

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2024 r. przez wykonawcę SOSNOSTAL inż. R.S. sp. z o.o z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Radom, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Jacka Bartkova prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. z siedzibą w Radomiu

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Radomia, prowadzi w podstawowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa stadionu piłkarskiego w zakresie trybuny wschodniej i zachodniej przy ul. Struga w Radomiu”; znak sprawy: In.III.271.4.2024/N, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2024/BZP 00275353z dnia 8 kwietnia 2024 r. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 9 maja 2024 roku Odwołujący SOSNOSTAL inż. R.S. sp. z o.o z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę E.J. z siedzibą w Radomiu (dalej: „Przystępujący” lub „E.J.”), pomimo że Wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy składaniu podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 Pzp poprzez niewykluczenie Wykonawcy, który 8) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; 10) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- 2) art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty, która została złożona na warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 226 ust 1 pkt 2 lit b Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 224 ust 1 w związku z art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty, która zawierała rażąco niską cenę;
- 5) art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, wybór Wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, odrzucenie oferty firmy E.J. wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania oraz że może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów nr 1 i 2 Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu opisane w § 7 ust. 1 pkt 2 SWZ, ponieważ Przystępujący nad zadaniem „Budowa Szkoły Drzewnej w Garbatce-Letnisko” pełnił nadzór jedynie w branży konstrukcyjno-budowlanej. Zdaniem Odwołującego warunek udziału dotyczył wyłącznie kompleksowej usługi nadzoru, która także stanowi przedmiot zamówienia. Przedłożył także dowód, że wykonawcą tego zadania była firma NBQ sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, a pan J.B. był tylko inspektorem w branży konstrukcyjno-budowlanej, czyli inspektorem tzw. branżowym. Zwrócił uwagę, że w warunku został wskazany zwrot „nadzór nad robotą”, czyli całością prac, a nie daną branżą.

W konsekwencji Przystępujący, skoro nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, to wprowadził Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje, co miało wpływ na wynik postępowania, a tym samym podlega wykluczeniu z art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 Pzp. Odwołujący przytoczył orzecznictwo w tym zakresie. Nawet jeśli Zamawiający nie przewidział ww. fakultatywnych przesłanek wykluczenia, to zgodnie z orzecznictwem może wyeliminować nieuczciwego wykonawcę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, odrzucając jego ofertę.

Co do zarzutu nr 3, dotyczącego niespełniania warunków udziału, Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że został od podniesiony z ostrożności. Przytoczył przepisy dotyczące nadzoru inwestorskiego i podkreślił, że warunek nie ograniczał wyłącznie do doświadczenia w danej branży.

Co do zarzutu nr 4, Odwołujący wskazał, że przedłożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie ceny są lakoniczne i nie zawierają żadnych dowodów, jak również nie wskazują żadnej okoliczności, które pozwoliła na obniżenie ceny, żadnych oszczędności. Podkreślił, że Przystępujący jedynie ograniczył się do stwierdzenia, że inspektorzy nie ponoszą kosztów dojazdu, ponieważ pochodzą z Radomia, co jego zdaniem jest nieprawdziwe, ponieważ ceny paliwa są stabilne, zaś Przystępujący nie policzył jakie ma oszczędności z tego tytułu, jak również nie wykazał wynagrodzenia inspektora nadzoru drogowego oraz że stawki nie są niższe od aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jego zdaniem w wyjaśnieniach brakuje W wyjaśnieniach brakuje stawki godzinowej dotyczącej poszczególnych osób zaangażowanych w realizację przedmiotu zamówienia oraz ilości roboczogodzin przyjętą do realizacji zamówienia przez poszczególne osoby. Przytoczył orzecznictwo dotyczące rażąco niskiej ceny.

Co do zarzutu nr 6, Odwołujący wskazał, że działanie Zamawiającego jawi się jako złamanie jednej z naczelných zasad zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W ustawowym terminie, Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 28 maja 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu wskazał, że nie zastrzegł art. 109 ust. 1 pkt 8, czy też art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, a tym samym nie mają zastosowania. Jego zdaniem Przystępujący nie zatajał faktu niepełnienia kompleksowego nadzoru, nie ukrywał, ale wręcz już na etapie składania ofert, do złożonej przez siebie oferty załączył podmiotowy środek dowodowy w postaci referencji, wystawionych w dn. 19.12.2023r. przez inwestora (Dyrektora Zespołu Szkół Drzewnych i Leśnych im. Jana Kochanowskiego w Garbatce-Letnisku), wskazujący zakres sprawowanego nadzoru, z którego to dokumentu wynika, iż firma E.J. pełniła należycie nadzór nad ww. robotą w zakresie wskazanym w przywoływanym dokumencie (tj. w branży konstrukcyjno-budowlanej a także w zakresie dot. m.in. dróg, zagospodarowania terenu itp.) i tym samym nie był to nadzór nad wszystkimi branżami. Wykonawca E.J. dodatkowo uszczegółowił w wyjaśnieniach złożonych w dn. 01.05.2024r. (data podpisania podpisem elektronicznym i wpływu wyjaśnień do Zamawiającego – w nagłówku Wykonawca błędnie wpisał datę 01.04.2024r.), w odpowiedzi na stosowne wezwanie Zamawiającego.

Co do spełniania przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu, Zamawiający wskazał, że wskazana przez niego usługa spełnia warunek, ponieważ:

- była pełniona w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (zgodnie z danymi zawartymi w złożonych przez Wykonawcę podmiotowych środkach dowodowych usługa była pełniona w okresie od grudnia 2021r. do grudnia 2023r.),
- dotyczyła nadzoru nad zakończoną robotą budowlaną,
- wartość prac objętych nadzorem przez firmę E.J. była nie mniejsza niż 30.000.000,00 zł (stosownie do treści złożonego dokumentu Referencji wartość tych prac to 60.896.995,20 zł netto. Dodatkowo systematyka językowa treści wzmiankowanego warunku wyraźnie wskazuje, że kwota 30 milionów zł dotyczy wartości nadzorowanych robót, a nie

wartości roboty budowlanej, co jednoznacznie wskazuje, że nie muszą być to kwoty tożsame, a tym samym, że dopuszczalne było powoływanie się na doświadczenie dot. nadzoru nad częścią inwestycji. Skutkiem powyższego, Zamawiający, dochowując należytej staranności postanowił wystąpić do Wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia, jednoznacznie rozwiewające wątpliwości, czy wskazana w złożonych referencjach kwota dot. wartości robót nadzorowanych przez jego firmę. W treści wyjaśnień złożonych w dn. 01.05.2024r., Wykonawca E.J. uszczegóławia, że w/w kwota dotyczy robót objętych nadzorem przez jego firmę, a wartość całej inwestycji przekraczała 120 mln zł brutto), - bezsporne pozostaje, iż nadzór dotyczył budowy zespołu budynków realizowanych w ramach jednej roboty budowlanej w ramach jednej umowy.

Zamawiający w żaden sposób nie formułował wymogu, by usługa nadzoru wskazywana przez Wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku dotyczyła nadzoru kompleksowego, czy też wielobranżowego, a jak już wskazano podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, wymagają od Zamawiającego aby ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu przeprowadzana była wyłącznie na podstawie wymagań określonych w SWZ, nie zaś wszelkich potencjalnie możliwych, w tym również nieprzewidzianych przez Zamawiającego w warunkach zamówienia. Tym samym zdaniem Zamawiającego E.J. w sposób jednoznaczny potwierdził spełnienie omawianego warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił, że taka korelacja (warunek udziału w postępowaniu musi w 100% odpowiadać przedmiotowi zamówienia) po prostu nie istnieje czy to na gruncie prawnym czy logicznym. Celem warunku było zwiększenie konkurencyjności i otworzenie się na Wykonawców którzy nadzorowali należycie roboty budowlane o znacznej wartości, ale robili to w ramach większej całości jako np. podwykonawcy.

Co do zarzutu związanego z rażąco niską ceną, Zamawiający podkreślił, że Przystępujący złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia w pełni -w opinii Zamawiającego- potwierdzające należyłą kalkulację ceny ofertowej i brak zaistnienia rażąco niskiej ceny. Zauważył, że sama specyfika wyjaśnień dot. braku zaistnienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu usługi nadzoru inwestorskiego (gdzie brak pewnych „twardych elementów” typowych dla oceny kalkulacji ceny ofertowej przy robotach budowlanych, dostawach czy części innego rodzaju usług, a kluczowym elementem ceny ofertowej jest wycena czasu własnego), powoduje, iż meritum tych wyjaśnień opiera się w dużej mierze na potwierdzeniu czy Wykonawca kalkulując cenę nie naruszył przepisów dot. minimalnego wynagrodzenia i czy skalkulował liczbę roboczogodzin odpowiadającą adekwatną do wymogów danego zamówienia. Zamawiający podkreślił, że lakoniczność wyjaśnień nie może być ich wadą sama w sobie, a ponadto nie są ogólne. Wykonawca ten przedstawił szczegółowe informacje w przedmiocie wynagrodzenia każdej z osób które będą zaangażowane w sprawowanie nadzoru oraz liczbę roboczogodzin danego inspektora w okresie sprawowanej przez niego usługi. Wskazane dane są na tyle szczegółowe, że umożliwiły Zamawiającemu potwierdzenie, że Wykonawca skalkulował cenę ofertową z uwzględnieniem całości przedmiotu zamówienia, jak również że wyliczone koszty pracy są zgodne z aktualnie obowiązującymi przepisami, a ich wartość która została przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wykonawca wprawdzie nie wskazał np. wprost stawek roboczogodzin, ale Zamawiający badając treść wyjaśnień zobowiązany jest brać pod uwagę całokształt zawartych w nich informacji. A zawarte w wyjaśnieniach szczegółowe rozpisanie wysokości wynagrodzenia każdej z osób która będzie zaangażowana w sprawowanie nadzoru, w połączeniu ze wskazaniem liczby roboczogodzin inspektora nadzoru w okresie sprawowania przez niego usługi (z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że przyjął do kalkulacji ceny inspektor nadzorujący zakres prac realizowanych w danym okresie, będzie pracował 4 godziny dziennie przez 3 dni w tygodniu -co pozostaje w pełni zgodne z wymogami określonymi w § 5 ust. 1 pkt 1 Projektu Umowy stanowiącego załącznik do SWZ: „Obowiązkowy pobyt na budowie w celu kontroli postępu i jakości robót - minimum 3 dni w tygodniu, dot. co najmniej inspektora odpowiedzialnego za zakres prac realizowanych w danym okresie”), powoduje iż Zamawiający w prosty sposób mógł uzyskać potwierdzenie poszczególnych kwot – z ww. wyliczeń wynika, że wynagrodzenie żadnej z osób nie zostało skalkulowane na poziomie niższym niż minimalne dopuszczalne wynagrodzenie określone przepisami (wynagrodzenie najniżej wynagradzanej osoby nie będzie wg powyższych wyliczeń niższe niż ok. 46 zł za godzinę, a więc skalkulowano je na poziomie znacznie przekraczającym minimalne wynagrodzenie wymagane przepisami prawa). Różnice w wynagrodzeniach inspektorów różnych branż wynikają z kolei z różnych okresów sprawowania nadzoru, co Przystępujący wyjaśnił. Fakt ogólnego opisu innych fakultatywnych przesłanek uzasadniających oszczędności przy kalkulacji ceny ofertowej pozostaje w opinii Zamawiającego w pełni uzasadniony specyfiką niniejszej usługi. Zamawiający zwrócił uwagę, że cena oferty złożonej przez Wykonawcę E.J. nie jest niewiarygodna rynkowo ani nie odbiega istotnie od innych cen innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, jest wręcz np. wyższa niż cena Odwołującego, a sam Wykonawca w oczywisty sposób w złożonych przez siebie wyjaśnieniach wykazał rentowność na zadaniu (co wynika choćby ze specyfiki usługi jaką jest nadzór inwestorski, gdzie J.B. będąc właścicielem firmy, jest równocześnie wskazany jako osoba pobierająca wynagrodzenie z tytułu sprawowania funkcji inspektora w branży konstrukcyjno-budowlanej, tj. branży mającej największy udział w wartości całej inwestycji).

W dniu 28 maja 2023 r., Przystępujący złożył pismo, w treści którego wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił własne stanowisko co do zarzutów, spójne ze stanowiskiem Zamawiającego. Przystępujący przedłożył jako dowody referencje uzyskane od firmy NBQ sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie dot. spornej inwestycji wraz z umową zawartą pomiędzy Przystępującym, a ww. spółką, jak również wiadomości mailowe z dnia 27 maja 2024 r. zawierające potwierdzenia od inspektorów branżowych o wysokości wynagrodzenia.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1) opracowanie własne zawierające wyliczenia dot. oferty Przystępującego.
- 2) wydruk ze strony PKN Orlen obrazujący zmiany cen paliwa na okoliczność spadku cen paliwa.
- 3) kopii aktu notarialnego na okoliczność prowadzenia przez Odwołującego działalności w Warszawie.
- 4) kopii umowy pomiędzy z Województwem Mazowieckim i NBQ dot. usług z wykazu referencji Przystępującego na okoliczność niepełnienia przez Przystępującego roli inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej.
- 5) kopii poświadczenia należytego wykonania usługi dot. umowy z dowodu nr 4 na okoliczność niepełnienia przez Przystępującego roli inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy w zakresie dowodu nr 2 oraz dowodu nr 3 i odmówić przeprowadzenia dowodów z przedłożonych dokumentów. Izba zajęła stanowisko, że nie jest przedmiotem sporu kwestia ceny paliwa ani kosztów ponoszonych przez Odwołującego. Pozostałe dowody, tj. złożone przez Przystępującego, Odwołującego oraz dokumenty zamówienia, Izba postanowiła dopuścić na okoliczności wskazane przez strony.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sprawowanie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi, realizowanymi w ramach zdania pn.: Budowa stadionu piłkarskiego w zakresie trybuny wschodniej i zachodniej przy ul. Struga w Radomiu.

Zamawiający w § 6 ust. 1 SWZ, przewidział stosowanie przesłanek wykluczenia, tj. - art. 108 ust. 1 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający w § 7 ust. 1 pkt. 2 lit. a SWZ postawił następujący warunek udziału w Postępowaniu:

Zamawiający uznaje za spełnienie tego warunku wykazanie przez Wykonawcę, że ten:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, pełnił należycie nadzór inwestorski nad zakończoną robotą budowlaną o wartości prac objętych nadzorem nie mniejszej niż 30.000.000,00 (słownie: trzydzieści milionów) złotych dotyczącą budowy, przebudowy bądź remontu:

- budynku (bądź zespołu budynków realizowanych w ramach jednej roboty budowlanej w ramach jednej umowy) lub*
- stadionu sportowego bądź jego trybuny/trybun (niezależnie od klasyfikacji w/w obiektu jako budynek albo budowla) lub*
- budowli inżynierskiej będącej mostem bądź wiaduktem bądź estakadą (bądź zespołu w/w budowli realizowanych w ramach jednej roboty budowlanej w ramach jednej umowy).*

Kwota o której mowa powyżej może uwzględniać wartość ewentualnych robót towarzyszących i robót dot. zagospodarowania terenu.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, oferty złożyli m.in. Odwołujący z ceną 189.740,00 zł oraz Przystępujący z ceną 199.500 zł. Przystępujący do oferty dołączył m.in. wykaz usług wraz z referencjami, dot. usługi nadzoru nad zadaniem „Budowa Szkoły Drzewnej w Garbatce-Letnisko”.

Przystępujący wezwany do wyjaśnień w zakresie ceny, przedłożył w określonym terminie wyjaśnienia z dnia 22 kwietnia 2024 r. oraz 24 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikiem. W dniu 1 maja 2024 r. (pismo omyłkowo określone datą 1 kwietnia 2024 r.) wyjaśnił także wartość robót wskazaną w referencjach.

W dniu 6 maja 2024 r., Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości, ponieważ podniesione zarzuty nie potwierdziły się. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik

postępowania o udzielenie zamówienia.

W zakresie zarzutu nr 1, dotyczącego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, Izba wskazuje, że zarzut ten nie potwierdził się. Przesłanki wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp mają charakter fakultatywny, co oznacza, że aby miały zastosowanie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, niezbędne jest przewidzenie ich zastosowania. Powyższe wynika wprost z art. 109 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W przedmiotowej sprawie bezspornym było, że w Postępowaniu nie zostało przez Zamawiającego przewidziane stosowanie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. W konsekwencji Zamawiający nie mógł dopuścić się naruszenia ww. przepisów, jako niemających zastosowania, a tym samym zarzut należało oddalić.

Co do zarzutu nr 2, dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez nieodrzućcenie oferty, która została złożona na warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, Izba wskazuje, że zarzut ten także nie potwierdził się. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, odrzuceniu podlega oferta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu omawianego przepisu może być także wprowadzenie oświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia, które stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, naruszające interes innych wykonawców oraz zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że jest to podstawa prawna do wyeliminowania z postępowania nieuczciwego wykonawcy, także w okolicznościach, gdy odpowiednie przesłanki wykluczenia dotyczące tych okoliczności nie zostały przewidziane.

W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby nie doszło do złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący w wykazie usług wskazał, że realizował usługę spełniającą warunek udziału w postępowaniu opisany w § 7 pkt 1 pkt 2 lit. a SWZ oraz dołączył referencje inwestora z których wyraźnie wynika, że pełnił on nadzór inwestorski w branży konstrukcyjno-budowlanej, zaś następnie w wyjaśnieniach z 1 maja br. doprecyzował wartość robót, nad którymi pełnił nadzór. Jest to oświadczenie po pierwsze – zgodne z rzeczywistością, a po drugie – odpowiednie z punktu widzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W tym miejscu, z uwagi na konieczność oceny prawdziwości oświadczenia, Izba odniesie się do spornego warunku udziału w postępowaniu, tj. zarzutu nr 3. Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Celem opisywania warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców dających rękojmię prawidłowego i należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie, zamawiający ma obowiązek skonstruować warunki udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, pozwalający na prawidłową ocenę złożonych ofert.

Zamawiający w przedmiotowej sprawie opisał sporny warunek udziału w Postępowaniu jednoznacznie, wskazując, że wymaga doświadczenia w realizacji usługi nadzoru inwestorskiego nad robotami o określonej wartości, w określonych inwestycjach. Nie zastrzegł, że mają to być usługi kompleksowego nadzoru, nie zastrzegł także, że miałby to być nadzór pełniony w konkretnych branżach, opisał go na tyle ogólnie by przyjąć, że chodziło zarówno o usługę kompleksowego nadzoru, jak i usługę nadzoru w jednej, konkretnej branży. Sformułowanie „(...) nad zakończoną robotą budowlaną o wartości prac objętych nadzorem (...)” wskazuje właśnie, że nadzór mógł być pełniony nad wycinkiem prac, wycinkiem robót budowlanych z całej inwestycji. Interpretacja Odwołującego, dokonana przez pryzmat przedmiotu zamówienia, jakim jest kompleksowy nadzór, odrywa się od literalnego brzmienia warunku. Po pierwsze, Zamawiający nie posłużył się sformułowaniem „kompleksowy nadzór inwestorski” lub „nadzór inwestorski nad wszystkimi branżami”. Po drugie, przedmiotem zamówienia jest kompleksowy nadzór inwestorski, lecz jednocześnie wymagani są tzw. inspektorzy branżowi, tj. dedykowani do poszczególnych branż, np. sanitarnej lub elektrycznej, co zostało zastrzeżone w dalszej części warunków udziału w Postępowaniu, dotyczącej personelu (§ 7 ust. 1 pkt 2 lit b SWZ). Instytucja inspektora nadzoru inwestorskiego jest także opisana w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2024 r. poz. 725), jednakże zgodnie z art. 27 ww. ustawy, dopuszczalne jest posługiwanie się inspektorami różnych specjalności: *Przy budowie obiektu budowlanego, wymagającego ustanowienia inspektorów nadzoru inwestorskiego w zakresie różnych specjalności, inwestor wyznacza jednego z nich jako koordynatora ich czynności na budowie*. Stąd też Izba nie dostrzegła podstaw do uznania interpretacji Odwołującego za słuszną. Konkludując, Izba zgadza się z Zamawiającym, że Przystępujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu, a tym samym nie oświadczył nieprawdy.

Izba nie podzieliła także wątpliwości Odwołującego, jakoby Przystępujący nie realizował wskazanej usługi. W materiale dowodowym znajdują się referencje od inwestora, na rzecz którego usługi były realizowane, jak i umowy pomiędzy Przystępującym a wykonawcą realizującym na rzecz ww. inwestora usługi nadzoru. Każdy z uczestników procesu budowlanego potwierdził zatem, że Przystępujący realizował nadzór inwestorski w określonej branży. Indyferentne w tym

zakresie pozostają okoliczności jego zgłoszenia zgodnie z umową pomiędzy inwestorem a wykonawcą, ponieważ możliwość powoływania się przez dany podmiot na doświadczenie zależy od bezpośredniego, faktycznego udziału w realizacji części zamówienia. Przystępujący własne doświadczenie mógł zdobyć także w charakterze podwykonawcy, zaś z ww. dowodów wynika, że faktycznie realizował on usługi w konkretnej branży.

Izba zwraca także uwagę, że zarzut nr 3 został nieprawidłowo skonstruowany, ponieważ nawet w razie uznania, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, jego oferta mogłaby zostać odrzucona dopiero po wyczerpaniu trybu z art. 128 ust. 1 Pzp. Przepis art. 128 ust. 1 Pzp wprowadza zatem obligatoryjny wymóg wezwania do uzupełnienia lub uprawnienie do żądania wyjaśnień, o czym stanowi art. 128 ust. 4 Pzp w okolicznościach wskazanych. Nie jest zatem dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, tak jak się tego domagał Odwołujący, w sytuacji gdy zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego na podstawie wskazywanych przepisów.

W konsekwencji zarzuty odwołania nr 2 i 3 także podlegały oddaleniu.

Zarzut nr 4 kwestionował ocenę dokonaną przez Zamawiającego w zakresie art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Analiza przepisów Pzp prowadzi do wniosku, że ciężar wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień (art. 224 ust. 5 Pzp). Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Izba wskazuje, że materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie potwierdził, jakoby zaoferowana przez Przystępującego była ceną rażąco niską.

Co do twierdzenia Odwołującego odnośnie braku dowodów – Izba wskazuje, że specyfika zamówienia, polegająca świadczenie usług przez konkretne osoby rzutowała na sposób przedstawienia wyjaśnień. Przystępujący w treści wyjaśnień z 22 i 23 kwietnia 2024 r. przedstawił wynagrodzenia przewidywane na rzecz samego siebie jako wykonawcy, prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą, jak również każdego z wymaganych inspektorów branżowych. Izba dała wiarę twierdzeniom Przystępującego, że na etapie przed składaniem ofert ustnie ustalił z ww. osobami wynagrodzenie, zaś resztę przeznaczył na swoje wynagrodzenie. Na tym etapie wykonawca nie miał obowiązku zatrudniać faktycznie konkretnych osób, czy też zawierać z nimi pisemnych umów lub listów intencyjnych, lecz jedynie oszacować niezbędny nakład pracy, co oszacował na odpowiednim poziomie z uwzględnieniem stawki przekraczającej minimalne wynagrodzenie. Zamawiający prawidłowo ocenił zatem przedłożone wyjaśnienia, przez pryzmat określonej w dokumentach zamówienia czasochłonności. Dodatkowo zostało to potwierdzone w korespondencji e-mail z inspektorami branżowymi, które – chociaż sporządzone tuż przed terminem rozprawy – potwierdzają prawdziwość twierdzeń Przystępującego i Izba nie znalazła podstaw, aby odmówić tym dowodom wiarygodności.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący nie zakwestionował, jakoby wskazane przez Przystępującego wartości były zaniżone czy nierealne – a tego de facto wymaga skuteczne postawienie zarzutu. Odwołujący zakwestionował jedynie sposób wykazania przez wykonawcę czy metodę obliczeń, określając je jako ogólne, lakoniczne, nieudowodnione – a tymczasem każdy wykonawca ma prawo do czynienia własnych założeń związanych z szacowaniem czasochłonności. Specyfika zamówienia, jak również okoliczność, że Przystępujący prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą uzasadnia fakt, że Przystępujący nie opisał szeregu czynników obniżających cenę, ponieważ zwyczajnie – ponad te wskazane w wyjaśnieniach – nie istniały. Izba miała na uwadze, że nie zawsze na wysokość ceny wpływają wyjątkowe nadzwyczajne okoliczności, takie jak pomoc publiczna czy oryginalność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych (o których przykładowo traktuje art. 224 ust. 3 Pzp), czemu odpowiadają możliwości dowodowe wykonawcy, składającego wyjaśnienia. Trzeba mieć zatem na względzie, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 Pzp, mają objaśniać przyjęty sposób wyliczenia ceny, zaś ciężarowi dowodu Przystępujący sprostął w niniejszej sprawie. Za niezrozumiałe należy więc uznać stanowisko Odwołującego, jakoby wykonawca powołujący się na bliskość inwestycji obowiązany był wskazać rząd wielkości oszczędności – po pierwsze, nie wiadomo względem jakich wielkości miałyby to być porównane, zaś po drugie – okoliczność ta wpływa na szacowane koszty w oczywisty sposób, skoro Przystępujący nie będzie ponosił kosztów dojazdu, to nie ujął ich w określonej przez siebie cenie.

Dodatkowe argumenty Odwołującego, dotyczące błędnych założeń przyjętych przez Przystępującego do wyceny czy też brak wskazania zysku, Izba pominęła, jako wykraczające poza określone w odwołaniu zarzuty. Izba bowiem nie może

orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu. Izba w tym miejscu wyjaśnia, że zarzut składa się z podstawy prawnej oraz podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które odwołujący kwestionuje i w których upatruje nieprawidłowości w działaniach i zaniechaniach danego zamawiającego. Stąd też twierdzenia zawarte w odwołaniu nie mogą być rozszerzane o inne, dodatkowe okoliczności na etapie rozprawy.

Zarzut nr 6, dotyczący naruszenia zasady równego traktowania wykonawców także nie potwierdził się. Naruszenie art. 16 Pzp nie może być podnoszone jako samodzielny zarzut, ponieważ naruszenie ogólnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zawsze wiąże się z naruszeniem innego przepisu konkretyzującego normę prawną. W konsekwencji, skoro pozostałe zarzuty odwołania nie potwierdziły się, także przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 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. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba nie zasądziła kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, ponieważ Zamawiający nie złożył do akt rachunków ani spisów kosztów, potwierdzających ich poniesienie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....