

WYROK

Warszawa, 18 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 marca 2025 r. przez wykonawcę

IJOT Sp. z o.o. Wrocław (KRS: 377941) ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

M.T. - Deepwater M.T. Lubin

orzeka:

Oddala odwołanie

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego koszty odwołującego: 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika, 800 zł 00 gr (osiemset złotych zero groszy) dojazdu na posiedzenie i 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu (dalej zamawiający) na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024r. poz. 1320) (dalej Ustawa lub Pzp) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na zadanie pod nazwą: „Utrzymanie i konserwacja wyposażenia przejść podziemnych i tuneli pieszo-rowerowych na terenie miasta Wrocławia z podziałem na części” w tym: Część 1: utrzymanie i konserwacja wyposażenia przejść podziemnych i tuneli pieszo- rowerowych bez przepompowni, Część 2: utrzymanie i konserwacja wyposażenia przejść podziemnych i tuneli pieszo-rowerowych z przepompownią”, TXZ.262.7.2025 (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

25 marca 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie IJOT sp. z o.o. Wrocław (ul. Stanisława Piłata 5, 51-605 Wrocław, KRS 0000377941) (dalej odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności zamawiającego.

28 marca 2025 r. , w związku z udostępnieniem przez zamawiającego informacji o wniesieniu odwołania zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza M.T. - Deepwater M.T. (ul. Krupińskiego 35/7 59-300 Lubin, NIP: 692 252 84 45) (dalej przystępujący). Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenia przystąpienia za skuteczne.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu niezgodne z Ustawą zaniechanie wykluczenia przystępującego i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego a w konsekwencji nieprawidłową czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie unieważnienia Postępowania w częściach zaskarżonych i podnosił naruszenie: art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; art. 99 ust. 1 Pzp poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia i posługiwanie się pojęciami niezdefiniowanymi w przepisach prawa; art. 112 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niepozwalający na jednoznaczną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia; art. 116 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób niejednoznaczny, przy użyciu pojęć nieostrych i niezdefiniowanych w przepisach; art. 224 ust. 1-2 Pzp poprzez zaniechanie wszechstronnego i obiektywnego ocenienia wyjaśnienia przystępującego dot. rażąco niskiej ceny oferty w zakresie części 1 i 2 zamówienia; art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i c Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dla części 1 i 2 zamówienia oraz

podlega wykluczeniu; art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy przystępującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do części przedmiotu zamówienia; art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w oparciu o określone w dokumentach zamówienia kryteria oceny ofert; art. 7 pkt 1 w zw. z art. 130 Pzp poprzez wadliwe ustalenie wartości zamówienia nieuwzględniające pełnego zakresu niezbędnych prac, w tym niezbędnych dla realizacji zasobów i kwalifikacji, co mogło wpłynąć na tryb udzielenia zamówienia; art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który podlega wykluczeniu na tej podstawie; art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Odwolujący wskazywał, że zarzuty formułowane względem SWZ i wartości szacunkowej odnoszą się do zarzutu zaniechania unieważnienia Postępowania.

Odwolujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2 zamówienia; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 i 2 zamówienia; wykluczenia przystępującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp z Postępowania w zakresie części 1 i 2 zamówienia; odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2, 5 i 10 Pzp w zakresie części 1 i 2 zamówienia; prawidłowej oceny wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny oferty w zakresie części 1 i 2 zamówienia i odrzucenie oferty tego wykonawcy; powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a w przypadku uznania, że dokumentacja Postępowania wymaga doprecyzowania - unieważnienie postępowania w zakresie części 1 i 2.

Zamawiając wnosił o odrzucenie zarzutów dotyczących SWZ i wartości szacunkowej zamówienia i oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika, na podstawie zebranego materiału w sprawie w postaci dokumentacji Postępowania (szczegółności SWZ wraz z załącznikami i oferty przystępującego, wezwania i wyjaśnień rażąco niskiej ceny) z uwzględnieniem stanowisk stron i uczestnika Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Izba ustaliła, że nie zostały wypełnione przesłanki, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów Ustawy, co wypełnia materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Strony i uczestnik powoływali się na dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, ofertę przystępującego oraz złożone środki dowodowe, wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, odpowiedź przystępującego i decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący przedłożył dodatkowo:

- 3 zdjęcia jednej z lokalizacji zamawiającego przedstawiające korytarz z oświetleniem i podwieszanym sufitem z kratownic oraz wymianę oświetlenia na okoliczność tego, w jaki sposób naprawia się lub konserwuje oświetlenie w tym obiekcie. Izba stwierdza, że zdjęcia nie są przydatne dla ustalenia treści warunku udziału w postępowaniu i pomija w tym zakresie, jako że obrazują jedynie jak w jednej lokalizacji zamawiającego wygląda montaż oświetlenia

- 9 zdjęć niektórych lokalizacji z wykazu przystępującego wejść do podziemnych zbiorników na okoliczność tego, że obiekty te nie są zgodne z referencyjnymi jako że nie są obiektami inżynierskimi drogowymi kubaturowymi. Izba stwierdza, że zdjęcia nie są przydatne dla ustalenia treści warunku udziału w postępowaniu. Wobec zgodnych oświadczeń stron i uczestnika izba ustaliła również, że zdjęcia obrazują wejścia do kubaturowych podziemnych zbiorników, których obsługę wskazano jako referencyjnych w wykazie przystępującego.

Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie. Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów zachowaniem zamawiającego wobec tego, że okoliczności, na których opierały się zarzuty nie znalazły odzwierciedlenia w dokumentach postępowania. Odwołujący nie przedłożył także dowodów wystarczających do wykazania twierdzeń, na których oparł zarzuty.

Izba wskazuje, że zarzut odnoszący się do zaniechania wykluczenia przystępującego wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu sprowadzał się do przywołania treści danego warunku udziału w postępowaniu z SWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia z SWZ, który wskazywał na odpowiednio:

- szczególne cechy obiektów zamawiającego lub
- zakresy obowiązków wykonawcy,

i odpowiednio na to, że:

- usługi wskazane jako referencyjne nie dotyczyły obsługi obiektów rodzajowo analogicznych do objętych usługą w

ramach przedmiotu zamówienia oraz, że obsługa obiektów z wykazu nie jest tożsama z obsługą obiektów zamawiającego i nie dotyczy pomp obiegowych (cyrkulacyjnych) obiegu zamkniętego lub

- zakresy obowiązków wykonawcy z opisu przedmiotu zamówienia wykluczają możliwość zrealizowania usługi przez jedną osobę i SWZ wymaga minimum czterech osób, bo zamawiający użył w warunku liczby mnogiej słowa „osób” a wykonanie prac jednoosobowo nie jest możliwe a przystępujący w wykazie wskazał tylko jedną osobę (samego siebie) jako posiadającą każde z wymaganych uprawnień, co wskazuje na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwolujący powoływał się na warunek z pkt 5.4. lit. c) i d) ogłoszenia zgodnie z którym zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca w części 2 (podkreślenia własne):

"c) wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na kompleksowym utrzymaniu obiektu inżynierskiego lub kubaturowego, obejmujące prace związane z obsługą przepompowni i konserwacją pomp obiegowych oraz urządzeń energetycznych wraz z instalacją elektryczną oraz prace związane z czyszczeniem infrastruktury odwodnienia;

d) dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:

- osobą ze świadectwem kwalifikacyjnym uprawniającym do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji sieci na stanowisku eksploatacji w zakresie: konserwacji, napraw, kontrolno-pomiarowym, montażowym dla urządzeń, instalacji i sieci zgodnie z obowiązującymi przepisami:

- osobą z uprawnieniami SEP (względnie innej komisji powołanej zgodnie z obowiązującymi przepisami) do wykonywania pracy na stanowisku „DOZORU” na sieciach niskiego napięcia;

- osobą z uprawnieniami SEP (względnie innej komisji powołanej zgodnie z obowiązującymi przepisami) do wykonywania pracy na stanowisku „EKSPLOATACJI” na sieciach niskiego napięcia;

- osobą z uprawnieniami SEP (względnie innej komisji powołanej zgodnie z obowiązującymi przepisami) do wykonywania pracy na stanowisku „EKSPLOATACJI” do obsługi pomp obiegowych."

Jednocześnie dla części 1 warunki były tożsame jak dla części 2, z tym że dla części 2 warunki określono bardziej rygorystyczne niż dla części 1, bo w części 2 wymagane jest dodatkowo doświadczenie w zakresie "obsługi przepompowni i konserwacji pomp obiegowych", a także dysponowanie dodatkową osobą z uprawnieniami SEP do obsługi pomp obiegowych.

Izba ustaliła, że przystępujący przedłożył wykaz usług, który dla części 1 i 2 zamówienia wskazuje dwa zamówienia:

1."Przegląd, monitoring i serwis przepompowni wód opadowych i roztopowych zlokalizowanych na terenie gminy Siechnice" realizowane dla Burmistrza Siechnic w okresie 15.04.2024 r. - 15.06.2025 r. (dalej Przepompownia Siechnice)

2."Cao roczne utrzymanie, przeglądy, naprawy, konserwacje i remonty - przepompownia Ostaszów" realizowane dla PGW WP Zarząd Zlewni w Lwówku Śląskim w okresie 14.06.2024 r. - 28.02.2025 r. (dalej Przepompownia Ostaszów)

Przepompownie Siechnice i Ostaszów nie są obiektami inżynierskimi drogowymi, co było bezsporne w sprawie.

Izba ustaliła również, że przystępujący przedłożył wykaz osób, który dla części 1 i 2 zamówienia wskazywał jedną osobę – przystępującego – jako posiadającego wymagane SWZ uprawnienia. Fakt posiadania uprawnień nie był kwestionowany odwołaniem i potwierdzały go złożone w Postępowaniu kopie poświadczeń kwalifikacji.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Niezgodność z warunkiem postępowania polega na przedstawieniu oferty przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanym SWZ. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty

konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność, czyli co i w jaki sposób nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami udziału. W niniejszym przypadku SWZ nie pozwala na przyjęcie założenia odwołującego, co do treści objętych zarzutami warunków.

W zakresie pierwszego z warunków odwołujący podkreślał, że obiekty, które były przedmiotem wykazanych usług, nie są obiektami inżynierskimi ani kubaturowymi w rozumieniu warunków zamówienia. Odwołujący założył, że obiekty, które stanowić mają przedmiot usługi referencyjnej mają odpowiadać obiektom zamawiającego. Skoro obiekty zamawiającego podlegające utrzymaniu stanowią przejścia podziemne i tunele pieszo- rowerowe z przepompownią lub bez a więc są inżynierskimi obiektami drogowymi, to usługą referencyjną będzie jedynie taka, której przedmiotem była obsługa obiektów inżynierskich drogowych.

Izba stwierdza, że okoliczność, że wykazane obiekty są obiektami kubaturowymi nie była sporna pomiędzy stronami podobnie jak to, że przedmiot zamówienia dotyczy obsługi przejść podziemnych i tuneli pieszo- rowerowych z przepompownią lub bez a więc obiektów kubaturowych będących inżynierskimi obiektami drogowymi. SWZ nie zawierał definicji obiektu kubaturowego, w szczególności tego, że zaliczane jako zgodne z referencyjnymi będą jedynie usługi określonego typu obiektów drogowych. Brzmienie warunku jest takiego rodzaju, że nie pozwala na założenie referencyjności ograniczonej do obsługi obiektu drogowego.

Izba wskazuje również, że zgodnie z art. 112 ust. 12 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Istotą warunku udziału w postępowaniu jest więc określenie minimalnego względem przedmiotu zamówienia doświadczenia wykonawcy wymaganego przez zamawiającego dającego rękojmię posiadania kompetencji dla realizacji przedmiotu zamówienia. Warunek powinien pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Nieokreślenie jednak warunków, jak i określenie ich na poziomie niższym niż jest to dopuszczalne z uwagi na przedmiot zamówienia, nie stanowi naruszenia przepisów Ustawy. Nie ma także podstaw do rozszerzającej wykładni warunku w taki sposób, by zaostrzać wymagania. Treść SWZ nie precyzuje rodzaju obiektów inżynierskich kubaturowych, w jakich obsłudze doświadczenie posiadać mają wykonawcy. W sprawie nie ma więc podstaw do przyjęcia, że SWZ nakłada na wykonawców obowiązek wykazania doświadczenia w obsłudze obiektów inżynierskich drogowych ani podobnych lub tym bardziej tożsamy do objętych przedmiotem zamówienia.

Dla części 2 zamówienia odwołujący wskazywał dodatkowo, że usługi z wykazu nie dotyczyły obsługi przepompowni z pompami obiegowymi w rozumieniu SWZ gdyż:

- Przepompownia Siechnice jest przepompownią z prostymi zbiornikami retencyjnymi „z pompami zatapialnymi, które mają całkowicie odmienną charakterystykę i funkcje niż pompy obiegowe (cyrkulacyjne) stosowane w systemach odwodnienia przejść podziemnych. Pompy obiegowe, wymagane w warunkach dla części 2 zamówienia, są przeznaczone do ciągłej pracy w systemach zamkniętych, natomiast pompy zatapialne w przepompowniach wód opadowych pracują okresowo w systemach otwartych”

- Przepompownia Ostaszów stanowi obiekt, co do którego z dokumentów złożonych przez przystępującego nie wynika moc i rodzaj zainstalowanych pomp oraz technologii odwodnienia.

Odwołujący podkreślał tutaj odmienny charakter i cel pomp stosowanych w obiektach zamawiającego a pomp z Przepompowni Siechnice i Ostaszów. Wskazywał, że: „Zgodnie z SWZ dla części 2, wymagane było doświadczenie w "konserwacji pomp obiegowych", podczas gdy:

- W przepompowniach wód opadowych (referencje z Siechnic) stosuje się pompy zatapialne pracujące w układzie otwartym, których zadaniem jest odprowadzanie nadmiaru wody opadowej po jej zebraniu w zbiorniku.

- W przejściach podziemnych z przepompowniami (przedmiot zamówienia) stosuje się specjalistyczne pompy obiegowe pracujące w układzie zamkniętym, które muszą działać w sposób ciągły, aby zapobiegać gromadzeniu się wody w przejściach użytkowanych przez pieszych.

Różnica ta ma kluczowe znaczenie techniczne - pompy obiegowe wymagają innej wiedzy specjalistycznej, innych umiejętności konserwacyjnych oraz innego podejścia do utrzymania niż pompy zatapialne w przepompowniach wód opadowych.”

Izba stwierdza tutaj, że twierdzenia odwołującego w zakresie różnic w obsłudze pomp z obiegu zamkniętego i pomp pracujących w obiegu otwartym nie została wykazana. Odwołujący nie wykazał również, że pompy zamawiającego to pompy obiegowe układu zamkniętego – cyrkulacyjne. Izba w tym zakresie dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego, spójnym z logiką i doświadczeniem życiowym, że, co nie było sporne w każdym układzie otwartym i zamkniętym mogą zostać zamontowane takie same pompy, stąd obsługa takiej samej pompy w zależności od rodzaju obiegu (zamknięty czy otwarty) nie różni się. Ponad to układy zamknięte stosuje się w przypadku transportu energii cieplnej (ogrzewanie podłogowe, układ chłodzenia w samochodzie itp.). Celem pomp przepompowni jest odpompowanie nadmiernej ilości wody i podniesienie wysokości słupa wody na taką wysokość aby dalej woda mogła płynąć grawitacyjne

kanalizacją burzową w systemie tym brak jest pomp obiegowych rozumianych jako cyrkulacyjnych stosowanych dla obiegu zamkniętego.

Izba dała także wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, znajdującym oparcie w brzmieniu SWZ wobec braku definicji pompy obiegowej w SWZ i braku definicji pompy obiegowej w przepisach, a także charakteru i celu pomp zamawiającego, że założeniem SWZ było oczekiwanie od wykonawców doświadczenia przy konserwacji pomp obiegowych rozumianych jako pompy służące przepompowywaniu cieczy z jednego zbiornika do drugiego niezależnie od tego, czy ciecz ta ostatecznie wraca do danej pompy (obieg zamknięty) czy też trafia poza obieg a więc niezależnie od tego czy służą w obiegu zamkniętym czy otwartym.

W tym zakresie izba stwierdza jednak, że powyższe okoliczności oraz to, że pojęcie „pompa obiegowa” rozumiane było inaczej przez zamawiającego i uczestnika postępowania oraz odwołującego wskazuje na niejednoznaczność w tym zakresie zapisu SWZ. Przeciwno interpretacji pojęcia „pompa obiegowa” jako zamontowana w układzie zamkniętym cyrkulacyjnym przemawia również, niesporny pomiędzy stronami a podniesiony przez odwołującego fakt, że „warunek dotyczący dysponowania "osobą z uprawnieniami SEP do wykonywania pracy na stanowisku 'EKSPLOATACJI' do obsługi pomp obiegowych" (dla części 2) jest nieprecyzyjny, gdyż nie istnieje formalnie zdefiniowana w przepisach prawa kategoria uprawnień SEP specyficznie dedykowana obsłudze pomp obiegowych. Uprawnienia SEP dotyczą ogólnie urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych, a nie konkretnie pomp obiegowych.” a dla pomp cyrkulacyjnych w ogóle takie uprawnienie SEP nie jest nadawane.

Izba stwierdza, że brzmienie warunku, analogicznie jak w odniesieniu do uzasadnienie oddalenia zarzutu dotyczącego rodzaju obiektu referencyjnego, jest takiego rodzaju, że nie pozwala na ograniczenie referencyjności do obsługi pomp obiegowych rozumianych jako pracujących w obiegu zamkniętym - cyrkulacyjnym. Zamawiający posłużył się terminem „pompa obiegowa” nie ustalając jego znaczenia i nie ograniczając oczekiwanego doświadczenia do obsługi pomp obiegowych cyrkulacyjnych – w obiegu zamkniętym. Taka wykładania pojęcia nieostrego stałaby w sprzeczności z istotą warunku udziału w postępowaniu, którym jest wyznaczenie minimalnych i proporcjonalnych względem przedmiotu zamówienia wymagań.

W zakresie warunku dotyczącego osób, którymi dysponuje wykonawca do realizacji zamówienia izba wskazuje, że SWZ nie wskazuje minimalnej liczby osób do realizacji zamówienia, a w szczególności konieczności dysponowania co najmniej czterema, z których każda posiada po jednym uprawnieniu wymienionym w warunku udziału w postępowaniu. Zastosowanie przez zamawiającego liczby mnogiej w warunku może być co najwyżej rozumiane jako wprowadzające niejednoznaczność zapisu. Odwołujący nie wykazał także, że wykonanie usług, w zakresie w którym wymagane jest posiadanie uprawnień nie będzie możliwe przez jedną osobę. Nie wykazał również, że istnieją przeszkody wykluczające zatrudnienie innych osób do realizacji usług wymagających uprawnień czy też w zakresie nie wymagających uprawnień. W szczególności przeszkody takiej nie stanowi obowiązek osobistego wykonania części zamówienia, który odnosi się do podwykonawstwa.

Izba wskazuje, że zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego wobec wprowadzenia zamawiającego w błąd sprowadzał się do założenia, że przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu stanowiących podstawę sformułowania zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 2 lit. b) i c), a więc opisanych powyżej oraz dodatkowo, że przystępujący będzie równolegle wykonywał co najmniej trzy odrębne zlecenia w tym samym okresie, co uniemożliwi mu wykonanie przedmiotu zamówienia objętym Postępowaniem.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 226 ust. 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który 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, a także wykonawcę, który 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.

Wobec nie wykazania przez odwołującego, że podmiotowe środki dowodowe i oświadczenia przystępującego były takiego rodzaju, że nie potwierdzały referencyjności usług z wykazu i że usługi z wykazu nie są zgodne z referencyjnymi ani, że wskazanie jednej osoby w wykazie osób było niezgodne z oczekiwaniem zamawiającego izba oddaliła odwołanie także w tym zakresie.

W odniesieniu do twierdzeń o wprowadzeniu w błąd zamawiającego wobec niemożliwości realizacji przedmiotu zamówienia w Postępowaniu wobec równoległej realizacji kilku kontraktów przez przystępującego i jednocześnie przez wyłącznie jedną osobę tj. samego przystępującego odwołanie sprowadzało się do:

1. przywołania realizacji odrębnych zleceń w tym samym okresie:

- Zamówienie ZDiUM we Wrocławiu (przedmiot odwołania, część 1 i 2) - 14 przejść podziemnych, w tym 7 z przepompowniami

- Przepompowni Siechnice - "Przegląd, monitoring i serwis przepompowni wód opadowych i roztopowych" dla Burmistrza Siechnic (13 przepompowni) - termin realizacji: 15.04.2024 - 15.06.2025
- Przepompowni Ostaszów - "Całoroczne utrzymanie, przeglądy, naprawy, konserwacje i remonty - przepompownia Ostaszów" dla PGWWP - termin realizacji: 14.06.2024 -28.02.2025

2. złożenia oświadczenia przez przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, że przystępujący realizować będzie je jednoosobowo,
co czyni realizację przedmiotu zamówienia niemożliwą.

Izba stwierdza, że założenie nie zostało wykazane a nadto stoi w sprzeczności z logiką i doświadczeniem życiowym. Przystępujący realizuje równolegle różne zlecenia, co jest niesporne. Nie stanowi wystarczającego dowodu na wprowadzenie zamawiającego w błąd złożenie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, przywołanego w odwołaniu oświadczenia przystępującego, że: „W związku z tym, iż wszelkie prace naprawcze będą wykonywane przeze mnie osobiście, oświadczam, iż jako właściciel jednoosobowej działalności gospodarczej nie jestem pracownikiem w rozumieniu Kodeksu pracy, a tym samym nie obowiązują mnie minimalne stawki wynagrodzenia za pracę.” Oświadczenie takie nie jest bowiem sprzeczne ani nie wyklucza posiłkowania się przez wykonawcę innymi osobami zatrudnianymi lub podwykonawcami przy realizacji innych zleceń, ani jeśli byłaby taka konieczność przy realizacji zamówienia w Postępowaniu. Oświadczenie w wyjaśnieniach dotyczyło konkretnych czynności a nie całego przedmiotu zamówienia, co potwierdził dodatkowo przystępujący w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący nie wykazał, że jest inaczej. Przedstawione przez niego dowody zakładające konieczność udziału innych osób dotyczyły wyłącznie jednej czynności z wielu opisanych SWZ (wymiany, naprawy lamp) i wyłącznie jednej lokalizacji, co było niesporne pomiędzy stronami i uczestnikiem, podobnie jak i to, że w innych lokalizacjach zamawiającego dostęp do lamp nie wymaga demontażu kratownic i może być wykonany jednoosobowo.

Skoro odwołujący nie wykazał nieprawdziwości oświadczeń przystępującego a jednocześnie istnieją podstawy, by uznać je za wiarygodne to brak było podstaw do uwzględnienia zarzutów.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny izba wskazuje, że odwołanie sprowadzało się do:

- porównania wybranych przez odwołującego pozycji kosztorysowych obu wykonawców i stwierdzenia, że dotyczą one kluczowych pozycji (specjalistycznych prac związanych z utrzymaniem przepompowni) i są zaniżone

Dla części 2 zamówienia:

Kontrola stanu technicznego i poprawności funkcjonowania przepompowni:

60,00 zł/kpl / 100,00 zł/kpl – odwołujący / przystępujący +66,7% (wyższa)

Naprawa lampy - przejście nr 2 Plac Społeczny

300,00 zł/szt / 80,00 zł/szt- odwołujący / przystępujący -73,3% (niższa)

Naprawa lampy - przejście nr 3 Plac Społeczny

200,00 zł/szt/ 80,00 zł/szt - odwołujący / przystępujący -60% (niższa)

Naprawa lampy - przejście I.P.

500,00 zł/szt/ 80,00 zł/szt - odwołujący / przystępujący -84% (niższa)

Wykonanie przeglądu technicznego 2 pomp szlamowych typu Amarex F50

3.000,00 zł/kpl / 2.500,00 zł/kpl- odwołujący / przystępujący -16,7% (niższa)

Wykonanie przeglądu technicznego pomp typu MS5- 74Z, MS5-24Z

4.000,00 zł/kpl / 2.500,00 zł/kpl- odwołujący / przystępujący -37,5% (niższa)

Wykonanie przeglądu technicznego 2 pomp szlamowych typu Vacuum-hydro GCA

4.000,00 zł/kpl / 2.500,00 zł/kpl- odwołujący / przystępujący-37,5% (niższa)

Wykonanie przeglądu technicznego pompy zatapialnej BEST ONE MA 230V

1.000,00 zł/kpl / 2.500,00 zł/kpl- odwołujący / przystępujący +150% (wyższa)

Oczyszczenie i udrożnienie elementów odwodnienia liniowego

15,00 zł/mb / 6,00 zł/mb - odwołujący / przystępujący -60% (niższa)

A także przywołania cen z faktur, za jakie odwołujący zakupił naswietlacze (699,87 zł netto – 891,84 zł brutto) przy cenie za naprawę przystępującego 80 zł i cenie za naprawę odwołującego od 200 do 500 zł. Dalej zarzuty opierały się na samych twierdzeniach o niemożliwości zrealizowania usługi za cenę jednostkową z kosztorysu lub konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów w związku z koniecznością zatrudniania dodatkowych pracowników i z tym związanych dodatkowych opłat.

Izba wskazuje, że przystępujący został wezwany do wyjaśnień niektórych elementów ceny i udzielił wyjaśnień w terminie. Wyjaśnienia przystępującego zostały ocenione jako wiarygodne i wystarczające. Wyjaśnienia odnoszą się do wszystkich elementów objętych żądaniem wyjaśnień. Różnica całkowita pomiędzy cenami ofert nie przekracza ustawowego progu 30% z art. 224 ust 2 Pzp.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części

składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Izba wskazuje, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że dyspozycja przepisu art. 224 ust. 1 Pzp kierowana jest do zamawiającego. Stąd żądanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny aktualizuje się w przypadku, gdy cena oferty lub istotne ceny jednostkowe wydają się rażąco niskie i to zamawiający powołał wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Samo powstanie wątpliwości u wykonawcy, nie poparte obiektywnymi przesłankami, nie jest wystarczające - także po dokonaniu oceny wyjaśnień jako wystarczających przez zamawiającego.

Powszechnie przyjmuje się, że cena rażąco niska jest ceną nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, prowadzącą do wykonania zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Rażąco zaniżona cena oferty to cena generalnie niewystępująca na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz uczciwe konkutowanie podmiotów gospodarczych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie w sprawie sygn. akt XII Ga 88/09, wyrok Sąd Okręgowego w Warszawie z dnia 1 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt XXIII Zs 155/21).

Dla wykazania obowiązku żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, konieczne jest więc wykazanie obiektywnych okoliczności, których istnienie podważa ocenę możliwości wykonania zamówienia za cenę ofertową lub możliwość wykonania określonej usługi za cenę jednostkową o ile stanowi ona istotną część składową zamówienia, a dla odrzucenia oferty, że cena ofertowa lub jej istotna część składowa jest takiego rodzaju, że uniemożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia lub odrębnymi przepisami.

Izba stwierdza, że odwołujący mnie wykazał, że kwestionowana cena jednostkowa jest istotną składową ceny ofertowej ani, że cena ofertowa lub jej istotna część składowa jest takiego rodzaju, że wątpliwym jest wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową zgodnie z wymaganiami określonymi warunkami zamówienia lub odrębnymi przepisami.

W przypadku rażąco niskiej ceny nie jest wystarczające poddanie pod wątpliwość możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za określoną cenę.

Mając na uwadze powyższe izba uznała, że uzasadnienie zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny nie znajduje oparcia w stanie faktycznym a twierdzenia, na których opierał się zarzut nie zostały udowodnione.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do zaniechania stwierdzenia nieważności postępowania wobec nieprawidłowości w sposobie ustalenia brzmienia SWZ i określenia szacunkowej wartości zamówienia izba oddaliła odwołanie wobec braku ustawowej przesłanki. Ustawa nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach opisanych art. 255 -258 Pzp. W niniejszej sprawie żadna z okoliczności przywołanych zarzutami nie stanowi podstawy unieważnienia Postępowania.

Izba dodatkowo wskazuje, że okoliczności, w których odwołujący upatruje naruszeń Ustawy, które winny skutkować unieważnieniem Postępowania, jako odnoszące się do treści SWZ oraz czynności szacowania wartości zamówienia, gdy stanowić miały podstawę zarzutów do samej treści SWZ i czynności szacowania wartości zamówienia to podlegały by odrzuceniu wobec uchybienia terminowi zaskarżenia z art. 515 ust. 2 lub 3 na podstawie art. 528 pkt 3) Pzp.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W ocenie izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez odwołującego oraz koszty poniesione tytułem wynagrodzenia jednego pełnomocnika.

Mając na uwadze powyższe izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....