

WYROK

Warszawa, dnia 28 lutego 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2025 roku przez wykonawcę BBC BEST BUILDING CONSULTANTS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Powiat Tatrzański przy udziale uczestnika po stronie:

1. Odwołującego: A.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A.M. ZESPÓŁ PROJEKTOWO-INWESTYCYJNY KONTRAPUNKT V-PROJEKT
2. Zamawiającego: T.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.F.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jak nr 5 w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, wykonawcy T.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.F. do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę BBC BEST BUILDING CONSULTANTS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie w części 3/5 oraz uczestnika T.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.F. w części 1/5 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) i 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę BBC BEST BUILDING CONSULTANTS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) i 666 zł 00 gr (sześćset sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) poniesioną przez uczestnika T.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.F. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu i noclegu
 - 3.2. zasądza od uczestnika T.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.F. na rzecz BBC BEST BUILDING CONSULTANTS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie kwotę 294 zł 00 gr (dwieście dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą 1/5 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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:

Sygn. akt KIO 513/25

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Powiat Tatrzański w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej budowy kompleksu oświatowo-warsztatowego dla Zespołu Szkół Budowlanych w Zakopanem”, nr referencyjny: ZP.272.20.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 grudnia 2024 r. pod numerem: 736200-2024.

W postępowaniu tym wykonawca BBC BEST BUILDING CONSULTANTS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie (dalej: „odwołujący”) w dniu 10 lutego 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegające na:

- 1) dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PROBUD Firma Projektowo-Budowlana Tomasz Graf (dalej: Probud) z uwagi na rażąco niską cenę;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Probud z uwagi na złożenie dokumentu gwarancji wadialnej w sposób niezabezpieczający interesów Zamawiającego oraz niezgodny z przepisami PZP oraz SWZ;

- 4)zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Probud z uwagi na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
ewentualnie
- 5)zaniechaniu wezwania wykonawcy Probud do uzupełnienia wykazu usług.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta Odwołującego powinna być najwyższej oceniona w Postępowaniu;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Probud z uwagi na rażąco niską cenę, podczas gdy wyjaśnienia wykonawcy Probud prowadzą do konieczności uznania, że nie potwierdzają możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, są lakoniczne i ogólnikowe oraz nieudowodnione;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Probud z uwagi na złożenie dokumentu gwarancji wadialnej w sposób niezabezpieczający interesów Zamawiającego oraz niezgodny z przepisami PZP oraz SWZ, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego była weryfikacja złożonego dokumentu gwarancji wadialnej i dokonanie negatywnej oceny w zakresie prawidłowości i dopuszczalności tej gwarancji wadialnej;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Probud z uwagi na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy wykonawca Probud przedstawił nieprawdziwe informacje w zakresie posiadanego przez siebie doświadczenia i wprowadził w tym w błąd Zamawiającego;

ewentualnie
- 5)art. 128 ust. 1 PZP w zw. z w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie dokonania czynności wezwania do uzupełnienia wykazu usług przez wykonawcę Probud, podczas gdy wykonawca Probud nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)dokonania czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2)dokonania czynności powrotu do badania i oceny oferty,
- 3)dokonania czynności odrzucenia oferty Probud
ewentualnie
- 4)dokonania czynności wezwania wykonawcy Probud do uzupełnienia wykazu usług

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał wykonawcę Probud do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca Probud złożył wyjaśnienia w dniu 23.01.2025 r. Do wyjaśnień wykonawcy Probud nie przedłożył żadnych dowodów uzasadniających przyjęte ceny i wartości. Odwołujący zwrócił uwagę, że załącznikami do wyjaśnień były: referencje; umowa z PFRON z 2011 r. na dofinansowanie utworzenia stanowiska pracy; umowa z Gminą Miasta Szczecin z 2013 r. na dofinansowanie utworzonego stanowiska pracy; decyzja w sprawie subwencji finansowej z 2020 r.; umowa z Powiatowym Urzędem Pracy w Szczecinie z 2007 r. na dofinansowanie stanowiska pracy; umowa z Powiatowym Urzędem Pracy w Szczecinie z 2008 r. na dofinansowanie stanowiska pracy; umowa z Powiatowym Urzędem Pracy w Szczecinie z 2015 r. na dofinansowanie stanowiska pracy; obliczenie dotyczące kosztów pracy pracownika przy przyjęciu wynagrodzenia 8 549,18 PLN brutto; cennik usług xero podmiotu zewnętrznego; uprawnienia budowlane p. T.G.; publikacja GUS w sprawie średniego miesięcznego wynagrodzenia w 4 kwartale 2024 r.

W ocenie Odwołującego odmówić należy jakiejkolwiek mocy dowodowej umowom o dofinansowanie stanowiska pracy czy otrzymaniu subwencji finansowej. Po pierwsze dlatego, że dotyczą one sytuacji historycznych (kilka lub kilkanaście lat wstecz) i nie mają żadnego związku z ofertą w tym konkretnym postępowaniu. Oczywiście przecież jest, że zawierając umowę o dofinansowanie stanowiska pracy (na okres 3 lat) w roku 2007, wykonawca Probud nie mógł przewidzieć, że w 2025 roku (a więc 18 lat później) złoży ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego i to pozwoli mu obniżyć cenę oferty. Po drugie, umowy te zostały już dawno skonsumowane. Nawet biorąc pod uwagę najświeższą umowę, to była ona z 2015 roku i obejmowała 3-letni okres realizacji. Oznacza to, że wygasła w 2018 roku (zatem – ponad 6 lat temu).

Zdaniem Odwołującego pozostałe dowody również nie uzasadniają ceny ofertowej czy wartości ceny jednostkowej przyjętej przez wykonawcę Probud do kalkulacji. Nie da się bowiem przełożyć referencji czy uprawnień danej osoby na oferowaną stawkę cenową.

Odwołujący podniósł, że cena przy wyliczeniach Probud winna wynosić:

1)Robocizna – 37,20 zł x 20.210 = 751.812 zł (60%)

2)Sprzęt –125.302 zł (10%)

3)Materiał – 62.651 zł (5%)

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że bez jakiegokolwiek zysku – cena winna wynosić 939.765 zł. W konsekwencji, tylko w tym zakresie, wykonawca Probud zaniżył wartość oferty o 226.365 zł (939.765 – 713.400). Gdyby doliczyć do powyższych działań procent zakładanego przez wykonawcę Probud zysku (25%), oznaczałoby to, że dodać do oferty należy 313.255 zł. W takiej sytuacji, cena oferty wykonawcy Probud byłaby zaniżona łącznie o 539.620 zł.

Zarzut nr 3

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie jest prawidłowo zabezpieczony wadium – z uwagi na możliwy brak jego realizacji bowiem z treści gwarancji wynika, że *Wezwanie do wypłaty wadium musi zostać doręczone do Funduszu w terminie do 1 (jednego) dnia roboczego od upływu terminu obowiązywania niniejszego poręczenia wadiumnego*.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jeżeli Zamawiający w jakimkolwiek dniu związania ofertą zdecydował się na zatrzymanie wadium, to możliwość realizacji tego uprawnienia jest uwarunkowana nie tylko złożeniem odpowiedniego oświadczenia przez Zamawiającego, ale jeszcze dostarczenia (na co przecież Zamawiający nie ma wpływu) tego żądania w niezwykle krótkim terminie. W konsekwencji, nawet, jeśli uprzednio Zamawiający złożyłby żądanie zapłaty, a w międzyczasie upłyne okres obowiązywania gwarancji, to gwarant może uchylić się od zapłaty, zgodnie z jej treścią. Wygaśnięcie gwarancji automatycznie i całkowicie oznacza brak podstawy do zapłaty.

Zarzut nr 4

W ocenie Odwołującego, nie powinno ulegać wątpliwości, że wykonawca Probud nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący podniósł, że na etapie procedury badania i oceny ofert (a dokładniej – badania podmiotowego wykonawcy Probud), wykonawca Probud próbował przedstawić posiadane przez siebie doświadczenie w ten sposób, że wykazane zostało spełnienie warunków udziału w postępowaniu – choć w istocie wykonawca Probud takiego doświadczenia nie posiada.

Odwołujący wskazał usługę, która miała zostać zrealizowana w ramach inwestycji Uniwersytetu im. A.M. w Poznaniu. Odwołujący dotarł do dokumentu, który w zupełnie innym świetle przedstawia realizację inwestycji, tj.:

- 1)stroną umowy w zakresie wykonania prac projektowych był „T.G.”, a nie „PROBUD Firma Projektowo-Budowlana Sp. z o.o. Sp. komandytowa”;
- 2)w związku z pkt 1, „PROBUD Firma Projektowo-Budowlana Sp. z o.o. Sp. komandytowa” nie mogła wystawić referencji na rzecz „T.G.” za realizację tej usługi;
- 3)pomiędzy Generalnym Wykonawcą (ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp.k.) a „T.G.” doszło do porozumienia rozwiązującego łączącą te podmioty umowę w zakresie realizacji usługi – prace nie zostały wykonane w całości przez „T.G.”. Część prac została zrealizowana następnie przez inny podmiot – i na podstawie prac projektowych dokonanych przez inny podmiot prowadzone były roboty budowlane.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca Probud posiadał wszelkie informacje dotyczące historii tej usługi – w zakresie podmiotu realizującego, jak i całkowitego przedmiotu. W związku z tym, winien przedstawić prawdziwe informacje. Z sobie tylko znanych powodów, wykonawca Probud przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące posiadanego doświadczenia.

Również w zakresie drugiej usługi, realizowanej na rzecz Komendy Stołecznej Policji, wykonawca Probud przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące posiadanego doświadczenia. Usługa ta dotyczyła prac projektowych dla dwóch budynków – a Zamawiający w warunku wymagał usługi dla jednego budynku. Nie wiadomo przy tym, jakie wartości dotyczące wynagrodzenia zostały ustalone za wykonanie dokumentacji projektowej dla jednego lub drugiego budynku. Gdyby jednak przyjąć wartości proporcjonalne do powierzchni tychże budynków, to wartość prac dla Starego Pałacu wynosiłaby ok. 477.253,50 zł, a dla Nowego Pałacu wynosiłaby ok. 399.736,50 zł. Oznacza to, że żaden budynek nie posiadał prac projektowych powyżej 500 000,00zł brutto. Wykonawca Probud musiał być świadomy takiego zakresu prac, a mimo to próbował przekonać Zamawiającego (skutecznie – wszakże Zamawiający potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Probud) co do posiadanego zakresu doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Probud powołuje się na informacje wskazujące na posiadanie przez siebie określonego doświadczenia na spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego doświadczenia – wprowadzającym w tym zakresie w błąd Zamawiającego. Oznacza to wprost, że takie działanie jest wypełnia przesłanki wskazane w przepisach UZNK, w szczególności w art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 3 pkt 1).

Zarzut nr 5 - ewentualny

Odwołujący wskazał, że gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła odwołania w zakresie wcześniejszych zarzutów, to Odwołujący wskazuje na konieczność wezwania do uzupełnienia w zakresie posiadanego doświadczenia (zdolności technicznych) wykonawcy Probud – zgodnie z argumentacją przedstawioną w punktach 2.35

– 2.49 odwołania.

Pismem z dnia 20 lutego 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Z kolei pismem z dnia 21 lutego 2025 r. Zamawiający wniósł opozycję twierdząc, że zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Wykonawca Aleksander Mirek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.M. ZESPÓŁ PROJEKTOWY INWESTYCYJNY KONTRAPUNKT-PROJEKT zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wykonawca Tomasz Graf prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.F. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawców. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego. Tym samym Izba oddaliła opozycję Zamawiającego. Izba uznała, że wykonawca Aleksander Mirek wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Pismem z dnia 24 lutego 2025 r. uczestnik postępowania Tomasz Graf wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem oraz na posiedzeniu, tj.: porozumienie z dnia 30 stycznia 2023 r.; pismo Uniwersytetu A.M. w Poznaniu z dnia 12 lutego 2025 r.; wydruk wiadomości mejlowej z firmą ALSTAL *na fakt*: wykonania przez T.G. dokumentacji o której mowa w wykazie usług, nienależytego wykonania rzeczowej usługi.
2. Uczestnika postępowania na posiedzeniu, tj.:
 - a) pismo Komendanta Stołecznego Policji z dnia 24 lutego 2025 r. *na fakt*: wartości za opracowanie dokumentacji projektowej z rozbiorem na poszczególne budynki;
 - b) oświadczenie do udzielonego poręczenia wadium nr 11/00001/2025/W/E z dnia 24 lutego 2025 r. *na fakt*: prawidłowego wniesienia wadium;
 - c) umowa nr 01/2021/597/17724 wraz z załącznikami, aneksem do umowy oraz fakturami; porozumienie z dnia 30 stycznia 2023 r. *na fakt*: że to firma ALSTAL była generalnym wykonawcą usługi na rzecz Uniwersytetu A.M. w Poznaniu, należytego wykonania usługi;
 - d) pozwolenie nr 990/221 na prowadzenie robót budowlanych; decyzja nr 1708/2021 *na fakt*: wykonania przez T.G. dokumentacji na rzecz Uniwersytetu A.M. w Poznaniu o której mowa w wykazie usług

Izba za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy uznała dowód w postaci potwierdzenia realizacji prac projektowych na rzecz Powiatu Wrocławskiego. Przedmiotowa usługa nie została ujęta w wykazie usług.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej budowy kompleksu oświatowo-warsztatowego dla Zespołu Szkół Budowlanych w Zakopanem.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 7 stycznia 2025 r. w postępowaniu złożono sześć ofert.

Pismem z dnia 17 stycznia 2025 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ustawy Pzp, wezwał m.in. T.G. do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny.

Pismem z dnia 23 stycznia 2025 r. Tomasz Graf ustosunkował się do wezwania i złożył wyjaśnienia. Do wyjaśnień załączył: referencje; umowy na dofinansowanie utworzenia stanowiska pracy; decyzja w sprawie subwencji finansowej; szczegółowa wycena prac projektowych obliczenie dotyczące kosztów pracy pracownika; przykładowa wycena usług ksero; uprawnienia budowlane; wskaźnik przeciętnego wynagrodzenia brutto GUS.

Treść wezwania oraz wyjaśnień nie była sporna. Powtarzanie treści ww. pism, z uwagi na ich obszerność oraz przytoczenie fragmentów w odwołaniu, Izba uznała za zbędne.

Zgodnie z rozdziałem 10 pkt 10.1 pkt 4 lit. a specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) *O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, wobec których nie zachodzi podstawa do wykluczenia z postępowania, o których mowa powyżej w punkcie 9 niniejszej SWZ oraz spełniają poniższe warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*

4) *Zdolności technicznej lub zawodowej:*

a) *wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej dwie usługi w zakresie opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej na budowę lub przebudowę budynku w myśl ustawy z dnia 07 lipca 1994 roku – Prawo budowlane, zatwierdzonej pozytywną decyzją pozwolenia na budowę o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto każda (słownie złotych: pięćset tysięcy).*

Pismem z dnia 14 stycznia 2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał uczestnika T.G. do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na wezwanie Tomasz Graf przedłożył m.in. wykaz wykonanych usług, stanowiący załącznik nr 6 do SWZ.

W wykazie Tomasz Graf wskazał:

1.Nazwa (Wykonawcy) podmiotu wykazującego spełnianie warunku	PROBUD Firma Projektowo- Budowlana Tomasz Graf
Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana	Komenda Stołeczna Policji w Warszawie
Elementy, które winna zawierać wykonana usługa	Czy zamówienie dotyczyło wykonania usługi w zakresie opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej na budowę lub przebudowę budynku w myśl ustawy z dnia 07 lipca 1994 roku – Prawo budowlane, zatwierdzonej pozytywną decyzją pozwolenia na budowę, o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto?
Wartość usługi	TAK* / NIE* 876 990,00 zł.
Czas realizacji początek i koniec (d/m/r)	od 28.06.2021r. do 20.02.2023r.
2.Nazwa (Wykonawcy) podmiotu wykazującego spełnianie warunku	PROBUD Firma Projektowo- Budowlana Tomasz Graf
Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana	PROBUD Firma Projektowo-Budowlana Sp. z o.o. Sp. komandytowa
Elementy, które winna zawierać wykonana usługa	Generalny wykonawca Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. Komandytowa Czy zamówienie dotyczyło wykonania usługi w zakresie opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej na budowę lub przebudowę budynku w myśl ustawy z dnia 07 lipca 1994 roku – Prawo budowlane, zatwierdzonej pozytywną decyzją pozwolenia na budowę, o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto?
Wartość usługi	TAK* / NIE* 504.915,00 zł.
Czas realizacji początek i koniec (d/m/r)	od 14.05.2021r. do 30.01.2023r.

Do wykazu usług uczestnik Tomasz Graf załączył referencje wystawione przez Komendanta Stołecznego Policji oraz PROBUD Firma Projektowo – Budowlana Sp. z o.o. Sp. Komandytowa z siedzibą w Szczecinie.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zobowiązał wykonawców do wniesienia wadium w wysokości 30 000 PLN. Uczestnik Tomasz Graf do oferty załączył oświadczenie „Fundusz Pomerania” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie o udzielenie poręczenia wadium nr 11/00001/2025/W/E. Zgodnie z § 3 ust. 3 oświadczenia *Wezwanie do wypłaty wadium musi zostać doręczone do Funduszu w terminie do 1 (jednego) dnia roboczego od upływu terminu obowiązywania niniejszego poręczenia wadialnego.*

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny, sporna była jedynie jego ocena prawna. Oś sporu koncentrowała się wokół oceny wyjaśnień udzielonych przez uczestnika T.G. w zakresie wyliczenia ceny, skuteczności wniesienia wadium oraz wprowadzenia w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu ewentualnego oznaczanego jako nr 5 w *petitum* odwołania.

Zarzut nr 5 – naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Celem wezwania, o którym mowa powyżej, jest umożliwienie wykonawcy, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych, lub przedłożone przez niego środki dowodowe nie potwierdzają swoją treścią spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia.

Twierdzenia Odwołującego, że Tomasz Graf nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zasługiwały na uwzględnienie. Poza sporem było to, że Tomasz Graf wykonał dokumentację wskazaną w wykazie usług. Usługi te nie były wykonane na rzecz PROBUD Firma Projektowo – Budowlana Sp. z o.o. Sp. komandytowa ale na rzecz generalnego wykonawcy, tj. Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. komandytowa. Przy czym ww. uczestnik nie przedłożył referencji wystawionych przez generalnego wykonawcy, tj. firmy Alstal. Tomasz Graf nawet nie próbował wykazać, że takowych referencji pozyskać nie może. W konsekwencji Tomasz Graf nie wykazał, że wykonał wskazaną usługę należycie i z tego też względu Izba nakazała Zamawiającemu, w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwać uczestnika postępowania T.G. do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Kończąc wątek wykazu usług – odnośnie usługi wykonanej na rzecz Komendy Stołecznej Policji – z przedłożonego przez Uczestnika postępowania pisma Komendanta Stołecznego Policji wynika, że wartość opracowania dokumentacji projektowej budynku „Starego Pałacu” przekracza 500 000 zł. W zakresie wskazanej usługi, Zamawiający powinien wezwać Uczestnika do złożenia wyjaśnień. Jednak zarzutu takiego Odwołujący nie podniósł, a uczestnik Tomasz Graf, na etapie postępowania odwoławczego, przedłożył pismo z którego wynika wartość za opracowanie dokumentacji jednego budynku.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Twierdzenia Odwołującego, że to jego oferta powinna być najwyższej oceniona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na tym etapie postępowania, jest przedwczesne.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp:

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. 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.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Oczywistym jest, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Powyższe nie zwalnia jednak Odwołującego z konieczności uzasadnienia zarzutu w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania. Odwołujący de facto cały zarzut oparł na tym, że nie mają mocy dowodowej umowy o dofinansowanie stanowiska pracy czy otrzymaniu subwencji, m.in. dlatego, że dotyczą one sytuacji historycznych. Odwołujący całkowicie pominął, że Uczestnik postępowania wskazał, że właśnie dzięki dofinansowaniu ponosi niższe koszty sprzętu – przypisując każdorazowo sprzęt do umowy i wskazując jakie w tym zakresie poczynił oszczędności. Zatem sam fakt, że umowy są, kolokwialnie rzecz ujmując „stare” nie oznacza automatycznie, że nie mają żadnej wartości dowodowej. Wręcz przeciwnie, skoro dzięki dofinansowaniu Uczestnik posiada niezbędny sprzęt i nie musi ponosić dodatkowych kosztów w tym zakresie. Nadto Uczestnik postępowania powołuje się na wykonanie przedmiotu zamówienia siłami własnymi. I ostatnia kwestia na którą Izba zwróciła uwagę to bardzo mała różnica cenowa między ofertą Uczestnika a Odwołującego i wartością całej oferty.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp

Art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wykonawca nie wniósł wadium,*

lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wskazał w specyfikacji warunków zamówienia dodatkowych warunków dotyczących wadium.

Poręczenie wadium uczestnika T.G. jest zgodne z powyższym, zatem wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy.

Zarzut nr 4 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie ulega wątpliwości, że PROBUD Firma Projektowo – Budowlana Sp. z o.o. Sp. komandytowa nie mogła wystawić referencji na rzecz wykonawcy T.G.. Skąd taki pomysł zrodził się u Uczestnika postępowania, tego racjonalnie wyjaśnić nie potrafił. Z oczywistych względów takie rzeczy nie powinny mieć miejsca, jednak Odwołującemu nie udało się wykazać, że Uczestnik postępowania dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba wzięła pod uwagę fakt, że Uczestnik postępowania zarówno w wykazie usług, jak i w referencjach (które nota bene sam sobie wystawił) wskazał wprost, że generalnym wykonawcą była firma Alstal oraz to, że Tomasz Graf (co było bezsporne) wykonał projekt budowlany i wykonawczy w ramach inwestycji Uniwersytetu im. A.M. w Poznaniu.

Odwołujący stawiając zarzut zaniechania odrzucenia oferty Uczestnika postępowania powołał się na art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Dopiero w treści uzasadnienia, w pkt 2.46 oraz 2.49 wskazał, że takie działanie uczestnika wypełnia przesłanki wskazane w przepisach UZNK, w szczególności w art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 3 pkt 1 UZNK. Odwołujący, stawiając tak poważny zarzut jakim jest czyn nieuczciwej konkurencji, obowiązany był wykazać nie tylko sprzeczność z dobrymi obyczajami ale również pozostałe przesłanki wskazane w art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 3 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przedkładając powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, Odwołujący w treści uzasadnienia wskazał m.in., że *narażony jest interes Zamawiającego, który może wybrać do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie jest w stanie w sposób prawidłowy zrealizować przedmiot zamówienia.* Argumentacja powyższa jest niezasadna, bo przecież poza sporem było to, że Tomasz Graf posiada odpowiednie doświadczenie, bowiem wykonał dokumentację dla zadania „Przebudowa i adaptacja budynku „Koszarowca” wraz z zagospodarowaniem terenu przy al. Niepodległości 53 w Poznaniu na potrzeby Wydziału Prawa UAM w Poznaniu”. Z materiału zgromadzonego w sprawie wynika, że zostało uzyskane pozwolenie na prowadzenie prac konserwatorskich i robót budowlanych, został zatwierdzony projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz projekt architektoniczno-budowlany i została udzielona pozwolenie na budowę. Co istotne, i warte powtórzenia, Tomasz Graf w wykazie usług wskazał generalnego wykonawcę – spółkę Alstal.

Z kolei do art. 14 ust. 1 i 3 UZNK Odwołujący w ogóle się nie odniósł.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 2 oraz ust. 3 i ust. 6 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. a, lit. b i lit. d 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.

Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród pięciu zarzutów jeden okazał się zasadny, zaś cztery - niezasadne. Sprawa toczyła się w całości ze sprzeciwu. Spór toczył się tylko między wykonawcą BBC BEST BUILDING CONSULTANTS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie a uczestnikiem T.G. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą P.F..

Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem ww. wykonawca w części 4/5 i uczestnik w części 1/5. Na koszty postępowania składał się: wpis od odwołania uiszczony przez wykonawcę w kwocie 15 000 PLN, koszt wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN oraz koszty poniesione przez uczestnika postępowania, tj.: 3 600 PLN tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, 17 PLN tytułem opłaty skarbowej, 666 PLN tytułem dojazdu i noclegu. Łącznie koszty postępowania odwoławczego wyniosły 22 883 PLN.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 PLN - tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia swego pełnomocnika (15 000 PLN + 3 600 PLN), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 18 306,40 PLN (22 883 PLN x 4/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od uczestnika postępowania na rzecz wykonawcy (po zaokrągleniu na podstawie § 7 pkt 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania) kwotę 294 PLN (18 600 PLN – 18 306,40 PLN), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez wykonawcę, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: