwołującemu dokumentacji postępowania, jak również wybór oferty która nie spełnia wymagań SWZ w tym powinien wybrany wykonawca zostać wykluczony z postępowania albowiem nie spełnia wymagań w zakresie braku przesłanek do wykluczenia. Ponadto zaoferowana cena zarówno wybranego wykonawcy jak również kolejnego wykonawcy w rankingu są tak niskie nie przekraczają 20% kwoty zamawiającego ustalonej z należytą starannością że już nie dają fundamentu do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołanie zdaniem odwołującego winno zostać uwzględnione w całości i zasądzenia kosztów wniesienia odwołania tj.

- 1]. kwotę 7.500,00zł tytułem wpisu od odwołania;
- 2]. kwotę 3.600,00zł tytułem pełnomocnika odwołującego;
- 3]. 791,20zł = 344km x 2 x 1,15zł/km tytułem podróży służbowej na posiedzenie.

29 listopada 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego w terminie zakreślonym w art. 525 ustawy nikt nie przystąpił.

17 grudnia 2024 r. odwołujący złożył dodatkowe pismo, w którym stwierdził, że

1]. Mając na względzie naruszenie nr 1 w zakresie art. 74 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1, oraz art. 17 ust. 2 ustawy i art. 16 pkt. 1 ustawy, naruszenie jest podstawą do unieważnienia postępowania co potwierdza to m.in. wyrok KIO 3495/24. w którym czytamy:

„dlatego też Izba uwzględnia zarzut naruszenia art.74 ust.2 Pzp, z którego wynika że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania. Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownie badania czynności badania i oceny ofert, w tym udostępnienie odwołującemu dokumentów z postępowania, w tym dodatkowych wyjaśnień odnośnie do ceny złożonych przez przystępującego. Izba uznała, że w tej części, podczas badania i oceny ofert doszło do naruszenia zasad prowadzenia postępowania określonych w art.16 i 17 ustawy”.

Poniżej wycinek z ww. wyroku.

Ponadto odwołujący wskazał, że normalną rzeczą jest, że zamawiający otrzymując odwołanie ma możliwość jego uwzględnienia w całości lub też części, czego przykładem jest odwołanie z dnia 07.10.2024r. do postępowania prowadzenia przez Gminę Miechów Pełnienie funkcji nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Budowa ciągu pieszo – rowerowego na terenie Gminy Miechów”, ogłoszenie nr 2024/BZP 00484638/01 z dnia 2024-09-04, które zostało w części dot.art.74 ust.2 uznane za zasadne przez zamawiającego (zał.1 do pisma), co potwierdziła Izba w swoim

postanowieniu KIO 3704/24 z dnia 28.10.2024r.

Konsekwencją czego było unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej ofert 13.11.2024r. po czym ponowny wybór oferty 18.11.2024r. co skutkowało złożeniem, kolejnego odwołania dnia 25.11.2024r. w zakresie art.74 ust.2 w zw. z art.18 ust.3, oraz art.17 ust.2 ustawy i art.16 pkt.1 ustawy albowiem zamawiający nie wypełnił obowiązku wynikającego z ww. postanowienia w zakresie udostępnienia odwołującemu dokumentów, co w konsekwencji doprowadziło do uznania odwołania przez zamawiającego w dniu 10.12.2024r. (zał.2 do pisma) i na dzień dzisiejszy oczekuje się na postanowienia Izby w tej sprawie.

Podobny stan rzeczy miał się również w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Opolski, gdzie zamawiający uznał w całości podniesione w odwołaniu zarzuty w tym m.in. zarzut art.74 ust.2 w zw. z art.18 ust.3, oraz art.17 ust.2 ustawy i art.16 pkt.1 ustawy (zał.3 do pisma).

Zatem jak widać z powyższego, sami zamawiający jak i Izba potwierdza, iż nie udostępnienie przez zamawiającego dokumentów postępowania bądź też niekompletne udostępnienie ich jest naruszeniem ustawy w zakresie art.74 ust.2 w zw. z art.18 ust.3, oraz art.17 ust.2 ustawy i art.16 pkt.1 ustawy. Mając powyższe na względzie nie zasadnym pod względem prawnym, faktycznym i ekonomicznym było nie uznanie odwołanie w zakresie tego zarzutu, dlatego też wniósł się o uwzględnienie tegoż zarzutu przez zamawiającego, przed posiedzeniem Izby.

2]. Mając na względzie naruszenie nr 5 i naruszenie nr 7 odpowiednio w zakresie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy oraz w zw. z art. 16 pkt. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a, oraz pkt. 7 w zw. z art. 16 pkt. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy odwołujący wskazał, że praktyki wybranego wykonawcy są notoryczne w tym zakresie co zostało częściowo dowiedzione w odwołaniu a dalszej części zostanie dowiedzione poniżej.

Zamawiający jak to zostało wspomniane w odwołaniu ma wiedzę, że wybrany wykonawca działa podając nie prawdziwe informacje, albowiem sam odwołujący informował zamawiającego o takim procederze.

Niemniej jednak aby nie być gołosłownym odwołujący w załączeniu przekazuje odwołanie z dnia 14.10.2024r. jakie złożył do innego zamawiającego tj. Powiatu Chełmskiego (zał.7 do pisma), które to odwołanie zamawiający w całości uznał za zasadne pismem z dnia 30.10.2024r. (zał.4 do pisma) po czym pismem z dnia 03.12.2024r. (zał.5 do pisma) unieważnia wybór najkorzystniejszej oferty i przystępuje do badania okoliczności podnoszonych w odwołaniu. Między czasie odwołujący przekazuje zamawiającemu pismo ws. przedmiotowego wykonawcy tj. pismo z dnia 02.12.2024r. wraz uzasadnieniem (zał.8 do pisma) po czym zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego pismem z dnia 13.12.2024r. (zał.5 do pisma) mając na względzie poczynania wybranego wykonawcy i wykluczenia go m.in. z art.226 ust.1 pkt.7 ustawy tj. z przepisu mówiącego, iż oferta firmy EWIDJAR została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co w pełni potwierdza również działanie wskazanego wykonawcę na szeroką skalę powodującą tego typu praktykę. Zatem w ocenie odwołującego nie ma żadnych wątpliwości co do faktu że wybrany wykonawca narusza zarzucane zamawiającemu naruszenia, a co więcej jak wynika z dołączonych dowodów w sprawie, zamawiający mając wiedzę jak postępuje wybrany wykonawca z poprzednich postępowań nic z tym nie robi, a wręcz przeciwnie daje ciche przyzwolenie na stosowanie tego typu praktyk.

Mając zatem zebrany materiał dowodowy w tym zakresie wynika, że rozsądnym na tym etapie postępowania odwoławczego jest uwzględnienie podnoszonych zarzutów przez zamawiającego o co wnosi przez odwołujący celem nie przedłużania postępowania odwoławczego.

18 grudnia 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości, z uwagi na okoliczność, że zarzuty podniesione przez odwołującego są nietrafione, a zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy wyszczególnionych w złożonym środku odwoławczym.

Zamawiający wyjaśnił, że w żaden sposób nie dopuścił się naruszenia art. 72 ust. 4 ustawy. Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający uczynił zadość wnioskowi odwołującego i udostępnił odwołującemu wszystkie żądane przez odwołującego dokumenty dotyczące postępowania, w tym, w szczególności, dokumenty związane ze złożonymi przez wykonawców wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny ofert złożonych przez wykonawców w ramach postępowania.

Zamawiający wskazał, że nietrafiony jest również zarzut naruszenia przez wykonawcę art. 18 ust. 1, art. 17 ust. 2 oraz art. 16 pkt 1 ustawy, bowiem zamawiający nie uchybił żadnej z podstawowych zasad udzielania zamówień wynikających z treści powyżej przywołanych przepisów. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób jawny, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z poszanowaniem przepisów ustawy.

Zamawiający wyjaśnił również, że nie można mówić o naruszeniu przez zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy. Zamawiający nie dopuścił się uchybienia powyżej wyszczególnionym przepisom zarówno w odniesieniu do oferty złożonej przez Wykonawcę J.S., prowadzącego działalność gospodarczą

pod firmą EWIDJAR Firma Handlowo- Usługowa J.S., jak również w odniesieniu do drugiej w rankingu ofert, złożonej przez Wykonawcę M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Inżynierskie M.S..

Odnosząc się zbiorczo do złożonych w postępowaniu przez obu wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego, obaj wykonawcy sprostali obowiązkowi udowodnienia zamawiającemu, że możliwym jest wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofertach. Zauważył, że twierdzenia odwołującego, dotyczące okoliczności, jakoby niemożliwym było wykonanie zamówienia za cenę podaną zarówno w ofercie wykonawcy J.S., jak również w ofercie M.S., nie zostały poparte żadnymi dowodami. Tymczasem obaj wykonawcy w sposób szczegółowy wyjaśnili zamawiającemu sposób kalkulacji ceny podanej w ofertach, odnosząc się do wszystkich istotnych elementów, mających wpływ na kalkulację cen ofertowych.

Zamawiający wskazał, że obaj wykonawcy wykazali zamawiającemu, że z uwagi na okoliczność, że są podmiotami wykonującymi jednoosobową działalność gospodarczą i świadczyć będą usługi nadzoru osobiście, umożliwi im to optymalizację kosztów realizacji zamówienia. Co więcej, obaj wykonawcy wyjaśnili, że w okresie realizacji zamówienia, wykonywać będą równolegle zamówienia o tożsamym przedmiocie, co również przyczyni się do zmniejszenia kosztów związanych z jego realizacją.

Zamawiający wyjaśnił, że nie miał jakichkolwiek podstaw, aby kwestionować zgodność ze stanem faktycznym oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania złożonego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najbardziej korzystna. Okoliczności podnoszone przez odwołującego, dotyczą, jak wynika z treści uzasadnienia złożonego środka odwoławczego, zupełnie innego zamawiającego, jakim jest Powiat Chełmski, nie zaś Powiat Hrubieszowski.

Tym samym, również ostatni z podniesionych przez odwołującego zarzutów jest zarzutem chybionym, zaś zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz pkt 7.

#### **Stan faktyczny:**

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę netto 83 779,55 zł czyli brutto 103 048, 85 zł

Zostały złożone 3 oferty:

- wykonawcy wybranego z ceną 9 963, 00zł
- M.S. z ceną 19 800, 00 zł
- odwołującego z ceną 78 890,00 zł

W ofercie wykonawcy wybranego znajduje się na str. 3 informacja o doświadczeniu inspektora Nadzoru Inwestorskiego J.S., gdzie w poz. 3 wskazano doświadczenie wykonanie zagospodarowania poscaleniowego – obręb Kobyle, budowa dróg o nawierzchniach z kruszywa łamanego – 16.05.2022- 07.05.2024 Powiat Chełmski L =8,72 km. Do oferty załączono załącznik nr 2 zawierający oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z art. 108 ust. 1 ustawy i załącznik nr 3 zawierający oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wezwał wykonawcę wybranego i M.S. do wyjaśnienia cen zaoferowanych w ofertach, ponieważ oferta złożona przez Państwa jest niższa :

1) o 90,34 % (wykonawca wybrany) i 80,79% (M.S.) od ubruttowionej kwoty szacunkowej zamówienia

Cena oferty: 9 963,00 zł brutto (wykonawca wybrany), 19 800, 00 zł brutto (M.S.).

Wartość szacunkowa zamówienia (ubruttowiona): 103 048,85 zł brutto.

2) o 72,50 % (wykonawca wybrany), 44,34 (M.S.) od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 (tj. od kwoty 36 217,67 zł);

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;
- 3) oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W trakcie oceny przedstawionych wyjaśnień dotyczących cenotwórczych elementów oferty zamawiający, działając zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy, weźmie pod uwagę przedstawione dowody na poparcie wyjaśnień.

Zamawiający oczekuje przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów jakie poniósłby wykonawca należycie wykonując

przedmiot umowy z uwzględnieniem wszystkich obowiązków wskazanych w Załączniku nr 1 do SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ) z uwzględnieniem w szczególności:

- wyliczenia ilości godzin pracy Inspektora nadzoru z uwzględnieniem obowiązku zapewnienia obecności ww. inspektora na każde wezwanie zamawiającego,
- wskazanie stawek godzinowych wynagrodzenia inspektora nadzoru,
- obliczenia kosztów dojazdów w trakcie realizacji inwestycji oraz dojazdów z okresie gwarancyjnym oraz ryzyka dojazdów w okresie przedłużonej realizacji zamówienia,
- kosztów udziału inspektora w naradach konsultacyjnych i koordynacyjnych, naradach organizowanych w okresach rękojmi i gwarancji oraz sporządzania protokołów z tych spotkań,
- kosztów pracy inspektora związanych z wszelkimi odbiorami, analizą i zatwierdzaniem dokumentów związanych z realizacją zadań inwestycyjnych w tym m.in. protokołów, obmiarów robót, kosztorysów, rysunków wykonawczych przedstawionych przez Wykonawcę robót,
- kosztów pracy inspektora nadzoru związanych z monitorowaniem postępu robót potwierdzonych wykonywaniem miesięcznych pisemnych sprawozdań z postępu robót
- kosztów prowadzenia biura nadzoru inwestorskiego.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 5 ustawy.

M.S. 8 listopada 2024 r. złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że :

Oferowana cena za nadzór została skalkulowana w oparciu o doświadczenia i charakterystykę realizowanej inwestycji.

Kalkulacja / wyliczenia nakładów finansowych obejmuje stawkę godzinowa w wysokości 30 zł.

Przewiduje się wynajem biura na czas trwania etapu realizacji robót t.j. 5 miesięcy x 1000zł czynsz miesięczny co daje 5000zł koszty wynajmu biura.

Kalkulacja wyceny branży drogowej zakłada średnio 3 pobyty w tygodniu dla całego okresu realizacji, koszt 1 pobytu to 130,38 zł netto, co daje 130,38 zł tydz. x 24 tygodnie c 3 pobyty w tygodniu = 9387,36zł netto. Poniżej kalkulacja nadzoru branży drogowej.

Tab. 1 Kalkulacja prowadzenia nadzoru branży drogowej

30,00 zł 3 godziny 90 zł stawka godzinowa

dojazd 17 km Stawka kilometrowa 1,15 zł/km 19,55 zł dojazd z amortyzacją

20,83 zł inne koszty działalności (zUS, księgowość, materiały biurowe) 20% portfela zamówień Wykonawcy

130,38 zł Stawka dzienna

24 ilość tygodni realizacji całości Inwestycji

3 Ilość pobytów w tygodniu

9387,36 zł wartość nadzoru branży drogowej

Kalkulacja opiera się na stawkach większych (30,00zł) od minimalnych wynagrodzenia w 2024 roku (28.10zł) , przy założeniu ilości pobytów wskazanych powyżej zgodnie SWZ i wzorem umowy.

Prowadząc działalność jednoosobową, funkcję Inspektora Nadzoru drogowego będę pełnił osobiście, co również pozwoli na optymalizację kosztów realizacji zadania.

Wykonawca potwierdza jednocześnie, że założenia kalkulacji nie determinują do określonej w założeniach obecności na budowie a wynikają ze sposobu kalkulacji średniej, biorąc pod uwagę charakter prac budowlanych i ich mniejszą intensywność w okresie zimowym, wykonawca zakłada weryfikację prac w pełnym okresie pracy Wykonawcy Robót budowlanych w zakresie obowiązków wynikających z Umowy i Ustawy Prawo Budowlane dotyczące Inspektora Nadzoru.

W trakcie prowadzonych prac Firma Usługi Inżynierskie M.S. realizuje także nadzór nad robotami w ramach zadania:

Przebudowa Linii Kolejowej E75 Odcinek Białystok – Czyżew której investorem jest PKP PLK, Projekt i budowa drog ekspresowej S19 Lublin - Lubartów dla GDDKiA , Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, odc. 9.

Tomaszów Lubelski (koniec obwodnicy) – Hrebenne (początek obwodnicy), długości ok. 17,3 km dla GDDKiA Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 833 na odcinku Chodel-Urzędów dla ZDW

Lublin, , Projekt Budowy drogi gminnej w miejscowości Biadaczka, Projekt Budowy drogi gminnej w miejscowości Siedliska dla Urząd Gminy Kamionka, co pozwoli znacząco zoptymalizować koszty stałe związane ze oskładkowaniem ZUS, ubezpieczeniem, dojazdami na plac budowy, utrzymaniem pojazdów, obsługą księgową, kosztami stałymi rozłożonymi równomiernie dla pięciu prowadzonych jednocześnie inwestycji. Mając na uwadze portfel realizowanych aktualnie projektów, przedmiotowe zadanie stanowi 10% wartości zamówień aktualnie realizowanych (do kalkulacji przyjęto kwotę 2500,00 zł netto x 0,10 = 500 zł / m-c co stanowi koszt 20,83 zł/ pobyt).

Reasumując koszt prowadzenia całości nadzoru w sumarycznym ujęciu z przedstawia się następująco:

•Inspektor branża drogowa 9387,36 zł

•Wynajem biura 5000zł

• RAZEM: 14,387,36 zł NETTO / 17696,45 zł BRUTTO

Cena jaką wskazano w ofercie to 19800,00 zł brutto. Pozostała kwota 2103,55 zł brutto stanowi zysk i ewentualne pokrycie ryzyka wystąpienia zobowiązań nie ujętych w kalkulacji.

Powyższe potwierdza w opinii wykonawcy poprawność i rynkowość sporządzonej oferty.

Przedstawiona oferta zdaniem wykonawcy nie spełnia przesłanek rażąco niskiej ceny.

W ramach podsumowania odnosząc się do art. 224 ustawy:

1) wyjaśnienia winny dotyczyć zarządzania procesem nadzoru budowy – odbiory warstw zanikających wykonam osobiście na budowie, obieg dokumentacji jakościowo materiałowej przewiduję w formie elektronicznej

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją zamówienia – rozwiązania techniczne opisano w tekście powyżej, wyjątkowo korzystne warunki wynikają z portfela zamówień który pomaga optymalizować koszty stałe przedsiębiorstwa

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę – nie dotyczy

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę ( Dz.U. 2023 poz. 1893) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie – wyjaśnienie w tekście powyżej

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; - nie dotyczy

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie – jednoosobowa działalność gospodarcza oskładkowana ZUS

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska – nie dotyczy

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia Podwykonawcy – nie dotyczy

W nawiązaniu do dodatkowych wymagań zamawiającego odnośnie wyjaśnień wykraczającymi poza wymagane Art. 224 ustawy:

— wyliczenia ilości godzin pracy Inspektora nadzoru z uwzględnieniem obowiązku zapewnienia obecności ww. inspektora na każde wezwanie zamawiającego - wyliczenia powyżej

— wskazanie stawek godzinowych wynagrodzenia inspektora nadzoru – zawarto w części obliczeniowej wyjaśnień

— obliczenia kosztów dojazdów w trakcie realizacji inwestycji oraz dojazdów z okresie gwarancyjnym oraz ryzyka dojazdów w okresie przedłużonej realizacji zamówienia – zawarto w części obliczeniowej wyjaśnień

— kosztów pracy inspektora związanych z wszelkimi odbiorami, analizą i zatwierdzaniem dokumentów związanych z realizacją zadań inwestycyjnych w tym m.in. protokołów, obmiarów robót, kosztorysów, rysunków wykonawczych przedstawionych przez Wykonawcę robót, – zawarto w części obliczeniowej wyjaśnień

— kosztów pracy inspektora nadzoru związanych z monitorowaniem postępu robót potwierdzonych wykonywaniem miesięcznych pisemnych sprawozdań z postępu robót – zawarto w części obliczeniowej wyjaśnień

— kosztów prowadzenia biura nadzoru inwestorskiego – zawarto w części obliczeniowej wyjaśnień.

Wykonawca wybrany 12 listopada 2024 r. złożył wyjaśnienia, które na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy objął tajemnicą przedsiębiorstwa powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07.

Składając ofertę na pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w zadaniu pn. „Budowa i przebudowa dróg w ramach zagospodarowania poscaleniowego w obrębie Kopytów, jednostka ewidencyjna Horodło” podtrzymał zaoferowaną cenę na usługę pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego oraz złożył wyjaśnienia :

Założone koszty do skalkulowania oferty na w/w zadanie zostały rozbite na kilka robót prowadzonych, podpisanych umów na usługi do realizacji w roku 2024,

Ilość usług dodana do skalkulowania ceny :

-umowa na wykonanie usługi nadzoru z Powiat Chełmski

-umowa na wykonanie usługi nadzoru z Powiat Hrubieszowski

-oraz usługa w toku rozstrzygnięcia zapytania ofertowego

Czas pracy w okresie prowadzenia nadzoru — stosownie do wymagań technologicznych prowadzonych robót. Nadzór trwać będzie przez cały okres planowanej realizacji zadania oraz w czasie trwania okresu rękojmi i gwarancji na roboty budowlane.

Poniżej przedstawił wyliczenie kosztów pełnienia funkcji inspektora nadzoru :

1. czas na wykonanie zamówienia =

- nadzór robót budowlanych 8 miesięcy = 3 miesiące etap projekty + 5 miesięcy etap robót budowlanych ( termin wykonania zamówienia - zgodnie z SWZ )

Przyjęto do czasu pracy inspektora .

3 wizyty/ w 1 tygodniu etap budowy oraz 1 wizyta w ramach doradztwa przy sporządzaniu projektu

5 m-c = 20 tygodnie robocze

20 tyg. \* 3 wizyty = 60 wizyty- roboty

3 m-c = 12 tygodnie robocze

12 \* 1 wizyta = 12 wizyt — podczas opracowywania projektu

Dodatkowo :

-na wprowadzenie Wykonawcy na budowę = 1 wizyta

-na odbiór końcowy robót = 3 wizyty

-na roboty gwarancyjne = 7 wizyt

Razem ilość wizyt = 60 + 12 +1 +3 + 7=83 wizyt

2. koszt paliwa :

koszty paliwa brana do przetargu z rozbiem na cztery zadania :

- zadania wymienione w usługach dodanych do skalkulowania ceny

średnia odległość do miejsca budowy = 36 km ( średnia odległość brana z podziałem na cztery

Zadania ) koszt 1 litra ON = 6,69 zł brutto / przy spalaniu 6,0L/100km koszty dojazdu 1 km = 0,40 zł brutto przyjęta

odległość średnia dojazdów/powrotów z podziałem na cztery Zadania = 36km / 1 wizytę czyli koszt paliwa = 14,40 zł

brutto / na jedną wizytę na budowie

koszt związany z zużyciem pojazdu — przyjęty na całe zadanie = 800,00 zł brutto koszty paliwa razem przez cały okres

trwania usługi = 83 wizyt \* 14,40 zł 1195,20 zł brutto Razem koszt paliwa ( Dojazdów do miejsca usługi ) 1195,20 + 800,00 = 1995,20 zł brutto

oświadczenie o posiadaniu zasobu własnego — środek transportu : posiadam samochód osobowy marki VW Passat o nr rejestracyjnym : LR} 2J19, który wykorzystuję na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej, w tym świadczenia usług nadzoru.

3. koszt wynagrodzenia minimalnego

Koszt brany do wyceny jest rozbity na cztery zadania ( Umowy )

Minimalne wynagrodzenie właściciela = 4300,00 zł brutto ( zgodnie z rozporządzeniem)

Średnia ilość dni roboczych w miesiącu = 22

Koszt w przeliczeniu na 1 dzień = 4300/22 = 195,45 zł brutto

Podział na cztery Zadania = 195,45 zł / 4 = 48,86 zł brutto ( koszt 1 wizyty poniesiony przez właściciela

Czyli :

Suma kosztów minimalnego wynagrodzenia = 48,86 zł \* 83 wizyt 4055,38 zł brutto

4. koszt prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej

Koszt ZUS :

Koszty ZUS = 314,00 zł na 1 miesiąc ( załącznik deklaracja — nr Identyfikator potwierdzenia wysyłki: PW+000009497+20231117181607+OJ / ZUS DRA ) jest to elektroniczny wyciąg z strony ZUS nie musi być podpisany, zamawiający może zwrócić się do ZUS o potwierdzenie. Wyliczenie kosztu ZUS na 1 wizytę = 314,00 zł / 22 dni roboczych = 14,27 zł

Przelicznik na cztery zadania = 14,27 zł / 4zł brutto Łączny koszt ZUS na 83 wizyt 83 \* 3,56 zł: = 295,48 zł brutto

Koszt księgowości :

Księgowość prowadzona za pomocą — Web INnovative Software Sp. z o.o

Koszt pakietu księgowości na 1 miesiąc = 109,70 zł brutto W rozbiu na 22 dni roboczych = 109,47 zł / 22 = 4,97 zł brutto

W przeliczeniu na cztery Zadania = 4,97 zł / 4 = 1,24 zł brutto

Razem koszt = 83 wizyt \* 1,24 zł = 102,92 zł brutto

Czyli koszt prowadzenia razem = 295,48 + 102,92 = 398,40 zł brutto

Podsumowanie kosztu wykonania usługi inspektora nadzoru .

ilość wizyt = 83 łączny koszt usługi ( bez zysku ) wynosi :

suma wszystkich kosztów = 1995,20 + 4055,38 + 398,40 = 6448,98 zł brutto (łączy koszt bez zysku )

zaferowana cena za usługę = 9963,00 zł brutto

zysk wzięty do wyceny = 9963,00 — 6448,98 = 3514,02 zł brutto ( około 35 % )

Jednocześnie podtrzymał zapisy zawarte w warunkach SWZ : wynagrodzenie — ryczałt za wykonanie usługi.

Oświadczył, że wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa obejmuje pełny zakres usługi stanowiącej przedmiot zamówienia oraz wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak

rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1, Ustalona w ten sposób cena ma charakter stały i niezmienny niezależnie od kosztów ponoszonych przez Inspektora podczas realizacji przedmiotu zamówienia.

Wykonawca określając wynagrodzenie oświadcza, że na etapie kalkulacji ceny oferty zapoznał się z zakresem pełnionej usługi nadzoru inwestorskiego oraz wykorzystał wszelkie środki mające na celu ustalenie wynagrodzenia obejmującego wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy niezbędne do jego wykonania,

Oświadczył, że zlecone obowiązki będą wykonywał z należytą starannością, zgodnie z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej oraz postanowieniami umowy.

Jako dowód rzetelności prowadzonej działalności w ramach usług nadzoru robót budowlanych, do pisma załączył uprawnienia budowlane oraz protokoły odbioru z wykonanych, nadzorowanych w ostatnim czasie robót.

Dowody dołączone do wyjaśnień:

- wydruk ze strony e-petrol.pl, z której wynika cena oleju napędowego 6,69zł/l

- dowód rejestracyjny samochodu Volkswagen Passat LRY 2J19 z 2014 r.

- Fra VAT nr 21729/2023 na zakup identyfikatora do pakietu księgowość on-line i dodatku Magazyn na 109,47zł

Deklaracja ZUS DRA z której wynika, że ponosi te koszty w wysokości 314 zł/ miesięcznie

- decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych dla J.S. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej

- zaświadczenie Z Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej

- umowa na Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. "Scalanie gruntów obrębów Chylin Wielki, Tarnów, Wólka Tarnowska i Wygoda, gmina Wierzbica, powiat chełmski, województwo lubelskie" część nr 1 nr OG.273.1. .2024

- umowa OG.273.1-071-.2024 o zamówienie publiczne na wykonanie zadania pn. Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. "Scalanie gruntów obrębów Wola Korybutowa Pierwsza, Wola Korybutowa Druga i Wola Korybutowa- Kolonia, gmina Siedliszcze, powiat chełmski, województwo lubelskie"- część nr 1.

- umowa nr OG.273.1. -2024 o zamówienie na wykonanie zadania pn. Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. "Scalanie gruntów obrębów Busówno, Busówno-Kolonia i Pniówno, gmina Wierzbica, powiat chełmski, województwo lubelskie"- ETAP I- część nr 1.

- umowa nr RSG.272,8.2023.MK1 na pełnienie funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego zawarta w dniu 11.07.2023 r. w Sawinie z gminą Sawin

- umowa nr: GIP. 962023 zawarta w dniu 13 listopada 2023 r. z Gminą Izbica na pełnienie nadzoru inwestorskiego w branży drogowej nad inwestycjami pn.: " Budowa drogi gminnej nr 109904L Majdan Krynicki w Gminie Izbica" "Budowa dróg gminnych nr 109935L i 109899L w miejscowości Tarzymiechy Trzecie w Gminie Izbica „Budowa dróg gminnych nr 109896L i 109931 L w miejscowości Wirkowice Pierwsze w Gminie Izbica"

- umowa Nr 66/05/2024 zawarta w dniu 21.05.2024 roku z Powiatem Hrubieszowskim na wykonanie zadania pn. Nadzór inwestorski nad pracami wykonanymi w ramach zagospodarowania poscaleniowego dla operacji „Scalanie gruntów wsi Jarosławiec w gminie Uchanie”

- umowa nr OG.273a1. .2024 o zamówienie publiczne na wykonanie zadania pn. Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 1850L w miejscowości Rogatka”

Dowody odwołującego do pisma z 17 grudnia 2024r.:

Załącznik nr 1 odpowiedź zamawiającego Gminy Miechów w sprawie KIO 3704/24 dotyczącego postępowania na pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Budowa ciągu pieszo-rowerowego na terenie Gminy Miechów” zamawiający oświadczył, że uwzględnił zarzut naruszenia art. 74 ust. 2 w związku z art. 18 ust. 3 ustawy przez nieudostępnienie kompletnej dokumentacji postępowania,

Załącznik nr 2 odpowiedź zamawiającego Gminy Miechów w sprawie KIO 4412/24 dotyczącego postępowania na pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Budowa ciągu pieszo-rowerowego na terenie Gminy Miechów” zamawiający oświadczył, że uwzględnił zarzut naruszenia art. 74 ust. 2 w związku z art. 18 ust. 3 ustawy w związku z 17 ust. 2 i 16 pkt 1 ustawy przez nieudostępnienie kompletnej dokumentacji postępowania, przy czym zamawiający zastrzegł, że brak udostępnienia wyjaśnień nie wynikał z celowego działania zamawiającego, lecz z braku otrzymania wniosku w wymaganej formie i terminie przewidzianym przez przepisy ustawy. Zamawiający zgodził się z odwołującym, że zachodziła konieczność odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny,

Załącznik nr 3 odpowiedź zamawiającego Powiat Opolski w sprawie sygn. akt KIO 3807/24 dotyczącego postępowania na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad zagospodarowaniem terenu wokół budynków szpitala w Opolu Lubelskim, w którym zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego z powodu braku przystępujących po jego stronie.

Załącznik nr 4 odpowiedź zamawiającego Powiat Chełmski w sprawie odwołania, o niewskazanej w piśmie sygnaturze,

dotyczącego postępowania na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. „Scalanie gruntów obrębów Busówno, Busówno-Kolonia i Pniówno, gmina Wierzbica, powiat chełmski, województwo lubelskie”, w którym zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania. W postępowaniu tym wystąpili przystępujący tak po stronie zamawiającego jak i odwołującego.

Załącznik nr 5 informacja z 3 grudnia 2024 Powiatu Chełmskiego o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu OG.272.164.2024 wraz z informacją z 13 grudnia 2024 r. o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty wykonawcy J.S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy wobec braku konkretnych wyjaśnień, wyczerpujących i rozwiewających wątpliwości zamawiającego oraz faktu, że założone 32 wizyty mogą okazać się niewystarczające do realizacji wszystkich obowiązków wynikających z umowy np. w okresie gwarancji wizyt nadzorujących usuwanie wad, brak jest ujęcia kosztu amortyzacji samochodu oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy jako oferty złożonej w czynnie nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca skalkulował kilometrą uwzględniający równolegle wykonywanie wizyt jako inspektora nadzoru inwestorskiego w kilku nieodległych terytorialnie lokalizacjach objętych różnymi zleceniami już udzielonymi przez zamawiającego w odrębnych postępowaniach, a kalkulacja ceny ofertowej wymaga ujęcia realnego kosztów, w tym kosztów dojazdu przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji. Powiat Chełmski powołał art. 3 ust. 1 uzkn i 15 ust. 1 pkt 1 uzkn.

Złożył pismo z 2 grudnia 2024 r. skierowane przez niego do Powiatu Chełmskiego w postępowaniu pn. Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. "Scalanie gr. obrębów Busówno, Busówno-Kolonia i Pniówno, gm. Wierzbica, pow. chełmski, woj. lubelskie"-ETAP II - część nr 1, w którym wskazał, że zamawiający 30 października 2024r. uwzględnił w całości zarzuty podniesione przez wykonawcę w odwołaniu z 14 października 2024r. wnioskujemy do zamawiającego jako gospodarza postępowania o dokonanie następujących czynności:

- 1]. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 9 października 2024r.
- 2]. powtórzenia procesu badania i oceny złożonych ofert;
- 3]. odrzucenia oferty wybranego wykonawcy tj. EWIDJAR Firma Handlowo Usługowa J.S. z m. Pruszków;
- 4]. przeprowadzenie czynności wyboru oferty zgodnie z ustawą.

Zamawiający 30 października 2024r. uwzględnił odwołanie w całości zarzutu podniesione przez wykonawcę w odwołaniu z 14 października 2024r. a tym samym przyznał rację wykonawcy, że naruszył ustawę podczas dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z poczynionymi w odwołaniu naruszeniami ustawy co jest równoznaczne, iż zamawiający naruszył art.17 ust.2 ustawy pomimo, że wybrany wykonawca nie spełnia wymagań zawartych w swz, a co więcej podlega wykluczeniu z art.108 ustawy, a składane oświadczenie wstępne jest nieprawdziwe czym wybrany wykonawca wprowadza zamawiającego w błąd, a dobitnie sam zamawiający potwierdził to w kolejnych postępowaniach a mianowicie w postępowaniu pn.

- 1]. Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. "Scalanie gruntów obrębu Kamienna Góra, gmina Wierzbica, powiat chełmski, województwo lubelskie" – część nr 1, gdzie zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 07.11.2024r. dokonuje wykluczenia w zakresie art.108 ust.1 pkt.1 i pkt.4 oraz art.109 ust.1 pkt.5÷10 ustawy i odrzuca ofertę p. S. na podstawie art.226 ust.1 pkt.2 lit.c; (zał.1 do wniosku);
- 2]. Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. "Scalanie gruntów obrębu Olchowice Kolonia, gmina Wierzbica, powiat chełmski, województwo lubelskie" – część nr 1, gdzie zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25.10.2024r. tak naprawdę dokonuje wykluczenia w zakresie art.108 ust.1 pkt.1 i pkt.4 oraz art.109 ust.1 pkt.5÷10 ustawy i odrzuca ofertę p. S. na podstawie art.226 ust.1 pkt.2 lit.c; (zał.2 do wniosku) żądając od wybranego wykonawcy informacji z Krajowego Rejestru Karnego w tym zakresie, na potwierdzenie, że przedłożone oświadczenie jest zgodne z stanem faktycznym na dzień składania oferty.

Podkreślenia wymaga fakt, że powodem odrzucenia ofert p. S. ww. postępowaniach w pkt.1 i pkt.2 nie była własna inicjatywa zamawiającego lecz złożona przez wykonawcę informacja o czynności niezgodnej z ustawą z 13 października 2024r. (zał.3 do wniosku) a następnie 14 października 2024r. odwołanie na powyższą okoliczność, spowodowaną faktem, że zamawiający w odpowiedzi z 14 października 2024r. (zał.4 do wniosku) tj. w odpowiedzi na informację wykonawcy z 13 października 2024r. poinformował, że postępowanie zostało przeprowadzone z „poszanowaniem wszelkich obowiązujących norm prawnych”. Zatem mając na względzie wiedzę jaką posiada zamawiający, nie tylko na okoliczność przedmiotowego postępowania ale również postępowania wcześniejszych gdzie wykonawca sygnalizował problem chociażby informacją z 28 stycznia 2024r. (zał.5 do wniosku) czy też wnioskiem z 12 lutego 2024r. (zał.6 do wniosku) o wykluczenie w związku z dopuszczeniem się czynu nieuczciwej konkurencji dot. postępowania pn. Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 1853L na odcinku Zabudnowo- Grobelki”.

Informacja odwołującego z 28 stycznia 2024 r. w postępowaniu na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 1853L na odcinku Zabudnowo- Grobelki”, z której wynika, że odwołujący poinformował zamawiającego, że oferta J.S. nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a

ponadto stanowi wprowadzenie zamawiającego w błąd, co do posiadanego przez J.S. doświadczenia zawodowego, bowiem w trzech wskazanych przez J.S. doświadczenia zawodowych wykonawca podał niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym dane dotyczące długości nadzorowanego odcinka drogi jak i klasy tej drogi.

Informacja odwołującego o czynności niezgodnej z ustawą z 13 października 2024 r. w postępowaniu na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. "Scalanie gr. obrębów Busówno, Busówno-Kolonia i Pniówno, gm. Wierzbica, pow. chełmski, woj. lubelskie"-ETAP II-część nr 1. Ogłoszenie nr 2024/BZP 00516097/01 z dnia 2024-09-25, z której wynika, że odwołujący podważał wybór oferty J.S. zarzucając złożenie oferty z rażąco niską ceną, zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący ziszczenia się podstaw odrzucenia upatrywał w następujących faktach, że J.S. jest czynnym podatnikiem VAT, że minimalne wynagrodzenie, jakie powinno być uwzględnione w ofercie wynosiło 4 300 zł, że wykonawca nie wykazał ponoszenia kosztów ubezpieczenia społecznego, poza składką zdrowotną, że rozkłada koszty finansowania tego zadania na koszty innych realizowanych przez siebie zadań stosując subsydiowanie skrośne. Podniósł, że w podobny sposób wykonawca zachowuje się także w innych postępowaniach, o czym informował zamawiającego.

Informacja od zamawiającego do odwołującego z 14 października 2024 r. w postępowaniu OG.272.1.65.2024 na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. "Scalanie gruntów obrębów Busówno, Busówno-Kolonia i Pniówno, gmina Wierzbica, powiat chełmski, województwo lubelskie"- ETAP II - część nr 1, w której zamawiający poinformował, że wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu został dokonany z poszanowaniem wszelkich obowiązujących norm prawnych, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Informacja z 25 października 2024 r. w postępowaniu znak OG.272.1.68.2024 na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. "Scalanie gruntów obrębu Olchowiec Kolonia, gmina Wierzbica, powiat chełmski, województwo lubelskie" – część nr 1, z której wynika, że zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty J.S. poinformował o odrzuceniu oferty J.S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy.

Zamawiający, po powzięciu informacji o fakcie, że wykonawca E.J., to, że mimo złożonego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia może podlegać wykluczeniu, wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

- art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy;

- art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

- art. 109 ust. 1 pkt 5 -10 ustawy, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.

Dokument należało złożyć za pośrednictwem platformy przetargowej zamawiającego dostępnej pod adresem: <https://zamowienia.powiatchelmski.pl> w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

Wykonawca w wyznaczonym terminie nie odpowiedział na wezwanie to jest do 25 października 2024 r. godz. 13:30.

Stan faktyczny w świetle przytoczonych przepisów ustawy w pełni uzasadnia odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy

Informacja z 7 listopada 2024 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty odwołującego w postępowaniu na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją operacji pn. "Scalanie gruntów obrębu Kamienna Góra, gmina Wierzbica, powiat chełmski, województwo lubelskie" – część nr 1. Jednocześnie poinformował o odrzuceniu oferty J.S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy.

Zamawiający, po powzięciu informacji o fakcie, że wykonawca E.J., to, że mimo złożonego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia może podlegać wykluczeniu, wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

- art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy;

- art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

- art. 109 ust. 1 pkt 5 -10 ustawy, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.

Dokument należało złożyć za pośrednictwem platformy przetargowej zamawiającego dostępnej pod adresem: <https://zamowienia.powiatchelmski.pl> w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

Wykonawca w wyznaczonym terminie nie odpowiedział na wezwanie.

Stan faktyczny w świetle przytoczonych przepisów ustawy w pełni uzasadnia odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy.

Dowody złożone na rozprawie:

Pismo odwołującego do zamawiającego Powiat Hrubieszowski z 21 maja 2024 r., w którym informował zamawiającego, że J.S. nie spełnia wymaganego doświadczenia bowiem wskazał w wykazie doświadczenie na nadzór nad przebudową drogi powiatowej nr 3129L od km 4+3238,35 do km6+78 na odcinku Niedziałowice Drugie-Bańkowszczyzna, które nie

spełnia wymagania w zakresie długości drogi 2,5km i wnosił o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, zweryfikowanie doświadczenia wykonawcy i wyciągnięcie konsekwencji. W załączeniu przekazał SWz na sporne zadanie oraz ofertę p. S..

Pismo odwołującego do zamawiającego Powiat Hrubieszowski z 12 czerwca 2024 r., w którym informował zamawiającego, że J.S. nie spełnia wymaganego doświadczenia bowiem wskazał w wykazie doświadczenie na nadzór nad przebudową drogi powiatowej nr 3129L od km 4+3238,35 do km6+78 na odcinku Niedziałowice Drugie-Bańkowszczyzna, które nie spełnia wymagania w zakresie długości drogi 2,5km i wnosił o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, zweryfikowanie doświadczenia wykonawcy i wyciągnięcie konsekwencji. W załączeniu przekazał SWz na sporne zadanie oraz ofertę p. S..

Ponownie złożył informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej z 25 października 2024 w postępowaniu Powiatu Chełmskiego nr OG.272.1.68.2024, informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej z 7 listopada 2024 w postępowaniu Powiatu Chełmskiego nr OG.272.1.67.2024 i informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej z 13 grudnia 2024 w postępowaniu Powiatu Chełmskiego nr OG.272.1.65.2024

Złożył również informację o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w postępowaniu na nadzór inwestorski nad pracami wykonywanymi w ramach zadania „Budowa i przebudowa dróg w ramach zagospodarowania poscaleniowego w obrębie Janki Horodelskie, jednostka ewidencyjna Horodło” na kwotę brutto 81 384,21 zł., informację z otwarcia ofert z 29 października 2024 r. w tym postępowaniu, gdzie złożono dwie oferty przystępującego z ceną 11 070,00 zł. i wykonawczy M.S. z ceną 19 800zł. oraz informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z 19 listopada 2024 r. , gdzie za najkorzystniejszą uznano ofertę przystępującego, ale nie odrzucono również oferty M.S..

#### **Dowody:**

KIO oparła się na dowodach wynikających z dokumentacji postępowania.

KIO nie oparła się na dowodach powołanych przez odwołującego z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przede wszystkim z tego względu, że miały one służyć wykazaniu faktu popełnienia czynów nieuczciwej konkurencji przez wykonawcę p. S. w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz faktu, że odwołujący informował o tym również zamawiającego w innych postępowaniach. Odwołujący jednak nie dość, że w odwołaniu postawił ten zarzut nie podając dla niego uzasadnienia faktycznego, to dodatkowo nie zwrócił uwagi na fakt, że podstawą odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy jest to, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym czynny popełnione w związku ze składaniem ofert nawet przez tego samego wykonawcę ale u innych zamawiający czy w innych postępowaniach nie mieszczą się z tej podstawy odrzucenia. Z tego względu przedkładane przez odwołującego dowody nie służyły udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

#### **Rozważania KIO:**

Odwołanie zasługuje na oddalenie w całości.

Na wstępie KIO wskazuje na granice kognicji KIO wynikające z przepisów ustawy. Zgodnie z art. 473 ust. 1 pkt 1 ustawy KIO jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań, w przypadkach, o których m. owe w art. 513 ustawy.

Zgodnie z art. 513 ustawy odwołanie przysługuje na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
- 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, mimo że zamawiający był do tego obowiązany – co nie występuje w realiach tej sprawy.

Przepis art. 513 ustawy wyraźnie mówi o czynności lub zaniechaniu czynności danego zamawiającego w jednym postępowaniu. Tym samym KIO nie jest właściwa do kompleksowej oceny różnych postępowań prowadzonych przez tego samego zamawiającego, ani do badania danego rodzaju postępowań prowadzonych przez różnych zamawiających. Wyjątkami są tu sytuacje, gdy Prezes KIO połączy kilka odwołań do łącznego rozpoznania, ale nawet wówczas łączone są odwołania wniesione w tym samym postępowaniu lub dotyczą takich samych czynności lub zaniechań czynności zamawiającego. Zatem w łącznym rozpoznaniu odwołań podstawą połączenia jest albo jedno postępowanie, albo jeden zamawiający. Nie ma zatem możliwości wniesienia pojedynczego odwołania opierającego swoje zarzuty na zachowaniach różnych zamawiających w różnych postępowaniach.

Ponadto odwołanie przysługuje na czynność /zaniechanie czynności zamawiającego, a KIO dokonuje kontroli legalnej działania zamawiającego. Natomiast KIO nie jest władna do oceny zachowań innych uczestników rynku zamówień w tym konkurencyjnych wykonawców.

Oczywiście KIO bada czy zamawiający prawidłowo zgodnie z ustawą ocenił zachowanie danego wykonawcy w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu. Natomiast to nie jest ocena legalności działania wykonawcy, tylko

czynności i zaniechań zamawiającego. Dalej konieczne jest wyjaśnienie odwołującemu czym jest zarzut. Zarzut to wskazanie okoliczności faktycznych i wskazanie podstawy prawnej. Okoliczności faktyczne to te fakty, które powodują, że zachowanie zamawiającego jest niezgodne z przepisami ustawy. Oznacza to, że odwołujący musi napisać w odwołaniu w sposób jednoznaczny, jasny i niebudzący wątpliwości jakie czynność, które podjął zamawiający i dlaczego uważa za niezgodne z ustawą, lub dlaczego uważa, że nie wykonanie jakiś czynności przez zamawiającego jest sprzeczne z ustawą. Okoliczności faktyczne podane przez wykonawcę w odwołaniu stanowią granice rozpoznania zarzutu.

Izba z mocy art. 555 w związku z art. 516 ustawy jest związana granicami zarzutów i rozstrzygnięcie o rozszerzonej podstawie zarzutu byłoby niedopuszczalnym przekroczeniem granic kognicji Izby, na co zwrócił dobitnie uwagę Sąd Zamówień Publicznych w orzeczeniu sygn. akt XXIII Zs 16/24 z 9 maja 2024 r., który to pogląd KIO w całości przyjmuje za własny:

*„Zarówno Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, jak i Sąd Zamówień Publicznych nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania (art. 555 ustawy PZP oraz art. 583 ustawy PZP). Dodatkowo w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami (art. 582 ustawy PZP).*

*Powyższe przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią wyraz konsekwencji ustawodawcy, aby organy orzecznicze (Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy — Sąd Zamówień Publicznych) orzekały wyłącznie w zakresie zarzutów, które sformułowane zostały pierwotnie w odwołaniu.*

*Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego sformułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę (P. Wójcik [w.] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/ el. 2024, art. 555; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej' 15 kwietnia 2022 roku, sygn. akt KIO 835/22, KIO 846/22; P. Wiśniewski [w.] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 555).*

*Co do zasady możliwa jest modyfikacja zarzutu odwołania/ skargi poprzez „ograniczenie” zakresu żądania. Jeśli bowiem przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej były różne zarzuty to nasuwa się oczywista i jedyna logicznie konstatacja, iż każdy z nich osobno był przedmiotem orzekania Izby, a tym samym podtrzymanie jednego z zarzutów odwołania w skardze oznacza orzekanie przez Sąd co do zarzutu, który był przedmiotem odwołania. Nie można jednak skutecznie dokonać modyfikacji poprzez rozszerzenie dotychczasowych żądań.*

*Stosownie zaś do treści art. 535 ustawy PZP odwołujący może przedstawiać dowody aż do zamknięcia rozprawy, natomiast okoliczności faktyczne, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio przedstawić precyzyjnie w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą z uwagi na treść wspomnianego już art. 555 ustawy PZP. Rozgraniczenia wymagają bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności w postępowaniu odwoławczym muszą zostać wskazane fakty, z których wywodzone są przez odwołującego skutki prawne. (...)*

*Jak słusznie wskazywali Skarżący to Odwołujący, jako podmiot inicjujący postępowanie jurysdykcyjne ponosi odpowiedzialność za zakres (w tym podstawę faktyczną) podnoszonych zarzutów. Nie jest natomiast rolą Krajowej Izby Odwoławczej wyręczenie strony w formułowaniu podstawy faktycznej podniesionych zarzutów. Ustawodawca w sposób jasny przesądził, że postępowanie odwoławcze prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontryktoryjnym, a Izba pozostaje związana zarzutami odwołania określonymi przez podmiot wnioskujący o udzielenie mu ochrony prawnej. Każde wykroczenie przez Izbę poza zakres podstawy faktycznej zarzutu przy wyrokowaniu należy zatem poczytywać jako działanie podjęte przez Izbę z urzędu i stanowiące naruszenie art. 555 ustawy PZP. (...)*

*Na aprobatę nie zasługuje stanowisko Przeciwnika Skargi wyrażone w Odpowiedzi na skargę, że zakres zarzutu wyznaczają też dowody przeprowadzone w sprawie. Jak zasadnie wskazywali Skarżący z twierdzeniem tym trudno się zgodzić, gdyż dowody stanowią jedynie instrument ustalenia czy w istocie zaistniały fakty, z których strona wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. W stosunku jednakże do podstawy faktycznej zarzutu mają one jedynie funkcję służebną, gdyż podstawa faktyczna zarzutu obejmuje określenie takiej okoliczności. Dowody zaś mają służyć jedynie udowodnieniu, że w istocie miała ona miejsce. Tym bardziej bez znaczenia pozostają wywody dotyczące dopuszczania dowodów przez Krajową Izbę Odwoławczą. Kwestia ciężaru dowodu oraz możliwości działania przez Krajową Izbę*

*Odwoławczą ex officio w ramach postępowania dowodowego jest bez znaczenia dla podstawowej kwestii obowiązku wskazania zarzutu (w tym jego podstawy faktycznej) już w odwołaniu.”*

Podsumowując ten wstępny wywód należy stwierdzić, że to jakie fakty odwołujący podał w odwołaniu określa zakres rozstrzygnięcia KIO. Nie jest możliwe uzupełnienie tych faktów na rozprawie, czy w dodatkowym piśmie procesowym, bo wówczas byłoby to wyznaczenie nowych granic rozpoznania i byłoby niedopuszczalne. Z tego względu niezwykle istotne jest precyzyjne przedstawienie faktów przez odwołującego. W tej sprawie takiej precyzji zabrakło i z tego względu odwołanie należało w całości oddalić.

Przechodząc do rozpoznania poszczególnych zarzutów należy przypomnieć, że odwołujący podniósł trzy okoliczności faktyczne:

- zamawiający nie przekazał mu kompletnej dokumentacji postępowania w szczególności wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny złożonych przez wykonawców konkurencyjnych mimo istnienia takiego obowiązku w art. 74 ust. 2 ustawy i jawności postępowania wynikającej z art. 18 ust. 1 ustawy
- zamawiający nie odrzucił ofert wykonawców konkurencyjnych mimo, że występują rażące dysproporcje w cenach tych ofert w stosunku do oferty odwołującego i wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego w wartości brutto, a złożone wyjaśnienia zamawiający ocenił nieprawidłowo – przy czym odwołujący nie wskazał poza dysproporcją cenową innych okoliczności, które wskazywałyby na wadliwość oceny
- zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy p. S. mimo, że ten wprowadził zamawiającego w błąd, przy czym odwołujący nie wskazał jakie fakty podane przez p. S. zamawiającemu były niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym i wprowadzały zamawiającego w błąd. Zarzut odwołujący skonkretyzował w odwołaniu w ten sposób: *„Ponadto zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy (EWIDJAR Firma Handlowo Usługowa J.S. z m. Pruszków) który to wykonawca dokonał zapewne oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia pomimo że przedmiotowe oświadczenie jest wadliwe albowiem jeżeli wybrany wykonawca oświadczył że nie podlega wykluczenia z art. 108 ust. 1 albowiem wybrany wykonawca dokładnie z tegoż art. jest kolejno wykluczony, a odwołania do KIO w przedmiotowej sprawie zostają przez zamawiającego (dokładnie Powiat Chełmski) uznawane, albowiem do czynu zabronionego doszło właśnie w Powiecie Chełmskim, gdzie 14 października 2024r. odwołujący złożył stosowne odwołanie, które zostało w całości uwzględnione przez zamawiającego dnia 30.10.2024r. m.in. właśnie w przedmiotowej materii. Na dzień dzisiejszy oczekuje się na wydanie stosownego postanowienia przez KIO.*

*Zamawiający ma wiedze, że wybrany wykonawca podaje nieprawdziwe informacje celem uzyskania za wszelką cenę zamówień, albowiem odwołujący informował o tym fakcie zamawiającego już 21 maja 2024r. i tak naprawdę zamawiający nic z tym faktem nie robi wręcz przeciwnie na dzień dzisiejszy nawet dodatkowo nagradza wybranego wykonawcę zamierzając zlecić mu przedmiot zamówienia. Zamawiający jak widać ignoruje takie informacje i przesłanki do odrzucenia oferty wybranego wykonawcy nawet te które zachodzą na jego podwórku tj. w zamawiającego postępowaniu.”*

KIO rozpoznając tak podane stany faktyczne podniesionych zarzutów stwierdza, że :

1. W odniesieniu do braku udostępnienia kompletnej dokumentacji zamówienia, to odwołujący nie podał daty złożenia wniosku o wydanie tej dokumentacji. Zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy – protokół postępowania, a więc także załączniki do tego protokołu udostępniane są na wniosek. Załącznikami do protokołu są również dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców – art. 73 ust. 1 ustawy, a więc załącznikami do protokołu są także wezwania do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej i udzielane wyjaśnienia wraz z dowodami. Oznacza to, że jeśli odwołujący chciał się zapoznać z tymi dokumentami - musiał złożyć wniosek. Zamawiający nie ma obowiązku udostępnienia odwołującemu załączników do protokołu z urzędu. Jak ujawniono na rozprawie i okoliczności ten nie przeczył odwołujący, odwołujący wniosek o udostępnienie załączników do protokołu złożył 25 listopada 2024 r., a więc w dniu wniesienia odwołania. Zamawiający nie miał zatem szansy zadośćuczynić oczekiwaniu odwołującego przed wniesieniem odwołania, a jak wynika z dowodu dołączonego do odpowiedzi na odwołanie zamawiający niezwłocznie, bo 26 listopada 2024 r. udostępnił odwołującemu wnioskowane dokumenty. Temu faktowi także odwołujący nie zaprzeczył przeciwnie przyznał, że dokumenty otrzymał, ale że nie miał ich na dzień wniesienia odwołania. Niestety to, że odwołujący nie dysponował tymi dokumentami na datę wniesienia odwołania, to jest to wyłączną przyczyną leżącą po stronie odwołującego, który późno taki wniosek złożył. Podkreślić trzeba, że art. 74 ust. 1 ustawy określa regułę, że protokół, a także załączniki, które stanowią integralną część protokołu udostępnia się na wniosek. Ta reguła nie ulega zmianie w ust. 2 art. 74 ustawy. Ten przepis mówi tylko od jakiego momentu w postępowaniu, jakie załączniki są jawne, natomiast nie nakłada na zamawiającego obowiązku przekazania załączników wszystkim wykonawcom bez ich wniosków. Przepis też zawiera zastrzeżenie, że nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny. Załączniki do protokołu nie będące ofertą, ani załącznikami do oferty udostępnia zamawiający na wniosek wykonawcy po wyborze oferty najkorzystniejszej. Zatem odwołujący mógł już 20 listopada 2024 złożyć wniosek o udostępnienie mu kompletnej dokumentacji i wówczas gdyby zamawiający nie udostępnił mu jej niezwłocznie, mógłby skutecznie podnieść

zarzut zaniechania udostępnienia. Natomiast odwołujący złożył wniosek 25 listopada 2024 r. i otrzymał dokumenty niezwłocznie (bez zbędnej zwłoki) już dnia następnego, co należy ocenić jako prawidłowe i zgodne z ustawą zachowanie zamawiającego. Z tego względu zarzut podlegał oddaleniu.

2.W odniesieniu do zaniechania odrzucenia ofert p. S. i p. Szymczaka z powodu wadliwej oceny wyjaśnień zaoferowanej ceny nie uzasadniających tak znaczących dysproporcji cenowych pomiędzy cenami tych ofert, a ofertą odwołującego i wartością zamówienia brutto, to tak sformułowany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie wskazał w odwołaniu, jakie są błędy w ocenie przez zamawiającego złożonych wyjaśnień. Sama zaś dysproporcja pomiędzy ofertami, czy pomiędzy ofertami a wartością zamówienia uzasadniała jedynie wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy w związku z art. 224 ust. 2 ustawy. Zamawiający zachował się zgodnie z ustawą, bowiem takie wezwania wystosował i otrzymał wyjaśnienia.

Odwołujący próbował na rozprawie wskazać błędy zamawiającego w ocenie wyjaśnień konkurencyjnych wykonawców wskazując przede wszystkim na brak skalkulowania minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającego z rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. z dnia 12 września 2024 r. (Dz.U. z 2024 r. poz. 1362), zgodnie z którym od dnia 1 stycznia 2025 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4666 zł. i ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 30,50 zł. Odwołujący upatrywał w tym wadliwości, że choć skalkulowane stawki nie są niższe od stawek minimalnych na datę składania ofert, to zamówienie będzie wykonywane w przeważającej mierze w roku 2025. Zarzut tak skonkretyzowany nie został postawiony w odwołaniu, zatem nie mógł być przedmiotem rozpoznania.

Odwołujący podnosił nierealność wykazanego przez p. S. zysku na poziomie 35% i ponad 3 tysięcy złotych wskazując, że sam mając ofertę zbliżoną do wartości zamówienia był w stanie założyć maksymalnie 10% zysk. Ten zarzut tak skonkretyzowany nie był postawiony w odwołaniu i nie mógł być przedmiotem rozpoznania.

Odwołujący podnosił zarzut błędnego skalkulowania stawki za wizytę na inwestycji uwzględniającą jednoczesną realizację innych usług na rzecz tego zamawiającego i innych zamawiających dla inwestycji prowadzonych w niewielkiej odległości od inwestycji zamawiającego objętej zamówieniem. Tak skonkretyzowany zarzut nie został postawiony w odwołaniu i nie mógł być przedmiotem rozpoznania.

Odwołujący podnosił, że fakt prowadzenia działalności w formie jednoosobowej nie wiąże się każdorazowo z optymalizacją kosztów zamówienia. Także tego zarzutu nie było w odwołaniu, nadto odwołujący tego twierdzenia w żaden sposób nie uzasadnił.

Odwołujący podniósł fakt, że zamawiający błędnie ocenił kalkulację kosztów związanych z dojazdem na wizyty na inwestycji, wskazał na nierealność wielkości spalania i kosztów paliwa. Również to nie było podniesione w odwołaniu, nadto odwołujący wskazywał na spalanie na poziomie 3,5l/100km, podczas, gdy w tym postępowaniu podano około 6l/100km oraz złożono dowód średnich cen oleju napędowego i kopię dowodu rejestracyjnego pojazdu volkswagen passat. Z tego względu również zarzut nie mógł być przedmiotem rozpoznania.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty p. S. jako złożonej w czynie nieuczciwej konkurencji, to jak już wskazano powyżej ten zarzut w odwołaniu nie nadawał się do zidentyfikowania w podstawie faktycznej. Odwołujący wskazał na wprowadzenie w błąd zamawiającego przez złożenie oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 ustawy. Jednak poza wskazaniem na swoje odwołanie wniesione 14 października 2024r. wobec czynności inne zamawiającego – Powiat Chełmski odwołujący, nie przedstawił na czym polegało oświadczenie wprowadzające w błąd. Jedynie na marginesie KIO z urzędu ma wiedzę, że w postępowaniu na które powołał się odwołujący nie doszło do umorzenia postępowania na skutek uwzględnienia przez Powiat Chełmski zarzutów odwołania, gdyż odwołanie postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało odwołującemu zwrócone. Odwołujący podniósł też, że o jakiś faktach informował zamawiającego – Powiat Hrubieszowski 21 maja 2024 r., ale jakie to były fakty, to już odwołujący nie sprecyzował. Tak jak zapomniał podnieść, że nie była to informacja przekazana w tym postępowaniu odnośnie oferty p. S. złożonej w tym postępowaniu. Odwołujący nie wskazał, co do której z obligatoryjnych przesłanek wykluczenia p. Smągłowski złożył informacje wprowadzające w błąd. Przypomnieć należy, że katalog wykluczenia obligatoryjnego z art. 108 ust. 1 ustawy obejmuje:

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,

b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego, w art. 46-48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2023 r. poz. 2048 oraz z 2024 r. poz. 1166) lub w art. 54 ust. 1-4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji

leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 930),

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1745),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270-277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

- lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

2) jeżeli urzędującego członka tego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1;

3) wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

4) wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na rozprawie odwołujący próbował skonkretyzować zarzut przez wskazanie na wprowadzanie w błąd przez manipulację ceną ofertową, podawanie w innych postępowaniach informacji nieprawdziwych o długościach lub klasie dróg, których wykonywanie nadzorował p. Smągłowski, wreszcie na nieskonkretyzowane zarzuty prokuratorskie, jednak tych okoliczności faktycznych próżno szukać we wniesiony odwołaniu. Co więcej wyłącznie ostatnia informacja dotycząca postępowania w prokuraturze ma jakikolwiek związek z przesłankami wykluczenia z art. 108 ust. 1 ustawy bo wskazuje na możliwość popełnienia przestępstwa, które może uniemożliwić p. Smągłowskiemu w przyszłości ubieganie się o zamówienia. Nie mniej jednak przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 ustawy wymagają prawomocnego skazania, a takie nie wynikało z oświadczeń odwołującego składanych na rozprawie. Tym samym zarzut nie został skutecznie postawiony, bo nie został określony w podstawie faktycznej, jego próba skonkretyzowania na rozprawie była niedopuszczalna, a na pewno nie zostało wykazane, żeby oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 ustawy zawierało informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. Z tego względu również i ten zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego. Skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się, żaden z zaliczonych kosztów odwoławczego nie podlegał rozliczeniu.

Przewodnicząca: .....