WYROK

Warszawa, dnia 29 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza **- w składzie:**

Przewodnicząca:Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2024 r. przez Odwołującego - wykonawcę Wojtyła Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto Rybnik

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy P.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „GAWŁOWSKI" P.G.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenie oferty wykonawcy P.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „GAWŁOWSKI" P.G. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- ponowną ocenę i badanie ofert;
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. kosztami postępowania obciąża w częściach równych Odwołującego i Zamawiającego:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego oraz Zamawiającego z tytułu reprezentacji w kwocie po 3600 zł, oraz koszty dojazdu na rozprawę Odwołującego w kwocie 169 zł;
3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7584 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy),
3.3. znosi wzajemnie pomiędzy Odwołującym oraz Zamawiającym koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

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 – Miasto Rybnik prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024r., poz. 1320; dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Pełnienie funkcji koordynatora nadzoru inwestorskiego w toku realizacji zamierzenia budowlanego pn. „II Liceum Ogólnokształcące, dzielnica Północ – budowa Sali gimnastycznej*".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane pod numerem 537633-2024.

W dniu 27 grudnia 2024 r. wykonawca - Wojtyła Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny oferty Wykonawcy - P.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „GAWŁOWSKI" P.G. (dalej: „Wykonawca" lub „Przystępujący") i przyznanie 40 punktów w ramach kryterium oceny ofert „Kryterium II Doświadczenie Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego" określonego w Rozdziale XXIII pkt 1 SWZ „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert", w odniesieniu do doświadczenia Pana P.G. - w sytuacji gdy wskazane w ofercie ww. Wykonawcy doświadczenie zawodowe osoby wskazanej do pełnienia funkcji Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego - Pana P.G. nie spełnia wymogu opisanego w ww. kryterium, tj. deklarowane w ofercie doświadczenie Pana P.G. w zakresie pełnienia funkcji Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego - ww. funkcja nie była pełniona przez cały okres realizacji 2 zadań wskazanych w treści oferty (koordynacja nadzoru inwestorskiego dotycząca 2 robót budowlanych - wskazanych w pkt 2 i 5 tabeli w ofercie ww. Wykonawcy), wobec czego w tym kryterium oferta Wykonawcy powinna otrzymać 20 pkt zgodnie z Działem XXIII SWZ, a w wyniku powyższego to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu, zatem doszło do niezgodnego z Pzp wyboru oferty ww. Wykonawcy jako najkorzystniejszej,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1:

2) art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp – przez ich niezastosowanie, mimo że Wykonawca wezwany w trybie art. 224 Pzp, wbrew treści art. 224 ust. 5 Pzp nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone

przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, zatem zaistniała przesłanka odrzucenia oferty z art. 224 ust. 6 Pzp, a na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp Zamawiający powinien odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3) w konsekwencji Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp – poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, mimo, że oferta ta nie może być uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. ponowne badanie i ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu,
3. wybór oferty najkorzystniejszej,
4. odrzucenie oferty Przystępującego jako zawierającą cenę rażąco niską – w przypadku rozpatrywania zarzutu ewentualnego (zarzut nr 2).

Uzasadniając zarzut pierwszy odwołania, Odwołujący wskazał, że w Kryterium II pod uwagę miało być brane doświadczenie osoby wyznaczonej przez Wykonawcę jako Koordynator Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego (osoby wskazanej w załączniku nr 8 do SWZ „Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia"). Zamawiający przyznawał wykonawcom 40 punktów jeżeli wykazali się: „doświadczeniem zawodowym w koordynacji nadzoru inwestorskiego (pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert dla inwestycji polegającej na budowie (w tym również odbudowie, rozbudowie, nadbudowie) budynku użyteczności publicznej, zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego wielorodzinnego, obejmującej równocześnie roboty ogólnobudowlane, instalacyjne w zakresie instalacji sanitarnych i elektrycznych oraz inżynieryjne w zakresie sieci zewnętrznych, nawierzchni utwardzonych i terenów zielonych, o wartości ww. zakresu robót minimum 8 000 000 PLN brutto - w ilości 5 zadań lub więcej.".

Odwołujący podkreślił, że według treści SWZ istotne dla Zamawiającego było, że pełnienie funkcji polegającej na koordynacji nadzoru inwestorskiego przez osobę wykazującą doświadczenie musiało trwać przez cały okres realizacji zadania. W niniejszym postępowaniu Wybrany Wykonawca, aby wykazać ww. doświadczenie na 5 zadaniach i uzyskać maksymalną liczbę punktów (40) w Kryterium II, wskazał w swojej ofercie m.in. 2 zadania polegające na koordynacji nadzoru inwestorskiego przy:
1) Budowie budynku biurowego przy ul. Michalczyka 5 we Wrocławiu (poz. nr 2 w tabeli),
2) Budowie centrum handlowego „Galeria Jastrzębie" przy ul. Warszawskiej 2 w Jastrzębiu Zdroju (poz. nr 5 w tabeli).

Z ustaleń Odwołującego wynika, że 2 ww. zadania nie spełniają wymogów koniecznych w zakresie Kryterium II – wskazane w ofercie doświadczenie Pana P.G. w zakresie pełnienia funkcji Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego - funkcja nie była pełniona przez cały okres realizacji ww. 2 zadań – wbrew treści SWZ (Rozdział XXIII pkt 1, Kryterium II), wobec czego niezasadnie uzyskał on za te zadania dodatkowe 20 punktów w Kryterium II.

Ad. 1) Budowa budynku biurowego przy ul. Michalczyka 5 we Wrocławiu:

Według treści oferty Wybranego Wykonawcy:
- okres w jakim była pełniona funkcja Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego: „20.07.2015 - 08.02.2021 doświadczenie trwało przez cały okres realizacji zadania." Jednak przeczą temu oświadczeniu informacje uzyskane w trybie dostępu do informacji publicznej od Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Wrocławia - zgodnie z którymi: „w momencie rozpoczęcia robót budowlanych funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego miał pełnić p.P.. W czasie oddawania budynku do użytkowania, jak wynika z naszej dokumentacji, funkcję tą pełnił p.A..", natomiast decyzja udzielająca pozwolenia na użytkowanie nr 276/2018 została wydana dnia 08.02.2018 r. Skoro w 2018 r. ww. funkcję Inspektora Nadzoru Inwestorskiego pełnił Pan A.K. (a nie Pan G.), to ww. funkcja nie była pełniona przez Pana P.G. przez cały okres realizacji ww. zadania – wbrew treści SWZ (Rozdział XXIII pkt 1, Kryterium II).

Dowód:
- Odpowiedź PINB dla Miasta Wrocławia z dnia 29.11.2024 r.

Ad.2) Budowa centrum handlowego „Galeria Jastrzębie" przy ul. Warszawskiej 2 w Jastrzębiu Zdroju:

Według treści oferty Wybranego Wykonawcy:
- okres w jakim była pełniona funkcja koordynatora Inspektorów Nadzoru Budowlanego to: „01.09.2008 r. - 28.02.2013 r. doświadczenie trwało przez cały okres realizacji zadania". Powyższemu oświadczeniu przeczą informacje uzyskane w trybie dostępu do informacji publicznej od Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Jastrzębie – Zdrój, zgodnie z którymi czas realizacji ww. zadania to: 15.09.2007r. - 04.01.2010r. Zgodnie z wymogami Kryterium II, doświadczenie miało trwać przez cały okres realizacji zadania, natomiast z powyższych danych wynika, że deklarowany okres pełnienia funkcji przez Pana P.G. (01.09.2008 r. – 28.02.2013 r.) nie trwa od początku okresu realizacji ww. zadania, tj. od dnia 15.09.2007 r. Z powyższych danych wynika więc, że funkcja Koordynatora nie była pełniona przez

cały okres realizacji zadania – wbrew treści SWZ (Rozdział XXIII pkt 1, Kryterium II).
Dowód:
- Pismo PINB dla Miasta Jastrzębie –Zdrój z dnia 23.10.2024 r.
Zatem nieuprawniony jest wybór Wykonawcy Firma Usługowa „GAWŁOWSKI" jako oferty najkorzystniejszej w wyniku nieprawidłowego przyznania mu 40 punktów (zamiast 20 pkt za 3
zadania) w ramach Kryterium II, ponieważ wskazane w ofercie doświadczenie Pana P.G. w zakresie pełnienia funkcji Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego nie trwało przez cały okres realizacji ww. zadań – wbrew treści SWZ (Rozdział XXIII pkt 1, Kryterium II).
Wobec powyższego, po przeliczeniu punktacji zgodnie z formułą oceny ustaloną w Rozdziale
XXIII SWZ dla Wykonawcy G. uzyskuje on w sumie 80 pkt (60 + 20 = 80 pkt), zaś oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu z liczbą 97,87 punktów.

Uzasadniając zarzut dotyczący ceny rażąco niskiej Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 16.10.2024 r. wezwał Wybranego Wykonawcę na podstawie art.
224 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający w wezwaniu podkreślał, że wyjaśnienia należy złożyć wraz z dowodami.
Dowód:
- Wezwanie Zamawiającego z dnia 16.10.2024 r.
Wykonawca odpowiedział na ww. wezwanie pismem z dnia 17.10.2024 r.
Dowód:
- Wyjaśnienia z dnia 17.10.2024 r.
Według Odwołującego Przystępujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny istniejącego od momentu wszczęcia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 224 Pzp. Wyjaśnił, że cena Wykonawcy (165 127,50 zł) była o 43,1% niższa od kwoty oszacowanej przez Zamawiającego (290 000,00 zł) oraz 57,7% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (389 935,46 zł). Wbrew oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym jasno w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 29.08.2024 r. Wykonawca nie wykazał, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu, ponieważ kalkulacja ceny przedstawiona w wyjaśnieniach nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia oraz całego okresu realizacji usług, określonego dla tego zamówienia w Opisie przedmiotu zamówienia, tj. kosztu zatrudnienia pracownika biurowego do obsługi Koordynatora nadzoru inwestorskiego w pełnym wymiarze czasu pracy.
Według treści OPZ (pkt 2.7.12): „Wykonawca usługi zobowiązany jest zatrudnić co najmniej jednego pracownika biurowego do obsługi biura Koordynatora nadzoru inwestorskiego, w pełnym wymiarze czasu pracy. Wszelkie koszty związane z zatrudnieniem tego pracownika należy uwzględnić w wycenie usługi.".
Natomiast Wybrany Wykonawca w swoich wyjaśnieniach ceny (na stronie 4) w tabeli (wykaz planowanych kosztów) wskazał całkowicie nierealny koszt zatrudnienia pracownika w pełnym
wymiarze czasu pracy na 15 miesięcy trwania inwestycji - w kwocie łącznej 10.000 zł brutto. Podczas gdy, przy założeniu minimalnej płacy w 2025 r. – wynagrodzenie brutto wynosi 4 666 zł, a całkowity koszt pracy (uwzględniający koszty pracodawcy) to 5 621,59 zł – wobec tego całkowity koszt zatrudnienia ww. pracownika na 15 miesięcy wyniósłby min. 84 323,85 zł. (15
miesięcy * 5621,59 zł (całkowity koszt pracodawcy) = 84 323,85 zł). Okres realizacji umowy został opisany w VI Rozdziale SWZ – do 15 miesięcy, a Wykonawca w wyjaśnieniach oświadcza, że uwzględnia wszystkie koszty płacowe i pozapłacowe oraz wszelkie składki na ubezpieczenie społeczne i inne koszty (str. 3 wyjaśnień), a osoba zatrudniona do obsługi sekretariatu jest zatrudniona na cały etat (str. 6 wyjaśnień, pkt 6 akapit 3). Jednak wbrew wezwaniu Zamawiającego nie przedstawia w ww. zakresie żadnych dowodów na potwierdzenie ww. oświadczeń. Z samych przedstawionych powyżej wyliczeń wynika, że kwota 10 000 zł brutto jest kwotą nierealną i niezgodną 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 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie (art. 224 ust 3 pkt 4 Pzp) jak również z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 224 ust. 3 pkt 6 Pzp). Gdyby Wykonawca uwzględnił wynagrodzenie ww. pracownika zgodnie z wymogami Zamawiającego - w pełnym wymiarze czasu pracy dla całego okresu realizacji zamówienia przewidzianego w dokumentach zamówienia tj. 15 miesięcy (nawet bez doliczenia okresu gwarancji i rękojmi), jego cena za usługę wyniosłaby w sumie 239 451,35 zł brutto, a więc przekroczyłaby o 74 323,85 zł cenę ofertową ww. Wykonawcy (165 127,50 zł). Wskazuje to na niemożliwość wykonania usługi w pełnym zakresie za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę, nawet przy uwzględnieniu założonego w kalkulacji zysku (3 627, 50 zł) oraz tzw. „pozostałych kosztów" (19

000 zł).
Odwołujący wskazał ponadto, że Wykonawca nie wykazał jakie okoliczności właściwe dla danego wykonawcy umożliwiły obniżenie ceny jego oferty, wskazując konkretnie jakie oszczędności mógł dzięki nim osiągnąć (jak żądał w wezwaniu Zamawiający) - w wyjaśnieniach są jedynie ogólne tezy Wykonawcy bez wyliczeń jakie konkretnie spowodowały oszczędności i bez dowodów na ich poparcie. To Wykonawca, co do którego istnieje domniemanie złożenia oferty z ceną rażąco niską jest zobowiązany wykazać (a nie tylko oświadczyć), co sprawiło, że złożył ofertę z ceną tak odbiegającą od cen innych ofert i kwoty Zamawiającego. Niewystarczające dla wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są ogólne oświadczenia Wykonawcy zawarte w złożonych wyjaśnieniach. Należy zauważyć ponadto, że w kalkulacji ceny przedstawione są jedynie stawki ryczałtowe, w żaden sposób niewyjaśnione pod kontem domniemania ceny rażąco niskiej, nie wynika jak są skalkulowane, czy nie naruszają przepisów prawa i są realne w kontekście przedmiotu zamówienia. Wykonawca w wyjaśnieniach oświadcza, że skierowane do wykonania ww. zamówienia osoby stanowią zarówno etatowi pracownicy jak i „stali współpracownicy" firmy, którzy otrzymują ustalone przez pracodawcę miesięczne wynagrodzenie lub ryczałtowe wynagrodzenie kontraktowe (str. 7 wyjaśnień). Jednak Wykonawca nie wyjaśnia ani nie udowadnia, że ww. wynagrodzenie za pracę jest zgodne z przepisami prawa pracy. Nieuprawnione jest również w procedurze wyjaśnienia ceny rażąco niskiej unikanie wyjaśnień szczegółowych poprzez zasłanianie się stawkami ryczałtowymi. W ten sposób wyjaśnienia ceny rażąco niskiej byłyby bezcelowe, gdyby założyć że wystarczy powołać się na stawkę „ryczałtową" bez szczegółowego rozliczenia ceny oferty. Zgodnie z treścią ustawy o minimalnym wynagrodzeniu z 10.10.2002 r. (art. 1 pkt 1a) i pkt 1b) w zw. art. 8a), przysługuje im minimalna stawka godzinowa (minimalne wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usługi), która nie została uwzględniona w wyjaśnieniach - wbrew wezwaniu Zamawiającego i treści art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp.

W konsekwencji według Odwołującego, Zamawiający na podstawie ww. wyjaśnień i dokumentów nie może ustalić, czy Wykonawca w cenie ofertowej uwzględnił koszty tych usług zgodnie z ww. przepisami dotyczącymi kosztów pracy (brak informacji o ilości godzin wykonywania usługi, stawek za godzinę). Przedstawione wyjaśnienia, w tym tabela planowanych kosztów, są ogólnikowe, nie uzasadniają zaoferowania tak niskiej ceny ofertowej za przedmiotową usługę, Wykonawca nie wskazał na oszczędności, które pozwoliły wycenić tak tanio usługę, nie wykazał, że cena oferty pokrywa koszty realizacji przedmiotu zamówienia, zatem nie obala istniejącego domniemania rażąco niskiej ceny oferty. Wedle treści przepisów Pzp i utrwalonej linii orzeczniczej, na wezwanie Zamawiającego, wykonawca jest obowiązany złożyć konkretne wyjaśnienia, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia powinny być szczegółowe i rzeczowe, pełne – winny opisywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia. Dodatkowo, składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być poparte dowodami. Ustawa Pzp wyraźnie nakłada na wykonawców obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Zamawiający musi mieć możliwość zweryfikowania czy okoliczności, na które powołują się wykonawcy znajdują odzwierciedlenie w rzeczywistości - co w tym przypadku jest niemożliwe w obliczu tak ogólnych wyjaśnień. Wobec powyższego wyjaśnienia Wykonawcy nie były wystarczające żeby uznać, że Wykonawca w sposób prawidłowy dokonał kalkulacji kosztów wykonania zamówienia, w tym uwzględniając koszty pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia. Przepisy Pzp wprost nakładają na wykonawcę, który
został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W tym miejscu należy podkreślić, że „wykazać" oznacza coś więcej aniżeli jedynie „wyjaśnić". Dla „wykazania" nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia.
Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że Wykonawca nie spełnił obowiązku z art. 224 ust. 5 Pzp – tj. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zatem należało uznać, że nie obalił domniemania, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska
w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, wobec czego ziściły się przesłanki odrzucenia Wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp. Natomiast Zamawiając nie stosując tych przepisów naruszył je, wybierając tego Wykonawcę, a w konsekwencji również przepis art. 16 pkt 1 oraz 17 ust.2 Pzp, tj. zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie stron oraz udzielania zamówień wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W związku z powyższym, czynność wyboru oferty Wybranego Wykonawcy powinna być unieważniona, a Zamawiający powinien dokonać ponownego badania i oceny ofert wg procedury zgodnej z przepisami Pzp i dopiero wtedy wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie art. 239 Pzp, zgodnie z zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisami Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w piśmie z dnia 2 stycznia 2025 r. wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Izba ustaliła:

Zamawiający w Rozdziale XXIII SWZ jako jedno z kryteriów oceny ofert ustalił „Kryterium II Doświadczenie Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego (D)" o wadze 40 pkt. Jak wynika z dokumentacji „W tym kryterium pod uwagę będzie brane doświadczenie osoby wyznaczonej przez Wykonawcę jako Koordynator Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego (osoby wskazanej w załączniku nr 8 do SWZ „Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia"). Przy obliczaniu liczby punktów w kryterium doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego Zamawiający będzie przyznawać punkty w następujący sposób:

Doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego	Liczba punktów
Doświadczenie doświadczenie zawodowe w koordynacji nadzoru inwestorskiego (pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lubKoordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert dla inwestycji polegającej na budowie (w tym również odbudowie, rozbudowie, nadbudowie) budynku użyteczności publicznej, zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego wielorodzinnego, obejmującej równocześnie roboty ogólnobudowlane, instalacyjne w zakresie instalacji sanitarnych i elektrycznych oraz inżynieryjne w zakresie sieci zewnętrznych, nawierzchni utwardzonych i terenów zielonych, o wartości ww. zakresu robót minimum 8 000 000 PLN brutto - w ilości 5 zadań lub więcej.	40
Doświadczenie doświadczenie zawodowe w koordynacji nadzoru inwestorskiego (pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lubKoordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert dla inwestycji polegającej na budowie (w tym również odbudowie, rozbudowie, nadbudowie) budynku użyteczności publicznej, zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego wielorodzinnego, obejmującej równocześnie roboty ogólnobudowlane, instalacyjne w zakresie instalacji sanitarnych i elektrycznych oraz inżynieryjne w zakresie sieci zewnętrznych, nawierzchni utwardzonych i terenów zielonych, o wartości ww. zakresu robót minimum 8 000 000 PLN brutto - w ilości 4 zadań	30
Doświadczenie doświadczenie zawodowe w koordynacji nadzoru inwestorskiego (pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lubKoordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert dla inwestycji polegającej na budowie (w tym również odbudowie, rozbudowie, nadbudowie) budynku użyteczności publicznej, zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego wielorodzinnego, obejmującej równocześnie roboty ogólnobudowlane, instalacyjne w zakresie instalacji sanitarnych i elektrycznych oraz inżynieryjne w zakresie sieci zewnętrznych, nawierzchni utwardzonych i terenów zielonych, o wartości ww. zakresu robót minimum 8 000 000 PLN brutto - w ilości 3 zadań.	20
Doświadczenie doświadczenie zawodowe w koordynacji nadzoru inwestorskiego (pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lubKoordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert dla inwestycji polegającej na budowie (w tym również odbudowie, rozbudowie, nadbudowie) budynku użyteczności publicznej, zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego wielorodzinnego, obejmującej równocześnie roboty ogólnobudowlane, instalacyjne w zakresie instalacji sanitarnych i elektrycznych oraz inżynieryjne w zakresie sieci zewnętrznych, nawierzchni utwardzonych i terenów zielonych, o wartości ww. zakresu robót minimum 8 000 000 PLN brutto - w ilości 2 zadań.	10

Jednocześnie Zamawiający ustalił, że „Pełnienie funkcji polegającej na koordynacji nadzoru inwestorskiego przez osobę wykazującą doświadczenie musiało trwać od rozpoczęcia robót do wystawienia Świadectwa Przejęcia/ Protokołu Odbioru Końcowego (przez cały okres realizacji zadania).".

Przystępujący w ofercie wskazał na doświadczenie pana P.G. na zadaniach:

1. Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego u zbiegu ulic Kujawskiej i Mościckiego w Częstochowie; Okres w

jakim była pełniona funkcja - 21.04.2020-31.01.2022 doświadczenie trwało przez cały okres realizacji zadania;
2. Budowa budynku biurowego przy ul. Michalczyka 5 we Wrocławiu; Okres w jakim była pełniona funkcja - 20.07.2015-08.02.2021 doświadczenie trwało przez cały okres realizacji zadania;
3. „Rozbudowa istniejącego budynku przychodni o część szpitalną przy ul. Warszawskiej 28/30 w Częstochowie; Okres w jakim była pełniona funkcja - 23.10.2014-04.12.2015 doświadczenie trwało przez cały okres realizacji zadania;
4. Budowa budynku handlowo-usługowego przy ul. Okulickiego 50 w Częstochowie oznaczonego jako budynek B; Okres w jakim była pełniona funkcja - 15.10.2012-15.02.2013 doświadczenie trwało przez cały okres realizacji zadania,
5. Budowa centrum handlowego „Galeria Jastrzębie" przy ul. Warszawskiej 2 w Jastrzębiu Zdroju;Okres w jakim była pełniona funkcja - 01.09.2008-28.02.2013 doświadczenie trwało przez cały okres realizacji zadania.
Zamawiający uznał ww. doświadczenie i przyznał Przystępującemu 40 punktów w ww. kryterium oceny ofert.

Izba zważyła:

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutu przypomnieć należy, że Odwołujący zakwestionował dwie spośród ww. inwestycji, tj. inwestycję wskazaną pod numerem 2 oraz 5 wskazując, że p.P. nie pełnił funkcji koordynatora Inspektorów Nadzoru Budowlanego na powyższych budowach przez cały okres realizacji zadania.

Odwołujący jako dowód do odwołania załączył pismo Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Jastrzębie-Zdrój, w którym organ w odniesieniu do inwestycji dotyczącej budowy centrum handlowego „Galeria Jastrzębie" przy ul. Warszawskiej 2 w Jastrzębiu Zdroju wskazał, że rozpoczęcie budowy nastąpiło w dniu 15.09.2007r., a zakończenie 04.01.2010r.

Ponadto Odwołujący przedłożył kolejny dowód stanowiący pismo Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Wrocławia, w którym organ wskazał:

„Odnosząc się do pytania dotyczącego rozpoczęcia budowy przedmiotowego budynku informuję, że z posiadanych przez nas dokumentów wynika, że inwestor zamierzał rozpocząć budowę budynku biurowo-usługowego z garażem podziemnym przy ul. Michalczyka 5 we Wrocławiu w dniu 8.07.2015 r. Informacja ta odnosi się jednak do deklaracji inwestora, a zatem nie możemy potwierdzić, że w danym dniu faktycznie nastąpiło rozpoczęcie robót budowlanych dot. przedmiotowej inwestycji.

Odnosząc się do pytania dotyczącego zakończenia budowy, informuję, że wniosek o udzielenie pozwolenia na użytkowanie dla przedmiotowej inwestycji wpłynął do PINB dla Miasta Wrocławia 17.01.2018 r. Decyzja udzielająca pozwolenia na użytkowanie (nr 276/2018 z 8.02.2018 r.) wydana została dla tej inwestycji przed wykonaniem wszystkich robót – tj. przed ułożeniem wykładzin podłogowych w poszczególnych (wskazanych w decyzji) pomieszczeniach budynku, a także przed zakończeniem formowania projektowanych terenów ziemnych ze skarpami w terenie zewnętrznym przy ul. K. Michalczyka 5 we Wrocławiu.

W odniesieniu do formowania terenów ziemnych wyznaczony został przez PINB termin na zakończenie tych robót – do 30.04.2018 r. Odnosząc się do kwestii prowadzenia robót budowlanych w zakresie terenów zielonych informuję, że pojęcie „terenów zielonych" jest zbyt nieprecyzyjne, aby móc odnieść się do Pani pytania w sposób pełny i wyczerpujący. Wskazuję, że w celu ustalenia zakresu przedmiotowych robót budowlanych pomocnym rozwiązaniem jest uzyskanie dostępu do treści decyzji będących podstawą prowadzenia danych robót budowlanych (w niektórych przypadkach również informacji o zgłoszeniach prowadzenia robót budowlanych). Wydawanie decyzji o pozwoleniu na budowę oraz przyjmowanie zgłoszeń dot. wykonywania robót budowlanych jest kompetencją Prezydenta Wrocławia. Z tej racji podmiotem, do którego należy zwrócić się w celu uzyskania ww. informacji jest Wydział Architektury i Zabytków Urzędu Miejskiego Wrocławia.

Z posiadanych przez nas informacji wynika, że podstawą dla prowadzenia przedmiotowych robót były Decyzje Prezydenta Wrocławia nr 1172/2014 z 19.03.2014 r., 4907/2015 z 14.09.2015 r., 926/2017 z 27.02.2017 r., 3795/2017 z 13.07.2017 r., 6372/2017 z 20.11.2017 r. oraz zgłoszenie potwierdzone Zaświadczeniem 5148/2016 z 20.04.2016 r. Niezależnie od powyższego informuję, że z dokumentów sporządzonych przez pracowników PINB w związku z czynnościami kontrolnymi dot. przedmiotowego budynku wynika, że w trakcie realizacji inwestycji doszło do prowadzenia robót budowlanych w obrębie drzew i korzeni z nieodpowiednim zabezpieczeniem tej roślinności od strony ul. Michalczyka. Wskazane nieprawidłowości zostały jednak usunięte przez inwestora - odsłonięte korzenie drzew od strony ul. Michalczyka zasypano ziemią wraz z ułożeniem folii zabezpieczającej przed wysychaniem ziemi.

Informacja ta odnosi się jednak jedynie do tego, co zostało zauważone w trakcie jednej z kontroli przeprowadzonej przez naszych pracowników i w żaden sposób nie przesądza o tym, że w ramach przedmiotowych robót budowlanych nie realizowano innych działań w zakresie terenów zielonych - tym bardziej, że jak podkreślono już wcześniej, pojęcie „tereny zielone" jest niejednoznaczne. Jak zostało to wskazane w naszym poprzednim piśmie skierowanym do Pani, nie gromadzimy informacji o koordynatorach inspektorów nadzoru inwestorskiego.

Treść uzupełnienia Pani wniosku wskazuje jednak, że w istocie przedmiotem pytania są inspektorzy nadzoru inwestorskiego. W związku z powyższym informuję, że zgodnie z deklaracjami inwestora w momencie rozpoczęcia robót

budowlanych funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego miał pełnić p.P.. W czasie oddawania budynku do użytkowania, jak wynika z naszej dokumentacji, funkcję tą pełnił p.A.. Inwestor nie jest zobowiązany do informowania organu nadzoru budowlanego o zmianach na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego w trakcie realizowania inwestycji, zatem nasza odpowiedź nie odnosi się do kwestii zmian w tym zakresie.

Zawiadomienia o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót nie podlegają udostępnieniu w trybie przewidzianym przez ustawę z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Udostępnieniu mogą podlegać jedynie zawarte w nich informacje mające przymiot informacji publicznej. Dzienniki budowy prowadzone w postaci papierowej, zgodnie z art. 57 ust. 8 Prawa budowlanego, są zwracane inwestorowi niezwłocznie po zakończeniu postępowania dotyczącego udzielenia pozwolenia na użytkowanie albo zawiadomienia o zakończeniu budowy. Z tej racji nie jest możliwe przesłanie Pani kopii zawiadomienia o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, ani kopii dziennika budowy".

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z ww. pism PINB, a także z:

- dowodów załączonych do pisma procesowego Przystępującego,
- złożonych na rozprawie przez Odwołującego oraz Przystępującego,
- dokumentów znajdujących się w aktach sprawy.

Izba uwzględniając dowody i stanowiska stron zaprezentowane w pismach oraz na rozprawie uznała zarzut nr 1 za niezasadny.

Odnosząc się do inwestycji dotyczącej budowy budynku biurowego przy ul. Michalczyka 5 we Wrocławiu Izba uznała, że Odwołujący wbrew obciążającemu go ciężarowi dowodowemu nie wykazał zasadności postawionego zarzutu. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp Odwołujący obowiązany był wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. W konsekwencji to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że stanowisko Zamawiającego co do przyznania Przystępującemu 40 punktów w kryterium oceny oferty jest nieprawidłowe. Tym samym to Odwołujący powinien złożyć dowody w postępowaniu, które będą potwierdzać jego argumentację. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi: „Ciężaru udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne".

Odwołujący wywodził fakt braku pełnienia przez pana P.G. funkcji koordynatora inspektorów z faktu, że wpisy w Dzienniku Budowy były dokonywane na początku przez Pana G. a pod koniec realizacji inwestycji przez p. A.K.. Zauważyć jednak należy, że do przystąpienia Wykonawca załączył umowę z dnia 15 czerwca 2015 r. zawartą z Kernov Properties sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a na rozprawie Przystępujący przedłożył jako dowód korespondencję mailową z firmą Kernov Properties na okoliczność potwierdzenia okoliczności pełnienia przez niego obowiązków koordynatora przez cały okres trwania inwestycji. Ponadto wraz z przystąpieniem zostały złożone oświadczenia własne p.G. oraz p.A. okoliczność tą potwierdzającą. Izba ww. dowody uznała za wiarygodne, a więc potwierdzające wywodzone z nich okoliczności, tym bardziej, że Odwołujący pomimo ciężaru dowodowego nie wykazał okoliczności przeciwnej. Ponadto zauważyć należy, że z pisma PINB Wrocław wprost wynika, że organ ten „nie gromadzi informacji o koordynatorach inspektorów nadzoru inwestorskiego.". Nie sposób więc uznać, że Odwołujący sprostał ciężarowi wykazania zasadności postawionego w tym zakresie zarzutu.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie pełnił na ww. inwestycji funkcji koordynatora inspektorów przez cały okres inwestycji, a więc, że Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał doświadczenie na ww. inwestycji i przyznał za nią punkty.

Izba za nieuzasadnione, a przede wszystkim niewykazane uznała również zarzuty dotyczące braku wymaganego doświadczenia p.G. na inwestycji pn. budowa centrum handlowego „Galeria Jastrzębie" przy ul. Warszawskiej 2 w Jastrzębiu Zdroju. Jak wynika z pisma Przystępującego inwestorem przedmiotowej inwestycji, na której przystępujący pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu, koordynatora inspektorów nadzoru oraz inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej była Polimeni International Jastrzębie Zdrój spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Prace budowlane mające na celu realizację zadania rozpoczęto we września 2008 r. Zadanie ukończono w dacie ukończenia zobowiązań

Wykonawcy robót budowlanych według zawartego Kontraktu, tj. wystawienie Świadectwa Wykonania – 28.02.2013 r. Przystępujący pełnił ww. funkcje w okresie od daty rozpoczęcia robót do wystawienia Świadectwa Przejęcia, a następnie do wystawienia Świadectwa Wykonania. Zauważyć należy, że ze złożonego jako dowód przez Przystępującego Dziennika Budowy nr 1/7353-1642007r. wprost wynika, że rozpoczęcie robót budowlanych nastąpiło w dniu 3 września 2008r., a p.P. objął funkcję w dniu 27 sierpnia 2007 r. (str. 2 Dziennika Budowy pkt 8). Fakt rozpoczęcia robót potwierdza również protokół nr KB-2/09 PINB dla Miasta Jastrzębie Zdrój w punkcie 11.

Izba dała wiarę ww. dowodom i okolicznościom z nich wynikających, tym bardziej, że zgodnie 45 ust. 1 ustawy Prawo budowlane dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót i jest wydawany odpłatnie przez właściwy organ.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie pełnił na ww. inwestycji funkcji koordynatora inspektorów przez cały okres inwestycji.

Izba za zasadny uznała natomiast zarzut ewentualny, tj. zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 oraz pkt 6 Pzp.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. 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. 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. 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. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

Ponadto Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy winny więc umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym wyjaśnienia i dowody składane w toku postępowania odwoławczego są działaniami spóźnionymi, a więc nieskutecznymi.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, na wstępie wskazać należy, że w tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że cena oferty Przystępującego odbiegała o ok. 43% od kwoty oszacowanej przez Zamawiającego oraz o ok. 58% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Powyższe czyniło koniecznym wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na Przystępującego nakładało obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika biurowego potwierdzały, że cena ww. wykonawcy jest niedoszacowana, a więc rażąco niska.

Należy zauważyć, że zgodnie z punktem 2.7.12 załącznika nr 10 do SWZ *„Wykonawca usługi zobowiązany jest zatrudnić co najmniej jednego pracownika biurowego do obsługi biura Koordynatora nadzoru inwestorskiego, w pełnym wymiarze czasu pracy. Wszelkie koszty związane z zatrudnieniem tego pracownika należy uwzględnić w wycenie usługi*.”.

Przystępujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach jako koszt zatrudnienia ww. pracownika wskazał 10 000 zł, jednocześnie wyjaśniając: „osoba, która będzie pełnić funkcje obsługi sekretariatu „biura koordynatora nadzoru inwestorskiego” jest osobą zatrudnioną na cały etat i pozostanie do dyspozycji Zamawiającego.”.

W ocenie Izby tak złożone wyjaśnienia nie umożliwiały Zamawiającemu dokonania oceny dlaczego i na jakich zasadach została przez Przystępującego skalkulowana stawka związana z zatrudnieniem wyżej wskazanego pracownika, a więc na jakiej podstawie Przystępujący skalkulował koszt zatrudnienia pracownika w pełnym wymiarze czasu pracy w kwocie łącznej 10.000 zł brutto na 15 miesięcy trwania inwestycji. Szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie znalazły się dopiero w piśmie procesowym Przystępującego, co jak wyżej wskazano było działaniem

spóźnionym.

Podkreślić należy, że jak wykazał Odwołujący całkowity koszt zatrudnienia ww. pracownika na 15 miesięcy wyniósłby min. 84 323,85 zł, co wprost wskazuje, że kwota 10 000 zł brutto jest kwotą nierealną i niezgodną 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 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie (art. 224 ust 3 pkt 4 Pzp) jak również z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 224 ust. 3 pkt 6 Pzp).

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że z zapisów ww. postanowienia OPZ nie wynikał obowiązek, aby zatrudniony pracownik był skierowany tylko i wyłącznie do obsługi ww. kontraktu wskazać należy, że Izba nie podziela tego stanowiska. W ocenie Izby sformułowany wymóg był jasny i jednoznaczny i wprost wiązał się z koniecznością wyceny w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika biurowego do obsługi biura Koordynatora nadzoru inwestorskiego, w pełnym wymiarze czasu pracy. W kosztach tych należało więc uwzględnić przede wszystkim wynagrodzenie takiej osoby, które w 2025 r. zgodnie z obowiązującymi wynosi 4666 zł. Nie było więc wystarczające dokonanie wyceny kosztów badań medycznych czy też szkoleń BHP.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że – jak wskazał Odwołujący – oferta Przystępującego jest niedoszacowana o wymagane w sposób wyraźny w punkcie 2.7.12 OPZ koszty zatrudnienia pracownika biurowego. Różnica ta nie jest możliwa do pokrycia ani z przewidywanego zysku, (3 627, 50 zł) czy też tzw. „pozostałych kosztów" (19 000 zł).

W konsekwencji Przystępujący nie obalił w tym zakresie domniemania rażąco niskiej ceny oferty, a Zamawiający uznając wyjaśnienia za prawidłowe naruszył dyspozycję przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska Odwołującego co do jego zdaniem złożenia przez Przystępującego niewystarczających dla wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stawek ryczałtowych za wynagrodzenie pracy poszczególnych inspektorów.

W ocenie Izby złożone dowody i wyjaśnienia są wystarczające. Wynika z nich w jakiej wysokości Przystępujący oszacował cenę oferty obejmującą wynagrodzenie za pracę inspektorów, wprost też zostało wskazane, że „Wynagrodzenie inspektorów nadzoru zostało skalkulowane powyżej minimalnych stawek godzinowych i jest adekwatne do zakresu rzeczowo-finansowego poszczególnych branż projektu i potrzebnego czasu do wykonania zamówienia. Średni stopień zaangażowania inspektorów poszczególnych branż ustalono na podstawie wieloletniego doświadczenia wynikającego z realizacji nadzorów na inwestycjach o analogicznym charakterze.

5.Wynagrodzenie Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego/Inspektora Nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej i planowany zysk stanowią łączny przychód właściciela firmy."

W ocenie Izby wyjaśnienia w tym zakresie, przy wynikających zapisach SWZ były wystarczające. Fakt natomiast, że w ocenie Odwołującego wyjaśnienia powinny być złożone inaczej/lepiej nie może stanowić, że wykonawca nie wyjaśnił w tym zakresie realności przyjętej ceny. Ponadto zauważyć należy, że Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu bądź np. analizy, z której wynikałoby, że przyjęte stawki wynagrodzenia są zbyt niskie, nierealne w odniesieniu do postanowień obowiązującej dokumentacji postępowania.

W konsekwencji Izby w tym zakresie zarzut oddaliła.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/2 do 1/2. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego oraz Odwołującego w częściach równych. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego oraz Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie po 3 600 zł oraz koszty dojazdy na rozprawę Odwołującego w kwocie 169 zł, a więc łącznie 22369 zł. Izba zniosła pomiędzy stronami koszty poniesione przez strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, a w konsekwencji powyższego zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7584 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodnicząca: ……