

WYROK

z dnia 18 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 16 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę **BICO GROUP Sp. z o.o., ul. Św. Jacka Odrowąża 15, 03-310 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający na podstawie udzielonych pełnomocnictw w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa, ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa.**

przy udziale wykonawcy **IWNiSE Sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 83 A/208, 01-242 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. A. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu braku wykazania przez przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania inspektorem nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń zgodnie z warunkami postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale VIII i nakazuje przeprowadzić w tym zakresie procedurę z art. 26 ust. 3 ustawy pzp.
B. oddala pozostałe zarzuty odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BICO GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **BICO GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1. Zasądza od zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie** na rzecz wykonawcy **BICO GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **6 200 zł 00 gr** (słownie sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem

zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym 5 000 zł z tytułu wpisu oraz 1 200 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) 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

Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest Pełnienie funkcji Inżyniera dla Kontraktu na projekt i budowę ogólnodostępnego płatnego Obiektu Parkingowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą pod pl. Powstańców Warszawy. Numer referencyjny: PN 68/2020

Odwołujący: BICO Group spółka z o.o. w Warszawie wniósł dnia 10 maja 2021 r. odwołanie w którym zarzucił zamawiającemu niezgodność z przepisami ustawy czynności i zaniechań tj.:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inwise sp. z o.o. z/s w Warszawie [dalej: „Inwise”].
- 2) zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Inwise;
- 3) czynność przyznania wykonawcy Inwise 10 punktów w podkryterium dodatkowe doświadczenie Inżyniera Rezydenta.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia zarzuty naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. -Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Inwise, podczas gdy oferta jest niezgodna z ustawą, ponieważ wykonawca Inwise zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informację, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp;
- 2) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Inwise, podczas gdy z przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień ceny wynika, że przyjął niewiarygodnie niskie wynagrodzenie osób skierowanych do realizacji zamówienia;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Inwise, podczas gdy wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dysponowania inspektorem nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie jw.;
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione przyznanie wykonawcy Inwise 10 pkt w podkryterium dodatkowe doświadczenie Inżyniera Rezydenta.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Inwise;
- 3) wykluczenia wykonawcy Inwise z postępowania;

- 4) względnie - nakazanie przyznania wykonawcy Inwise 0 pkt w podkryterium dodatkowe doświadczenie Inżyniera Rezydenta;

Ad zarzut 1. Zamawiający wprowadził dwa kryteria oceny ofert. Była to cena (o wadze 60%) oraz dodatkowe doświadczenie zawodowe wybranego Personelu Inżyniera (40%). W ramach kryterium oceny ofert doświadczenie zawodowe wybranego Personelu Inżyniera Zamawiający wskazał, że wykonawcy mają możliwość otrzymania punktów, w przypadku, gdy wykażą dodatkowe doświadczenie zawodowe następujących osób: Inżynier Kontraktu, Inżynier Rezydent - koordynator, Inspektor nadzoru w specjalności drogowej, Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, Specjalista ds. zieleni.

Zamawiający w formularzu ofertowym szczegółowych informacji na temat powyższych osób. W postępowaniu ofertę złożył m.in. Inwise. Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa formularz ofertowy. Oferty w postępowaniu otwarto 10 lutego 2021 r., co było transmitowane przez Zamawiającego za pośrednictwem serwisu youtube.com. Zamawiający napotkał problem z otwarciem oferty Inwise. Problem związany był z faktem, że wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokument formularza ofertowego. W związku z tym nie było możliwe jego otwarcie. Sesja zakończyła się bez otwarcia oferty Inwise.

Nie można zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust 4. Oznacza to, że zabronione jest zastrzeganie takich informacji, jak nazwa (firma) oraz adres wykonawcy, cena, termin wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunki płatności zawarte w ofertach.

Tymczasem w dokumencie formularza ofertowego Inwise, który został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, znajdują się właśnie te informacje, w tym na temat ceny.

W takiej sytuacji oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 3 zdanie 2 Pzp.

Wykonawca Inwise zaoferował za realizację zamówienia cenę w wysokości 1 586 700 zł brutto tj. o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej ofert. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień zaoferowanej ceny. Inwise udzielił wyjaśnień 4 marca 2021 r., gdzie przedstawił kalkulację szczegółową. W jej ramach między innymi wskazał koszt miesięczny bez VAT dla:

- 1) Inżynier Kontraktu - 2 500 zł (wskazał, że Biuro Inżyniera Kontraktu będzie czynne min. 8 godzin dziennie oraz że Inżynier Kontraktu (lub zastępca) będą na stałe na budowie w godzinach pracy wykonawcy robót budowlanych);
- 2) Inżynier Rezydent-INB-4 500 zł;
- 3) Inspektor Nadzoru sanitarnego - 1 500 zł (wskazał, że to średniomiesięczne wynagrodzenie, przy założeniu, że roboty branżowe nie będą trwały przez okres 26

miesiący, stąd realne wynagrodzenie za czas pełnienia nadzoru będzie odpowiednio wyższe; ponadto wykonawca wskazał, że ta osoba będzie obecna na budowie min. 4 godz. dziennie w czasie trwania robót branżowych i na wezwanie Zamawiającego);

4) Inspektor Nadzoru elektroenergetycznego - 1500 zł (wskazał, że jest to średniomiesięczne wynagrodzenie, przy założeniu, że roboty branżowe nie będą trwały przez okres 26 miesięcy, stąd realne wynagrodzenie będzie wyższe; ponadto wskazał, że ta osoba będzie obecna min. 4 godz. dziennie w czasie trwania robót branżowych i na wezwanie Zamawiającego);

5) Inspektor Nadzoru Drogowego - 3 500 zł (jest to średniomiesięczne wynagrodzenie, przy założeniu, że roboty branżowe nie będą trwały przez okres 26 miesięcy, stąd realne wynagrodzenie będzie odpowiednio wyższe; ponadto wskazał, że ta osoba będzie obecna min. 4 godz. dziennie w czasie trwania robót branżowych i na wezwanie Zamawiającego);

6) Inspektor Nadzoru teletechniczny - 1500 zł (średniomiesięczne wynagrodzenie, przy założeniu, że roboty branżowe nie będą trwały przez okres 26 mcy, stąd realne wynagrodzenie będzie odpowiednio wyższe; ponadto osoba będzie obecna na budowie min. 4 godz. dziennie w czasie trwania robót branżowych i na wezwanie Zamawiającego);

7) Spec. ds. Zieleni - 1 000 zł (wykonawca wskazał, że będzie to 1/4 etatu);

8) Specjalista ds. Technicznych - 5 750 zł (wykonawca wskazał, że będzie to 1/2 etatu);

9) Spec. ds. P. Poż - 1000 zł (angażowany wg potrzeb);

10) Specjalista ds. Rozliczeń - 2 000 zł.

Do niniejszego zagadnienia znajdują zastosowanie następujące przepisy ustawy Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) art. 90 ust. 1 / tu przytoczono treść przepisu/

3) art. 90 ust. 2: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;

4) art. 90 ust. 3. Analizując wyjaśnienia ceny należy dojść do wniosku, że nierealistycznie skalkulował koszty wynagrodzenia osób, które skieruje do realizacji zamówienia.

Przyjęty w kalkulacji koszt Inżyniera Kontraktu, 2 500 zł m-c jest kosztem nierealistycznie niskim. Jest nawet niższy niż mi. wynagrodzenie za pracę oraz minimalna stawka godzinowa.

Od 1 stycznia 2021 r. ustala się min. wynagrodzenie za pracę 2800 zł. § 2 rozporządzenia ustala minimalną stawkę godzinową w wysokości 18,30 zł.

Oznacza to, że Inwisi kalkulując wynagrodzenie dla Inżyniera Kontraktu nie przewidział dla niego wynagrodzenia chociażby na poziomie minimalnego wynagrodzenia. Zamawiający postawił stosunkowo wygórowane warunki udziału w postępowaniu. Wymagał, żeby osoba

Inżyniera Kontraktu, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pracowała na stanowisku Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub równorzędnym w zakresie bezpośredniego zarządzania lub nadzorowania realizacji inwestycji, przy realizacji co najmniej dwóch kontraktów obejmujących budowę obiektu kubaturowego, o minimum 3 poziomach naziemnych i minimum 1 podziemnej, zawierającego w swojej konstrukcji zintegrowany parking o min. 200 miejscach postojowych, przez okres min. 12 miesięcy na każdym, o wartości robót minimum 40 mln zł brutto każda.

Dodatkowo wykonawca Inwise zadeklarował, że skierowany przez niego Inżynier Kontraktu posiada oprócz podstawowego doświadczenia również doświadczenie w dwóch dodatkowych inwestycjach. Nie jest prawdopodobne, żeby osoba posiadająca duże doświadczenie zdecydowała się pełnić funkcję za tak niskie wynagrodzenie.

Biorąc po uwagę treść warunków zarządzania kontraktem Inżynier Kontraktu musi być w pełni zaangażowany w wykonywanie zamówienia i nie może podejmować innej pracy, która mogłaby kolidować z jego obowiązkami. Wykonawca Inwise zadeklarował również, że Biuro Inżyniera Kontraktu będzie czynne min. 8 godzin dziennie oraz że Inżynier (lub ewentualnie zastępca) będą na stałe na budowie w godzinach pracy wykonawcy robót. Nie może być więc mowy o zatrudnieniu Inżyniera w niepełnym wymiarze czasu. Inwise w ogóle nie skalkulował kosztów związanych z wynagrodzeniem ewentualnego zastępcy Inżyniera Kontraktu.

Tożsame okoliczności dotycząca przyjętych przez wykonawcę Inspektora Nadzoru elektroenergetycznego, Inspektora Nadzoru Drogowego, Inspektora Nadzoru teletechnicznego, Specjalisty ds. Rozliczeń. Inwise wskazał wprawdzie, że jest to średniomiesięczne wynagrodzenie przy założeniu, że roboty branżowe nie będą trwały przez 26 m-cy, stąd realne wynagrodzenie za czas pełnienia nadzoru będzie odpowiednio wyższe. Brak jednak wyjaśnienia, ile dokładnie będą trwać poszczególnej roboty branżowe. Brak było również wykazania ile wynosi realne wynagrodzenie dla poszczególnych osób.

Zamawiający wskazał, że wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wchodzących w skład Personelu Inżyniera - za wyłączeniem kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.) - oraz osób wskazanych w R. VIII ust 1 pkt 2b 1. i w R. VIII ust 1 pkt 2 b 10. SIWZ.

Tym samym wymagał, żeby zatrudniony na podstawie umowy o pracę został m.in. Specjalista ds. ppoż. Nie jest to bowiem samodzielna funkcja techniczna w budownictwie, ani osoba wskazana w R. VIII ust. 1 pkt 2b 1. lub w R. VIII ust. 1 pkt 2b 10.

Tymczasem Inwise w wyjaśnieniach wskazał, że będzie współpracował ze Specjalista ds. ppoż. na podstawie umowy cywilno-prawnej i tak skalkulował koszty zatrudnienia tej osoby.

Zamawiający postawił warunek, żeby wykonawca składający ofertę wykazał, że będzie dysponował inspektorem nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

Wykonawca Inwise zadeklarował, że do realizacji zamówienia jako inspektor nadzoru w tym zakresie skieruje Pana H. K. .

Zadeklarował, że Pan K. posiada uprawnienia budowlane nr St-263/80 z 24.05.1980 r. oraz stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami w specjalności instalacyjno- inżynierskiej w zakresie instalacji sanitarnych w zakresie projektowym i wykonawczym bez ograniczeń.

Pan K. posiada uprawnienia budowlane tylko i wyłącznie w zakresie instalacji sanitarnych. Wymóg był szerszy, ponieważ oprócz instalacji sanitarnych wymagał również, żeby inspektor posiadał uprawnienia w zakresie sieci sanitarnych. Wobec powyższego wykonawca nie wykazał spełnienia, a w konsekwencji podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12.

Ad art. 91 ust. 1 pzp przez przyznanie 10 pkt w podkryterium. W R. XV ust. 2 pkt 2.2.b siwz Zamawiający wskazał, że będzie punktował dodatkowe doświadczenie Inżyniera Rezydenta według następujących zasad: „Dodatkowe doświadczenie (większe niż minimalnie wymagane w rozdziale VIII SIWZ) przy realizacji kontraktów spełniających wymogi określone w rozdziale VIII ust 1 pkt 2 lit. b) SIWZ dla Inżyniera Rezydenta, przez okres minimum 12 miesięcy na każdym: dodatkowo 1 kontrakt 5 pkt; dodatkowo 2 i więcej kontraktów 10 pkt”.

Natomiast w r. VIII ust. 1 pkt 2b ppkt 1 siwz zamawiający wskazał min. warunek udziału w postępowaniu Inżyniera Rezydenta jako: „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pracował na stanowisku Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Inspektora Nadzoru lub równorzędnym w zakresie koordynacji lub nadzorowania realizacji inwestycji, przy realizacji co najmniej dwóch kontraktów obejmujących budowę obiektu kubaturowego, o min. 2 poziomach naziemnych i min. 1 podziemnej, zawierającego w swojej konstrukcji zintegrowany parking o min. 150 miejscach postojowych, przez okres min. 12 miesięcy na każdym, o wartości robót min. 20 milionów PLN brutto każda”.

Wykonawca Inwise zadeklarował, że do pełnienia funkcji Inżyniera Rezydenta deleguje Pana K. R. i zadeklarował, że K. R. oprócz podstawowego doświadczenia wymaganego posiada również dodatkowe doświadczenie na dwóch kontraktach:

1) Kompleks Symetris Business Park, gdzie inwestorem był ECHO Investment S.A., a Pan K. R. miał pełnić funkcję Koordynatora robót, inżyniera rezydenta, a do jego obowiązków

miało należeć koordynacja prac podwykonawców robót na etapie robót żelbetowych, wykończeniowych drogowych, zagospodarowania zewnętrznego i małej architektury;

2) Moje Miejsce, gdzie inwestorem był ECHO Investment S.A., a Pan R. miał pełnić funkcję Koordynatora robót, inżyniera rezydenta, a do jego obowiązków miało należeć koordynacja prac podwykonawców robót na etapie robót żelbetowych, wykończeniowych drogowych, zagospodarowania zewnętrznego i małej architektury.

O tym, czy Pan R. spełnił postawiony warunek udziału dotyczący pracowania na stanowisku Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Inspektora Nadzoru lub równorzędnym w zakresie koordynacji lub nadzorowania realizacji inwestycji, nie decyduje nazwa stanowiska, lecz faktycznie wykonywania zadania.

W przypadku Pana R. formalnie jego stanowisko zostało nazwane „Koordynatorem robót, inżynierem rezydentem” jednak wskazany zakres zadań, to znaczy koordynacja prac podwykonawców robót żelbetowych, wykończeniowych drogowych, zagospodarowania zewnętrznego i małej architektury, wskazuje, że Pan R., nie pełnił takiej funkcji, wyłącznie koordynował prace podwykonawców robót żelbetowych, wykończeniowych drogowych, zagospodarowania zewnętrznego i małej architektury. Nie może to zostać uznane za koordynowanie realizacji całej inwestycji. W związku z powyższym należy uznać, że Inwisi nie powinien otrzymać 10 pkt w podkryterium dodatkowe doświadczenie Inżyniera Rezydenta, a powinien otrzymać 0 punktów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 w zw. z art. 8 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą, stwierdził, że postępowanie prowadzone było w warunkach lockdown-u z powodu epidemii wirusa SARS-CoV-2. Otwarcie ofert nastąpiło w trybie transmisji operacji wykonywanych w teleinformatycznym systemie do obsługi zamówień. Transmisja ta była upubliczniona na ogólnodostępnej platformie YouTube. Link do publicznej sesji otwarcia ofert w PN 68/2020: <https://www.youtube.com/watch?v-UnD80M4p-Pk> (otwarcie oferty spółki IWNiSE Sp. z o.o., dalej IWNiSE - czas: od 20:18 – dwudziestej minuty). Podczas otwarcia ofert, okazało się, że cały formularz ofertowy Wykonawcy IWNiSE oznaczony został jako tajny, na jednej stronie, która powinna zostać wyświetlona w ramach procedury otwarcia ofert, zawierał jednocześnie dane zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy pzp, jak i inne dane. Przy takim sformułowaniu oferty oraz zastrzeżeniu tajemnicy, Zamawiający nie mógł ujawnić całej treści oferty, a ze względów technicznych, nie był w stanie upublicznić oferty jedynie w zakresie danych określonych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Tego samego dnia tj. 10 lutego 2021 r., o godz. 15:29 Zamawiający na stronie prowadzonego postępowania opublikował informację z otwarcia ofert podając informacje określone w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, dotyczące wszystkich oferentów, w tym spółki IWNiSE.

Sama oferta nie była sprzeczna z ustawą, a jedynie technicznie sformułowana została w sposób uniemożliwiający ujawnienie danych jawnych przy jednoczesnym zabezpieczeniu danych podlegających ochronie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym stanie rzeczy, postępowanie Zamawiającego należy ocenić jako w pełni zgodne z art. 86 Pzp. Nawet jeśli przyjąć, że doszło do naruszenia art. 86 ust.4 poprzedniej Pzp, naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 90 ust 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Iwnise przez przyjęcie niewiarygodnie niskiego wynagrodzenia dla osób skierowanych do realizacji zamówienia, zamawiający wskazał, że Wykonawca udzielił wyjaśnień w celu dowiedzenia, że oferowana cena nie jest rażąco niska. Zakres zadań przypisanych do funkcji Inżyniera dla tego kontraktu sprowadza się w przeważającej większości do pełnienia nadzoru inwestorskiego z dodatkowym ułamkowym procentem zadań związanych z opiniowaniem i sprawdzaniem projektów przed robotami budowlanymi. Zgodnie ze „Środowiskowymi zasadami wycen prac projektowych — 2016”, punkt 1.6.3.2, Koszt sprawowania nadzoru inwestorskiego może być określany według relacji procentowej kosztów robót budowlano-instalacyjnych i montażowych, a publikacji branżowych wynika, że koszt sprawowania takiego nadzoru wynosi 1,5-2,5% wartości robót budowlanych i montażowych. Wykonawca przyjął wartość inwestycji na 70 000 000. Według Umowy koncesji wartość ta wynosi 69 739 438,63, więc Wykonawca przyjął prawidłową wysokość do obliczeń. W wyjaśnieniach, dotyczących wyliczenia ceny wskazał, że wstępnie szacując ofertę przyjął wskaźnik ok. 2,3%, mając na uwadze konkurencyjność oferty — co mieści się w standardach szacunkowych ofert w tego typu zamówieniach o podobnym zakresie.

Wniosek odwołującego o nierealności kosztów wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu oraz braku zgody na zatrudnienie osoby, posiadającej wskazane doświadczenie, jest domniemaniem wynikającym z subiektywnej oceny.

Zgodnie z zapisami WZK (Załącznik do SIWZ):

4.1./.../ Inżynier wyznaczy posiadającego odpowiednie kwalifikacje i kompetencje Przedstawiciela Inżyniera (Inżyniera Kontraktu) i umocuje/upoważni go do działania w imieniu Inżyniera według Umowy. Przedstawiciel Inżyniera nie będzie miał innej pracy kolidującej z wykonywaniem obowiązków Przedstawiciela Inżyniera. Jeśli Przedstawiciel Inżyniera ma być czasowo nieobecny na terenie budowy podczas realizacji Robót, to będzie wyznaczona stosowna osoba zastępująca — za wiedzą i uprzednią zgodą Zamawiającego.

Przedstawiciel Inżyniera może delegować każde ze swoich pełnomocnictw i upoważnień, jakiegokolwiek kompetentnej osobie i może w każdej chwili tę delegację odwołać.

4.4.5 Inżynier zorganizuje pracę Personelu Inżyniera w taki sposób, aby zapewnić realizację Kontraktu zgodnie z Harmonogramem Projektu

4.6.1 Inżynier jest zobowiązany do dostosowania czasu pracy własnej i Personelu Inżyniera do potrzeb Kontraktu

6.2.2.2.21 Inżynier dostosuje godziny pracy Inspektorów nadzoru, wchodzących w skład Personelu Inżyniera, do godzin pracy Wykonawcy; Inżynier Kontraktu, Inżynier Rezydent lub w uzasadnionych przypadkach ich zastępcy będą na stałe na budowie w godzinach pracy Wykonawcy; Inspektorzy Nadzoru poszczególnych branż będą na budowie na każde wezwanie Zamawiającego, Inżyniera, Inżyniera Rezydenta lub Wykonawcy lub, o ile będzie to konieczne, zgodnie z ich własną oceną.

Intencją powyższych zapisów było zapewnienie z jednej strony Zamawiającemu prawidłowości i ciągłości pełnienia usługi Inżyniera, z drugiej Wykonawcy niejakiej swobody w ustalaniu stopnia zaangażowania poszczególnego personelu Inżyniera, wynikającego z potrzeb bieżących kontrolowanych robót.

Przyjęty w kalkulacji koszt miesięczny dla Inżyniera Kontraktu wynoszący 2 500 netto jest według wyjaśnień średniomiesięcznym kosztem stanowiska.

Oszacowano, że cały okres Umowy wyniesie ok 36 miesięcy, natomiast okres Budowy ok. 26-28 miesięcy. Zwyczajowo bazując na wielu podobnych robotach budowlanych można wysnuć wniosek, że realny okres fizycznych robót w terenie będzie jeszcze krótszy.

Faktyczne roboty budowlane stanowiące finansowo skrajną większość całości kosztów pracy Inżyniera nie będą trwały przez cały okres zatrudnienia, będzie występowała nierównomierność obłożenia pracą, a autentyczne wynagrodzenie za czas realnej pracy będzie wyższe, również w przypadku pozostałych stanowisk: Inspektora Nadzoru elektroenergetycznego, Nadzoru Drogowego, Nadzoru teletechnicznego, Specjalisty ds. Rozliczeń. Odnosząc się do zarzutu o brak uwzględnienia kosztów ewentualnego zastępcy Inżyniera - nie można zakładać niewliczenia zastępstwa na budowie, może się to zawierać w wynagrodzeniu wskazanej osoby i nie musi być oddzielnie skalkulowane. Zgodnie z zapisami WZK Inżynier może rozłożyć zastępstwo na kilka osób lub wskazać obowiązek bytności np. Inżynierowi Rezydentowi, który ma odpowiednio wyższe skalkulowane wynagrodzenie.

Odwołujący niesłusznie założył, że nie jest prawdopodobnym, by osoba z dużym doświadczeniem zdecydowała się pełnić funkcję za tak niskie wynagrodzenie.

W zakresie podniesionego zarzutu dotyczącego konieczności zatrudnienia na podstawie umowy o pracę specjalisty ds. ppoż. wykonawca wskazał na stanowisko specjalisty ds. ppoż. osobę posiadającą odpowiednie wykształcenie (Szkoła Główna Służby Pożarniczej ukończona 1994 r.), natomiast w informacji o podstawie dysponowania wymienioną osobą

wpisał: „Umowa cywilno-prawna”. Zamawiający zmienił zapis r. VI ust. 5 SIWZ i wskazał, że „wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wchodzących w skład Personelu Inżyniera — za wyłączeniem kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu Prawa budowlanego oraz osób wskazanych w R. VIII ust. 1 pkt 2b) 1. i w R. VIII ust. 1 pkt 2b) 10. SIWZ.” W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał: „Spec. Ds. p.poż RZECZOZNAWCA” „Umowa cywilno-prawna. Rzeczoznawca, samodzielna funkcja w budownictwie. Wg potrzeb.

Zawód rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń ppoż. jest specjalistyczną działalnością, związaną z „koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych” (art.12 ust.1 Prawa bud., poprzedzoną egzaminem przed Komendą Główną Państwowej Straży Pożarnej, kwalifikującym i nadającym uprawnienia do wykonywania zawodu rzeczoznawcy.

Art. 12a ustawy mówi: „Samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1, mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych”. Ustawa o ochronie przeciwpożarowej w art. 2b określa wymagania na stanowisko rzeczoznawcy: posiadanie kwalifikacji oraz przygotowanie zawodowe potwierdzone egzaminem. Wynika z tego że wskazana osoba pełni samodzielną funkcję w budownictwie w rozumieniu prawa budowlanego — art. 12 i 12a. Wykonawca nie jest więc zobligowany do dysponowania tą osobą na podstawie umowy o pracę.

Ad naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, gdy nie spełnił warunku udziału dysponowania inspektorem nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych zamawiający wskazał, że wskazane w ofercie uprawnienia budowlane Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci były wydane w roku 1980, a więc na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.).

Zgodnie z tym aktem, organ prowadzący postępowanie w sprawie nadania uprawnień budowlanych, określał specjalność i zakres nadawanych uprawnień na podstawie udokumentowanego wykształcenia, dodatkowo ich zakres mógł podlegać ograniczeniu na podstawie udokumentowanej praktyki. W przypadku osoby wskazanej przez wykonawcę, są to uprawnienia „bez ograniczeń”.

Nowe przepisy, dotyczące samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wprowadzone po roku 1988, nadały m.in. nowe brzmienia nazwom uprawnień. Dodatkowo ustawa Pr. Bud. usankcjonowała nazwy specjalności uprawnień budowlanych, gdzie w art.14 ust. 1 pkt 4b są wskazane uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Zgodnie z art. 104 ustawy Pb, osoby które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Obecnie uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci i instalacje ciepłe, wentylacyjne, gazowe, wodociągowe i kanalizacyjne.

W wykazie osób, zostały przytoczone kontrakty, w których uczestniczyła wskazana osoba, pełniła ona funkcję inspektora nadzoru robót sanitarnych, a roboty były na tyle złożone, że osoba ta musiała się wykazać uprawnieniami w specjalności instalacyjnej w pełnym zakresie. Znamienne są również: stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego w liście Prezesa Krajowej Rady Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa do Przewodniczących wszystkich okręgowych Komisji Kwalifikacyjnych Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa z 20 lipca 2011 r. (P-0771-0014(1)/11) oraz pismo Ministerstwa Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z 06.06.1989 znak: UA/N-2/B B/2/12/89 do Głównych Architektów Województw . Dostępne w sieci powołania na te dokumenty mówią m.in.: <http://www.loiib.pl/files/20113.pdf> str.6: „Nie zachodzi potrzeba rozszerzania w drodze decyzji zakresu stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, nadanych na podstawie dotychczasowych przepisów w specjalnościach »sieci sanitarne«, »instalacje sanitarne«, »instalacje elektryczne«, o ile stwierdzenia te obejmują pełen zakres danej specjalności. W tych przypadkach rozszerzenie zakresu w ramach tak określonej specjalności następuje z mocy prawa” <https://www.piib.org.pl/organy/kraiowa-komisja-kwalifikacyjna/przykladowe-wyjasnieniadotyczace-zakresu-uprawnien-budowlanvch/rok-1975/1861-1975-r-uprawnienia-budowlane-wspecjalnosci-instalacyjno-inzynieryinei-w-zakresie-sieci-elektrycznych:dotyczy-sieci-elektrycznych,alezasadainterpretacjijestpodobna> i wyjaśnienie dotyczy też specjalności sanitarnych.

<https://doczz.pl/doc/914583/plik-pdf-8.70mb---polska-izba-in%C5%BCynier%C3%BCwbudownictwa> str. 11 kolumna 3: ponowne powołanie się na ww. pismo Ministra.

<https://inzvniierbudownictwa.pl/uprawnienia-z-ograniczeniami-i-bez/>: dotyczące innego

rodzaju uprawnień, ale zasada interpretacji podobna. W szczególności na podstawie

wyjaśnień Ministra, można stwierdzić, że wskazana osoba spełnia warunki, a brzmienie „dawnych” i obecnych uprawnień zawodowych (w obu przypadkach bez ograniczeń) nie jest czynnikiem determinującym zakres uprawnień, są one zgodne w zakresie całej specjalności. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp przez przyznanie wykonawcy Iwnise 10 punktów w podkryterium dodatkowe doświadczenie inżyniera rezydenta.

Zamawiający określił w SIWZ następujące wymagania w stosunku do Inżyniera Rezydenta: w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pracował na stanowisku Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Inspektora Nadzoru lub równorzędnym w zakresie koordynacji lub nadzorowania realizacji inwestycji, przy realizacji co najmniej dwóch kontraktów obejmujących budowę obiektu kubaturowego, o minimum 2 poziomach naziemnych i minimum 1 podziemnej, zawierającego w swojej konstrukcji zintegrowany parking o minimum 150 miejscach postojowych, przez okres minimum 12 miesięcy na każdym, o wartości robót minimum 20 milionów PLN brutto każda.

Zamawiający nie wskazywał konkretnych czynności, które osoba zatrudniona uprzednio na stanowisku Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Inspektora Nadzoru lub równorzędnym w zakresie koordynacji lub nadzorowania realizacji inwestycji, miałyby wypełniać. Zamawiający wg zapisów wymagał, aby dana osoba była zatrudniona na konkretnym stanowisku. Intencją wymagania była wola pozyskania osoby posiadającej doświadczenie generalnie w zakresie koordynowania robót budowlanych czy też realizacji kontraktu, co stanowi istotę pracy Inżyniera rezydenta. Nazwa stanowiska osoby zaproponowanej przez IWNiSE w połączeniu z zakresem zadań mu przypisanych daje podstawy do twierdzenia, iż Wykonawca wskazany wymóg spełnia. Jednocześnie trudno uznać za logiczne i możliwe do spełnienia wymagania, zgodnie z którymi Inżynier kontraktu musiałby posiadać doświadczenie w koordynowaniu wszelkich robót czy też prac.

Rodzaje pełnionych stanowisk przez Pana K. R. oraz pozostałe dane ujawnione w wykazie osób, dają pełen obraz jego kompetencji osoby co w ocenie Zamawiającego pozwala na przyznanie dodatkowych punktów.

Iwnise sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu pierwszego, jako podniesionego po upływie terminu, w pozostałym zakresie, o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie złożonego przez przystępującego wniosku o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp wobec przekroczeniu terminu do wniesienia, wniosek jest niezasadny. W ocenie składu orzekającego odwołujący nie przekroczył terminu na podniesienie zarzutu. Podzielając pogląd wnioskodawcy, iż należy oddzielić jednorazową czynność otwarcia ofert od czynności o z reguły dłuższym przebiegu, jaką jest badanie i ocena ofert, stwierdzić należy, iż faktu tego nie wynika skutek w postaci rozpoczęcia biegu na wniesienie odwołania na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą, nawet gdy taka niezgodność może być z łatwością dostrzeżona. Zamawiający nie ma obowiązku niezwłocznego odrzucania ofert i brak jest ustawowego terminu dla takich czynności, zatem bieg rozważanego terminu zaniechania odrzucenia należy liczyć począwszy od decyzji zamawiającego o wyniku postępowania, w tym odrzuceniach ofert, wykluczeniach wykonawców oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, stosownie do dat dokonania tych czynności. W sprawie rozpatrywanej istotniejsze jest jednak stwierdzenie, że w rzeczywistości twierdzenie o utajnieniu przez wykonawcę informacji prawnie jawnych jest wątpliwe w okolicznościach faktycznych zdarzenia. Istotnie wskazane informacje z uwagi na ich przedstawienie w dokumencie elektronicznie utajnionym nie zostały przedstawione w trakcie transmisji sesji ofert. Skoro jednak już w tym samym dniu oferta została udostępniona publicznie przez zamawiającego, sygnalizowane uchybienie zostało poprawione i nie miało wpływu na przebieg i wyniki postępowania.

W zakresie zarzutu podniesionego względem ceny oferty przystępującego jako rażąco niskiej (art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3) opartego na okoliczności faktycznej, jaką jest rażąco niskie wynagrodzenie osób przewidzianych do świadczenia usługi należy zauważyć, że wskazany przepis ustawy nakazuje odrzucić ofertę z ceną rażąco niską, nie zaś rażąco niską wielkością elementu tej ceny, jakkolwiek uprawnione jest badanie składowych ceny o charakterze istotnym, w tym np. wskazanych przez odwołującego. W tym względzie niesporne jest, że cena oferty mieści się w przyjętych w branży wielkościach ceny usług nadzoru inwestorskiego i podobnych odnoszonych procentowo do wartości robót budowlanych obsługiwanych przez wykonawcę. Przy tym kwestionowana cena nie była najniższą w postępowaniu. Mając na uwadze treść przedstawionej kalkulację zamawiającemu w powiązaniu z treścią oferty w formularzu istotnie stwierdzono, że w kwestii wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu przyjęto w kalkulacji koszt 2 500 zł miesięcznie ze wskazaniem dysponowania tą osobą na podstawie umowy o pracę, co może wydawać się nierealne wobec wyższego ustawowego minimalnego wynagrodzenia miesięcznego pracownika, a jednocześnie przy oczywistych wymogach co do wysokich kwalifikacji niezbędnych do wykonywania czynności Inżyniera Kontraktu. Przeanalizowanie informacji złożonych przez wykonawcę w tym zakresie w kontekście warunków kontraktu (WZK) prowadzi do wniosku, że kwestionowane wynagrodzenie nie musi być nierealne. W

szczegółności wskazany podmiot nie musi wykonywać osobiście i w pełnym wymiarze czynności wobec przewidzianej funkcji zastępcy i osób personelu. Ponadto wskazana kwota wynagrodzenia została zadeklarowana jako średniomiesięczna, zapewne kalkulacyjnie dostosowana do przewidywanego okresu realizacji robót budowlanych i montażowych, które wg zapewnień zamawiającego będą trwać znacząco krócej niż cały okres umowy. Ponadto brak informacji co do wymiaru i rodzaju czasu pracy zatrudnionej osoby pozostawia po stronie wykonawcy swobodę w tym zakresie, co może oznaczać na przykład także niepełny wymiar, lub zadaniowy czas pracy. Mając na uwadze powyższe i uwzględniając argumentację zamawiającego oraz przystępującego, skład orzekający nie podziela zarzutu o zaferowaniu przez wykonawcę ceny rażąco niskiej.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności zatrudnienia na podstawie umowy o pracę specjalisty do spraw ppoż. Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż w świetle postanowień siwz, jeżeli czynności wchodzące w skład usługi wykonuje osoba pełniąca samodzielną funkcję techniczną w budownictwie w rozumieniu Prawa budowlanego, nie stosuje się wymogu pozostawiania z wykonawcą w stosunku pracy. Wobec wskazania że specjalista ds. p.poż taką funkcję pełni, warunek oparty na kodeksie pracy nie jest wymagany.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału dysponowania inspektorem nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych ustalono, że wskazane w ofercie uprawnienia budowlane Inspektora Nadzoru specjalności techniczno-budowlanej były wydane w 1980 r. na podstawie przepisów rozp. Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.).

Zgodnie z tym aktem zostały rozróżnione specjalności, w których organ prowadzący postępowanie, określał specjalność i zakres uprawnień. W zakresie spornym poddanym rozpatrzeniu § 13 ust. 1 pkt 4 przewiduje nadawanie uprawnień w zakresie: a) sieci sanitarnych /.../ b) instalacji sanitarnych. Tym samym dokonano wyraźnie rozróżnienia na sieci i instalacje jako odrębne zakresu. Biorąc pod uwagę, że uprawnienia pana K. dotyczą instalacji sanitarnych, bez wskazania na sieci, w świetle jednoznacznego wymogu specyfikacji, warunek ten nie został spełniony. Oceny tej nie zmienia określenie „bez ograniczeń”, które konsekwentnie dotyczy jedynie instalacji. Brak jest podstaw prawnych do uznania za poprawną argumentację, jakoby późniejsze przepisy prawa budowlanego

rozszerzały nabyte uprawnienia o dodatkowe wcześniej wyspecyfikowane specjalności. Dla porównania jedynie wskazać można, że odmienna ocena mogłaby mieć miejsce w odniesieniu do instalacji elektrycznych wymienionych w powołanym przepisie § 13 ust. 1 pkt 4 d bez rozróżniania ich na sieci i instalacji. W sprawie niniejszej zarzut należy zatem uznać za potwierdzony niezależnie od formułowanych post factum ocen treści tego warunku jako nadmiarowego wobec braku w przedmiocie prac budowlanych elementów o charakterze sieci sanitarnych.

W pozostałym zakresie skład orzekający uznaje zarzuty odwołania za niezasadne przyjmując za własną argumentację zamawiającego jako popartą dokumentacją postępowania, w tym złożonymi przez wykonawcę dowodami potwierdzającymi zasadność przyznania dodatkowej punktacji z tytułu doświadczenia Inżyniera Rezydenta.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji uznając zarzut dotyczący spełnienia warunku udziału za potwierdzony, jednakże bez skutku, na obecnym etapie postępowania, wskazanego przez odwołującego.

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 § 7 ust. 2 i 3 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) dokonując stosunkowego rozdziału kosztów.

Przewodniczący: