

Sygn. akt: KIO 2301/21

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 10 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 lipca 2021 roku przez odwołującego **A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. K. z siedzibą w Kamieniu Pomorskim** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie**, przy udziale wykonawcy **I. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASIG I. K. z siedzibą we Wrocławiu**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1) ustawy Pzp (tj. w wariancie I), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Wykonanie ocen energetycznych budynków na terenie województwa małopolskiego, mających na celu przygotowanie projektów w ramach Działania 4.4 RPO WM 2014-2020”, nr sprawy:ZPO-IX.272.3.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 3 marca 2021 r. nr 2021/BZP 00012945.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) – dalej: „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. K. z siedzibą w Kamieniu Pomorskim (dalej: „Odwołujący”) 30 lipca 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę I. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASIG I. K. z siedzibą we Wrocławiu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty I. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASIG I. K. z siedzibą we Wrocławiu mimo, iż zawierała rażąco niską cenę, a sam wykonawca złożył wyjaśnienia nie korespondujące z podaną w ofercie ceną,
- 2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty I. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASIG I. K. z siedzibą we Wrocławiu, mimo niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków o których mowa w I.6 pkt 7 SWIZ tj. zapewnienia odpowiedniego zaplecza osobowego ankieterów i audytorów.

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty I. K., ewentualnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, a także o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego. Na skutek niezgodnej z prawem czynności zamawiającego, odwołujący, jako wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia szkody, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania.

Następnie Odwołujący wskazał, że w jego ocenie wykonawca I. K. nie wykazał, aby posiadał możliwość samodzielnego wykonania zamówienia, aby zapewniał odpowiednie zaplecze osobowe ankieterów i audytorów (warunek wynikający z I.6.pkt 7 SIWZ), oraz aby zastrzegł w ofercie cenę rynkową.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Sankcją za brak udzielenia wyjaśnień, albo udzielenie ich w niedostatecznym stopniu jest odrzucenie oferty (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Zamawiający błędnie uznał, zdaniem Odwołującego, że oferta I. K. rażąco niskiej ceny nie zawiera. Wyjaśnienia złożone przez tego Wykonawcę są, a nadto w sposób istotny naruszają zasady doświadczenia życiowego. W szczególności elementy kosztotwórcze nie zostały wyszczególnione w sposób zupełny. Pominięto wiele elementów, które należy brać pod uwagę przy wykonywaniu działalności tego typu. W efekcie Wykonawca dla wykazania omawianej przesłanki winien przedstawić kalkulację kosztów i udokumentować ją.

Odnosząc się do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 22 marca 2021 roku, gdzie wykonawca wskazał w pkt 5 (str. 2), że dysponuje: „na podstawie umowy cywilnoprawnej wykwalifikowanymi pracownikami, posiadającymi uprawnienia do wykonywania audytów energetycznych.”, Odwołujący podniósł, że umowy takie nie zostały przez I. K. przedstawione. W ocenie Odwołującego jest to o tyle istotne, że konieczność powierzenia części zamówienia innym osobom posiadającym odpowiednie kwalifikacje stanowi istotny koszt wykonania zadania.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie ze stosownymi zapisami SIWZ Wykonawca powinien wskazać jakie uprawnienia do wykonywania audytów energetycznych posiadają osoby skierowane do realizacji umowy, a tego nie zrobił. Uniemożliwił w ten sposób Zamawiającemu ocenę „odpowiedniego zaplecza osobowego ankieterów i audytorów” o którym mowa w I.6 pkt 7 SIWZ.

Z kolei w pkt 4 wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawca wskazuje jakoby uprawnienia do wykonywania audytów energetycznych na podstawie ukończonych studiów

podyplomowych, ukończonego kursu „Audyty efektywności energetycznej”, organizowanego przez Fundację Poszanowania Energii, członek Zrzeszenia Audytorów Energetycznych. Odwołujący wskazał, że brak danych aby analogiczne (lub jakiegokolwiek) kwalifikacje posiadały osoby skierowane do realizacji zamówienia. Brak również danych na temat doświadczenia zawodowego i branżowego tych osób.

Kwestia ta ma zdaniem Odwołującego fundamentalne znaczenie jeśli zważyć, że w specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający, wskazuje (cyt.):

B. warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami, które skieruje do realizacji zamówienia tj. co najmniej 5 osobami przeznaczonymi do pełnienia funkcji audytora energetycznego, spełniającymi następujące wymagania:

- każda osoba posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej 10 audytów energetycznych i/lub świadectw/a charakterystyki energetycznej, w tym co najmniej 1 osoba posiada doświadczenie w wykonaniu audytu energetycznego/audytów energetycznych i/lub świadectw/a charakterystyki energetycznej dla budynku/ów objętego/ych nadzorem konserwatorskim lub znajdującym/mi się w strefie ochrony konserwatorskiej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z deklaracją Pana I. K. wyrażoną 22 marca 2021 roku, posiadanie uprawnień do wykonywania audytów energetycznych związane jest z ukończeniem studiów podyplomowych w tym zakresie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ukończenie studiów podyplomowych, których program uwzględnia zagadnienia związane z charakterystyką energetyczną budynków, wykonywaniem audytów energetycznych budynków, budownictwem energooszczędnym i odnawialnymi źródłami energii pozwala na uzyskanie uprawnień do sporządzania świadectw charakterystyki energetycznej i uzyskanie wpisu do wykazu osób uprawnionych do sporządzania do sporządzania świadectw charakterystyki energetycznej. Poza Panem I. K. i Panią J. S., żadna z pozostałych osób skierowanych do realizacji zamówienia nie posiada uprawnień do wykonywania świadectw charakterystyki energetycznej budynków, a tym bardziej należytego doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że proces uzyskania uprawnień został szczegółowo przedstawiony na Rządowym serwisie informacyjno-usługowym dla przedsiębiorcy pod poniższym linkiem:

https://www.biznes.gov.pl/pl/firma/uprawnienia-zawodowe/chce-zalatwic-sprawy-zwiazane-z-uprawnieniami-zawodowymi/proc_642-uprawnienia-do-sporzadzania-swiadectw-charakterystyki-energetycznej

Odwołujący podkreślił, że głównym elementem zamówienia pn.: „Wykonanie ocen energetycznych budynków na terenie województwa małopolskiego, mających na celu przygotowanie projektów w ramach Działania 4.4 RPO WM 2014-2020”, jest wykonanie

oceny energetycznej, której głównym elementem jest świadectwo charakterystyki energetycznej.

W przypadku firmy Pana K. jedynie 2 z 5 osób skierowanych do realizacji zamówienia takie uprawnienia posiadają, przy czym nie wykazano, aby pani Joanna Szczepaniak dysponowała stosownym doświadczeniem.

Odwołujący nie pominął, że zamawiający w Załączniku nr 1D do swz, dopuścił, że „ocena energetyczna może być wykonana przez eksperta nie posiadającego uprawnień do opracowywania świadectw charakterystyki energetycznej budynku, jeżeli jest on czynnym zawodowo audytorem”, jednakże zapis ten, zdaniem Odwołującego, należy rozumieć jako sytuację wyjątkową, gdy jedna spośród osób skierowanych do realizacji zamówienia takich uprawnień nie posiada a nie normę jak stara się to uczynić Pan I. K., kierując do realizacji zamówienia (wykonywania świadectw energetycznych), osoby bez stosowanych uprawnień.

Dodatkowo, odwołujący wskazał, że nie przedstawiono żadnych dowodów na to, że Pani I. M., Panowie A. K. i Z. S., są czynnymi zawodowo audytorami.

Odwołujący wskazał, że Pan I. K., jako czynny audytor jest członkiem Zrzeszenia Audytorów Energetycznych, aby zostać członkiem Zrzeszenia Audytorów Energetycznych wystarczy wypełnić deklarację i opłacać składkę członkowską w wysokości 90 zł rocznie. Poniżej link jak zostać członkiem ZAE.

<https://zae.org.pl/zostan-czlonkiem-zae/>

Odwołujący wskazał też, że członkiem ZAE jest również Pani J. S. . Na próżno jednak szukać na tej liście członków pozostałych osób wskazanych przez Pana K. . Naturalnym jest, zdaniem Odwołującego, że czynny zawodowo audytor energetyczny chce być zrzeszony w organizacji dającej mu wiele korzyści, na które wskazuje Zrzeszenie na swojej stronie internetowej tj.:

- otrzyma legitymację członkowską Zrzeszenia Audytorów Energetycznych
- będzie mógł brać udział w szkoleniach organizowanych dla członków Zrzeszenia Audytorów Energetycznych
- otrzyma zniżki na ubezpieczenie w Hanza Brokres
- będzie otrzymywał comiesięczne wydanie biuletynu informacyjnego Zrzeszenia Audytorów Energetycznych z najnowszymi wiadomościami i aktualnościami w branży energetycznej
- znajdzie się w gronie specjalistów, na najbardziej znanej liście związanej z audytingiem w Polsce

Odwołujący wskazał, że Zrzeszenie na swojej stronie internetowej wskazuje dokładnie kim jest audytor energetyczny

<https://zae.org.pl/zrzeszenie/zawod-audytor/>

Żadna z pozostałych trzech osób skierowanych do realizacji zamówienia nie jest członkiem zrzeszenia audytorów energetycznych, gdzie samo przystąpienie wymaga jedynie minimalnego nakładu sił (wypełnienie deklaracji przystąpienia i opłacanie składki członkowskiej). Na dzień 30 lipca 2021 roku, członkami Zrzeszenia są 632 osoby.

W opinii Odwoływającego, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, osoby skierowane do realizacji zamówienia powinny mieć odpowiednie uprawnienia do wykonywania audytów energetycznych jak to wskazuje Pan I. K., podnosząc ten argument i przedstawiając go jako atut w odniesieniu do swojej osoby.

Zdaniem Odwoływającego, powinny to być to osoby czynne zawodowo, czyli w przypadku posiadania uprawnień, świadczyć usługi w zakresie audytu energetycznego, mieć zarejestrowaną działalność gospodarczą, czy też posiadać polisę odpowiedzialności cywilnej odnoszącej się do profilu ich działalności, dotarcie do ich usług powinno być dostępne dla zainteresowanych podmiotów.

Natomiast w przypadku trzech osób: Pani I. M., Panów A. K. oraz Z. S., na próżno szukać informacji o ich aktywności zawodowej w charakterze audytora energetycznego. Ponad wszelką wątpliwość można stwierdzić, że są to osoby bez kwalifikacji i dorobku.

Odwołujący podniósł też, że Pan I. K. w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazuje, jako argument przetargowy o posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz bazę przedsiębiorstwa w mieście Jelcz-Laskowice, przy ul. Wincentego Witosa 31, co skutkuje brakiem konieczności najmu terenu/lokalu. Z informacji uzyskanych w ogólnodostępnych bazach, Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, wynika że jedynym miejscem prowadzenia działalności gospodarczej jest miasto Wrocław i ul. Kosynierów Gdyńskich 67/2. (wydruk z ceidg w załączeniu).

Odwołujący wskazał, że pod wskazanym przez Wykonawcę adresem w Jelczu-Laskowicach do dnia 01.12.2020 r. prowadzona była działalność gospodarcza przez Pana Z. S., rzekomego audytora energetycznego, który faktycznie przez ponad 30 lat prowadził działalność fotograficzną. (wydruk z ceidg w załączeniu). Na budynku z kolei znajduje się reklama usług taxi osobowego, spośród trzech podmiotów gospodarczych zarejestrowanych w województwie dolnośląskim na nazwisko A. K., jedna z osób do dnia 01.07.2021 r. prowadziła działalność taksówek osobowych. Ustalenia te przeczą możliwości uznania tych osób za aktywnych zawodowo audytorów.

https://www.google.com/maps/place/Wincentego+Witosa+31,+55-220+Jelcz-Laskowice/@51.0395783,17.3512718,3a,40.9y,168.37h,98.76t/data=!3m6!1e1!3m4!1sqyDUxaCdh_9kTTqPNjvEvQ!2e0!7i13312!8i6656!4m5!3m4!1s0x4710206c56457f5b:0x1b1fe529958870b7!8m2!3d51.0394026!4d17.3512935

Ponadto Odwołujący wskazał, że mimo wezwań zamawiającego Pan I. K. nie przedstawił że należycie wykonał (lub wykonuje – w przypadku świadczeń powtarzających

się lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch usług, odpowiadających swoim rodzajem usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia. Wykonawca w wykazie usług wskazał trzy usługi, przy czym dwie zostały już zakończone, te z pozycji 2 i 3, odpowiednio 20.09.2019 r. i 20.04.2018 r. przedstawiając jedynie protokoły odbioru dokumentacji. Protokół odbioru może być uznany jako dowód spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tylko w przypadku gdy z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji na potwierdzenie, że usługi wykonane zostały należycie.

W interesie Wykonawcy było zdobycie takich dokumentów z odpowiednim wyprzedzeniem, zwłaszcza że to jakich dokumentów będzie wymagał Zamawiający wiadomo było w momencie ogłoszenia przetargu.

Przyczynami o obiektywnym charakterze mogą być następujące sytuacje:

- sytuacja w której podmiot na rzecz którego wykonana została usługa przestał istnieć, (zarówno Uniwersytecki Szpital Kliniczny we Wrocławiu i Opolska Spółdzielnia Mieszkaniowa „Przyszłość” nadal funkcjonują, nie zostały zamknięte czy rozwiązane),
- jeśli Zamawiający odmówił wydania referencji bo np. nie ma tego w zwyczaju.

Jednak aby można uznać, że takie przyczyny o obiektywnym charakterze miały miejsce potrzebne są niezbité dowody, np. odpowiedź od zamawiającego, w formie pisma lub wiadomości email, że co do zasady nie wystawiają referencji.

W ocenie Odwołującego ASIG I. K. nie przedstawił dowodów wskazujących, że odmówiono mu wydania referencji za usługę, którą w jego mniemaniu wykonał w sposób należyty. Nie przedstawił również dowodów na to, że o takie referencje się starał.

Dlatego też, biorąc pod uwagę fakt, że wskazane w wykazie usług prace zakończone zostały odpowiednio dla pozycji nr 2 i 3, 679 (słownie: sześćset siedemdziesiąt dziewięć) i 1179 (słownie: tysiąc sto siedemdziesiąt dziewięć) dni temu, licząc do dnia dzisiejszego, nie można uznać protokołów ich odbiorów jako dowodów na ich należyte wykonanie.

Wykonawca bezwzględnie powinien udowodnić, że starał się uzyskać referencje (miał na to bardzo dużo czasu), jednak ich nie otrzymał z przyczyn o charakterze obiektywnym. Nie można też pominąć uzasadnionego przypuszczenia, że w okresie po przekazaniu dokumentacji ujawniły się wady dokumentów i jest to przyczyna nie otrzymania przez Pana I. K. stosownych referencji.

Zasadność powyższych uwag potwierdza w ocenie Odwołującego dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 6 sierpnia 2015 roku (sygn. KIO 1490/15, opubl. LEX nr 1771698) oraz wyrok z dnia 24 kwietnia 2014 r. (sygn. KIO 735/14).

4 sierpnia 2021 r. zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ASIG I. K. z siedzibą we Wrocławiu.

Pismem z 9 sierpnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o r. oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Izba uznała, za skuteczne zgłoszenie wykonawcy I. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASIG I. K. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Przystępujący). do przedmiotowego postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453).

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1) ustawy Pzp.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ) stanowi załącznik nr 1D do swz i będzie on wprowadzony jako załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wynika z pkt 3).7. SWZ Zamawiający nie wymagał „zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony

w art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495)”.

W pkt 6).1.2.a) SWZ, Zamawiający opisał warunek udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym:

„A. warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że należycie wykonał (lub wykonuje – w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch usług, odpowiadających swoim rodzajem usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się usługę, polegającą na wykonaniu audytów energetycznych i/lub świadectw charakterystyki energetycznej dla co najmniej 15 budynków w ramach jednej umowy.

B. warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami, które skieruje do realizacji zamówienia tj. co najmniej 5 osobami przeznaczonymi do pełnienia funkcji audytora energetycznego, spełniającymi następujące wymagania:

- każda osoba posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej 10 audytów energetycznych i/lub świadectw/a charakterystyki energetycznej, w tym co najmniej 1 osoba posiada doświadczenie w wykonaniu audytu energetycznego/audytów energetycznych i/lub świadectw/a charakterystyki energetycznej dla budynku/ów objętego/ych nadzorem konserwatorskim lub znajdującym/mi się w strefie ochrony konserwatorskiej.”

Ponadto Izba ustaliła, że w treści SWZ Zamawiający zdefiniował pojęcia „audyt energetyczny” oraz „świadectwo charakterystyki energetycznej” w następujący sposób:

„Pod pojęciem:

- audytu energetycznego Zamawiający rozumie opracowanie obejmujące co najmniej następujące elementy: identyfikację stanu bazowego, potencjał oszczędności, rekomendacje poprawy efektywności energetycznej, wskazanie wariantów i rozwiązania optymalnego, analizy ekonomiczne rekomendowanych przedsięwzięć, w tym zestawienie kosztów, obliczenie prostego czasu zwrotu nakładów w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu i form audytu energetycznego oraz części audytu remontowego, wzorów kart audytów, a także algorytmu oceny opłacalności przedsięwzięcia termomodernizacyjnego (Dz. U. 2020 poz. 879),

- świadectwa charakterystyki energetycznej Zamawiający rozumie opracowanie obejmujące co najmniej następujące elementy: identyfikację budynku, charakterystykę energetyczną

budynku, zalecenia dotyczące opłacalnej ekonomicznie i wykonalnej technicznie poprawy charakterystyki energetycznej budynku w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 6 września 2019 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie metodologii wyznaczania charakterystyki energetycznej budynku lub części budynku oraz świadectw charakterystyki energetycznej (Dz. U. 2019 poz. 1829).”

Izba ustaliła również, że w załączniku 1D do SWZ w pkt 10), Zamawiający zdefiniował „Świadectwo charakterystyki energetycznej” w sposób następujący: „10) świadectwo charakterystyki energetycznej budynku – sporządzane na potrzeby niniejszego zamówienia w ramach wykonania oceny energetycznej to opracowanie dokumentu obejmującego, co najmniej następujące elementy: identyfikację budynku, charakterystykę energetyczną budynku, zalecenia dotyczące opłacalnej ekonomicznie i wykonalnej technicznie poprawy charakterystyki energetycznej budynku w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 6 września 2019 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie metodologii wyznaczania charakterystyki energetycznej budynku lub części budynku oraz świadectw charakterystyki energetycznej. Świadectwo sporządzane na potrzeby niniejszego zamówienia nie podlega rejestracji w centralnym rejestrze charakterystyki energetycznej budynków o którym mowa w art. 31 Ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o charakterystyce energetycznej budynków i stanowi ocenę energetyczną wyłącznie na użytek projektów przygotowywanych zgodnie z wymaganiami RPO WM.”

Zgodnie z pkt 7.2). ppkt 1 SWZ: „Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

1) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych:

a) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wykaz usług wykonanych stanowi załącznik nr 5 do swz.

Okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa powyżej, liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert w postępowaniu.

Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz usług wykonanych, o którym mowa powyżej dotyczy usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy;

b) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykaz osób stanowi załącznik nr 6 do swz.”

Ponadto w pkt A.2.5) Załącznika 1D do SWZ Zamawiający wskazał wprost, że „ocena energetyczna może być wykonana przez eksperta nie posiadającego uprawnień do opracowywania świadectw charakterystyki energetycznej budynku, jeżeli jest on czynnym zawodowo audytorem”.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.

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 2 lit. b) ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Zarzuty odwołania dzielą się na dwie grupy, dotyczące rażąco niskiej ceny oraz niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W zakresie rażąco niskiej ceny Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że zarzut jest

sformułowany na dużym poziomie ogólności. Odwołujący bowiem zarzucił złożonym przez Przystępującego wyjaśnieniom iż są gołosłowne ale w żaden sposób tego nie precyzuje. Odwołujący zarzucił, że Przystępujący nie wyszczególnił w sposób zupełny elementów kosztotwórczych ale nie precyzuje jednocześnie jakich elementów w wyjaśnieniach brakuje. Wywody Odwołującego na temat miejsca prowadzenia działalności przez Przystępującego Izba natomiast oceniła jako pozostające bez znaczenia dla oceny zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący bowiem w żaden sposób nie wykazał jak ta okoliczność podważa zaoferowaną przez Przystępującego cenę. Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący „powinien przedstawić kalkulację kosztów i udokumentować ją”, Izba wskazuje, że jest ono sformułowane na dużym poziomie ogólności. Jak wynika z akt postępowania Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie dwukrotnie, tj. pismami z 17 marca 2021 r. oraz z 1 kwietnia 2021 r. precyzując – obok przywołania treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – swoje wymagania co do treści wyjaśnień przez wskazanie aby Przystępujący podał szczegółowe wyliczenie w zakresie cen jednostkowych za wykonanie ocen energetycznych dla budynków jednorodzinnych i wielorodzinnych oraz za konsultacje z konserwatorem zabytków. Zamawiający również sformułował szczegółowe zalecenia dla takiej kalkulacji (*vide*: pismo z 17 marca 2021 r.). Przystępujący odpowiedział na powyższe pismem z 22 marca 2021 r. Pismem z 1 kwietnia 2021 r. Zamawiający zwrócił się o doprecyzowanie i wyjaśnienie fragmentów pierwszych wyjaśnień wątpliwych dla Zamawiającego, co Przystępujący uczynił pismem z 7 kwietnia 2021 r. Izba stwierdza, że o ile rzeczywiście do powyższych wyjaśnień nie są załączone żadne dowody, w tym żadne umowy z osobami wskazanymi do realizacji zamówienia, o tyle nie można uznać aby Przystępujący nie wskazał kalkulacji i wyliczeń w zakresie w jakim zwrócił się do niego o to Zamawiający. Izba wielokrotnie zajmowała w orzecznictwie stanowisko, że wyjaśnienia mogą być dowodem jeśli tylko są sporządzone w odpowiednim stopniu szczegółowości. Wskazując brak załączenia dowodu w postaci umów Odwołujący podniósł, że jest to istotny brak z uwagi na to, że powierzenie części zamówienia innym osobom stanowi istotny koszt wykonania zadania. Zwrócić jednak należy uwagę, że Przystępujący w treści wyjaśnień koszty te opisał zarówno odnosząc się do nich w treści kalkulacji w zakresie, w jakim zwrócił się o to do niego Zamawiający jak i wskazując wprost stawkę, za jaką osoby te będą pracować. Odwołujący natomiast nie podjął żadnej polemiki z tymi wyjaśnieniami i nie kwestionował podanych wyliczeń oraz ich wysokości. Stąd też w tym zakresie Izba uznała zarzut za niewykazany. Okoliczność zaniechania przedstawienia dowodów w postaci umów pozostaje w ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy bez znaczenia dla oceny zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny.

Z treści odwołania Izba wywodzi, że odnosząc się do braku załączenia do wyjaśnień rażąco niskiej ceny umów z osobami skierowanymi do realizacji zamówienia Odwołujący w

istocie zmierzał do zakwestionowania spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami z odpowiednimi uprawnieniami do wykonywania audytów energetycznych, a także nie wskazał doświadczenia zawodowego i branżowego tych osób. W celu rozpoznania tego zarzutu niezbędne jest rozstrzygnięcie przez Izbę, w jaki sposób warunek ten należy rozumieć, bowiem kwestia ta jest między Stronami sporna. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego tylko takie osoby spełniają warunek, które posiadają wpis do wykazu (rejestr), o których mowa w art. 18 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1200), tj. z dnia 23 lutego 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 497) o charakterystyce energetycznej budynków. Natomiast zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, osoby o których mowa w treści warunku takiego wpisu posiadać nie muszą. Sporny warunek ma następujące brzmienie:

„Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami, które skieruje do realizacji zamówienia tj. co najmniej 5 osobami przeznaczonymi do pełnienia funkcji audytora energetycznego, spełniającymi następujące wymagania:

- każda osoba posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej 10 audytów energetycznych i/lub świadectw/a charakterystyki energetycznej, w tym co najmniej 1 osoba posiada doświadczenie w wykonaniu audytu energetycznego/audytów energetycznych i/lub świadectw/a charakterystyki energetycznej dla budynku/ów objętego/ych nadzorem konserwatorskim lub znajdującym/mi się w strefie ochrony konserwatorskiej.”

W ocenie Izby warunek powyższy należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca miał dysponować na potrzeby realizacji zamówienia 5 osobami, z których każda mogła posiadać doświadczenie w wykonaniu tylko audytów energetycznych albo tylko świadectw charakterystyki energetycznej albo posiadać doświadczenie w wykonaniu zarówno świadectw charakterystyki energetycznej jak i audytów energetycznych (oczywiście w ilości wskazanej w treści warunku). Innymi słowy jest możliwe i zgodne z warunkiem, że wykonawca dysponowałby tylko osobami posiadającymi doświadczenie w wykonaniu jednego ze wskazanych dokumentów. Ponadto Odwołujący pominął zupełnie, że w treści SWZ Zamawiający zdefiniował sporne dokumenty i w tym zakresie Izba wskazuje, że przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym odwołując się w treści tych definicji do rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie metodologii wyznaczania charakterystyki energetycznej budynku lub części budynku oraz świadectw charakterystyki energetycznej z dnia 27 lutego 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 376), Zamawiający miał na celu odwołanie się do treści świadectwa, a nie do obowiązku posiadania uprawnień. Zwrócić bowiem należy uwagę, że zgodnie z §1 rozporządzenia, reguluje ono: metodologię wyznaczania charakterystyki energetycznej, sposób sporządzania świadectwa charakterystyki energetycznej, wzory świadectw charakterystyki energetycznej budynku lub części budynku. Ponadto Odwołujący nie dostrzegł, że sporny warunek nie

dotyczy posiadania stosownych uprawnień lecz jedynie dotyczy posiadania doświadczenia. Na potwierdzenie tego warunku wykonawcy zobowiązani byli postanowieniami SWZ przedłożyć wykaz osób, co Przystępujący uczynił, a Odwołujący treści tego wykazu nie kwestionuje. Zarzut bowiem dotyczy braku wykazania posiadania przez 3 wskazane w treści uzasadnienia odwołania osoby uprawnień w tym wpisu, o którym mowa w ustawie o charakterystyce energetycznej budynków oraz braku przynależności do Zrzeszenia Audytorów Energetycznych. Podkreślić jednak należy, że Zamawiający w tym postępowaniu nie wymagał legitymowania się takimi uprawnieniami ani przynależnością do ww. Zrzeszenia. Co więcej, Zamawiający wyjaśnił, że nie jest w ogóle podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy, tj. nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 tej ustawy, dodatkowo z treści SWZ wynika wprost, że sporządzone w ramach realizacji przedmiotu zamówienia świadectwa nie będą podlegać rejestracji zgodnie z art. 31 tej ustawy. Stąd też zarzut niespełnienia przez Przystępującego spornego warunku udziału w postępowaniu nie zasługiwał na uwzględnienie.

Następnie Izba wskazuje, że nie potwierdził się również ostatni zarzut dotyczący zaniechania przez Przystępującego wykazania, że należycie wykonał usługi na które się powołuje w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zarzut ten w istocie sprowadza się do twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym w tym celu Przystępujący powinien był przedstawić stosowne referencje, gdyż na protokół odbioru można w ocenie Odwołującego powołać się jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji. Podkreślić należy, że w treści zarzutu Odwołujący nie kwestionował treści przedstawionych przez Przystępującego protokołów odbioru.

Z powyższym twierdzeniem nie sposób się zgodzić. W tym zakresie wskazać należy, że stosownie do treści rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy §9 ust. 1 pkt 2 „(...) dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.” Zatem jak stanowi przepis wykonawca może przedstawić „referencje bądź inne dokumenty”, natomiast w przypadku trudności z ich pozyskaniem – oświadczenie wykonawcy. Protokół odbioru należy wobec tego zakwalifikować jako „inny dokument”, o którym mowa w rozporządzeniu obok referencji. Innymi słowy referencje nie są jedynym

„słusznym” środkiem dowodowym, jakim mogą się posługiwać wykonawcy. Z tych względów zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: