Sygn. akt: KIO 2375/22 KIO 2395/22

WYROK

z dnia 23 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2022 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawców:

A. PROKOM Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (sygn. akt 2375/22)

B. Structo GP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej (sygn. akt 2395/22)

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sosnowiec - Miejski Zakład Zasobów Lokalowych w Sosnowcu

przy udziale wykonawców:

A. W. M.-G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WMG W. M.-G. w Krakowie

zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach sygn. akt: KIO 2375/22 i KIO 2395/22

B. Structo Nadzory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach sygn. akt: KIO 2375/22 i KIO 2395/22

C. Structo GP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 2375/22

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2375/22 i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w zadaniach numer 1,2,3,4,5,7,8,9,11,12 złożonych przez wykonawcę W. M.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą WMG W. M.-G. w Krakowie oraz dokonanie odrzucenia ofert złożonych przez tego wykonawcę;

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2395/22 i nakazuje zamawiającemu:

2.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w zadaniach numer 1,2,3,7,8,9,11,12 złożonych przez wykonawcę W. M.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą WMG W. M.-G. w Krakowie;

2.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego Structo GP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej;

2.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

3. Kosztami postępowania w sprawach sygn. akt KIO 2375/22 oraz KIO 2395/22 obciąża zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od wniesionych odwołań;

3.2. w sprawie sygn. akt KIO 2375/22 zasądza od zamawiającego na rzecz PROKOM Construction sp. z o.o. kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu,

3.3. w sprawie sygn. akt KIO 2395/22 zasądza od zamawiającego na rzecz Structo GP sp. z o.o. kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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: .....

Sygn. akt: KIO 2375/22 KIO 2395/22

U z a s a d n i e n i e

Gmina Sosnowiec - Miejski Zakład Zasobów Lokalowych w Sosnowcu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu dla zadania pn.: „Termomodernizacja budynków mieszkalnych, wielorodzinnych zlokalizowanych przy ulicach Szczecińskiej 1, 2, 4, 5, 12, 14, 15A, 16, Wierzbowej 3, Lipowej 18a, 20, 22, Sobieskiego 18, Andersa 81, 83A, 85, 87, Pułaskiego 9 i Czeladzkiej 25cd w Sosnowcu" w części: Termomodernizacja budynków mieszkalnych, wielorodzinnych zlokalizowanych przy ulicach Szczecińskiej 2, 4, 5, 12-14, 16, Pułaskiego 9, Lipowej 18a, 20, 22, Czeladzkiej 25cd, Andersa 83a, 85, w Sosnowcu", numer referencyjny: WZP.C.271.1.28.2022.VB. Zamówienie zostało podzielone na 12 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/S 037-095754 z 28 lipca 2022.

7 września 2022 r. Zmawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze w zadaniach nr 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12 najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę W. M.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą WMG W. M.-G. (dalej: „WMG") oraz wyborze oferty PROCOM Construction sp. z o.o. w częściach 6 i 10, a także o odrzuceniu ofert: wykonawcy Structo GP sp. z o.o. w częściach: 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11 i 12 i oferty Structo Nadzory sp. z o.o. w częściach nr 4,5,6. Wykonawcy: PROKOM Construction sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący Procom") w sprawie KIO 2375/22 oraz Structo GP sp. z o.o.

(dalej: „Odwołujący Structo") w sprawie KIO KIO 2395/22 wnieśli odwołania wobec ww. czynności Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 2375/22

Odwołujący Procom wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy WMG w częściach nr 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11,12, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert tego wykonawcy, pomimo iż zawierają one rażąco niską cenę, w związku z niezasadnym przyjęciem, iż złożone w toku postępowania wyjaśnienia uzasadniają podane w ofercie ceny.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru ofert WMG jako ofert najkorzystniejszych dla ww. części;

2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

3) dokonanie wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszych.

W uzasadnieniu Odwołujący Prokom podał m.in., że wykonawca WMG złożył ofertę na wszystkie 12 części. Dla każdej z części cena ofertowa w znaczący sposób odbiegała zarówno od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, jak i wartości oszacowanej przez Zamawiającego. Zaistniały więc obligatoryjne okoliczności nakazujące wezwanie WMG do złożenia wyjaśnień pod kątem badania czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny dla każdej z 12 części. Wykonawca WMG w dniu 24 sierpnia 2022 r. złożył jedno pismo wraz z wyjaśnieniami, zawierające informacje zbiorcze dla części, których dotyczy odwołanie tj. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11,12. Do pisma nie dołączono żadnych dowodów.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia WMG nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny dla każdej części. Wykonawca WMG nie wykazał, że zaproponowane przez niego ceny nie są rażąco niskie. Pismo WMG stanowi jedynie zbiór deklaracji i oświadczeń. Postępowanie jest prowadzone dla każdej z części osobno, a z treści wyjaśnień wynika, iż WMG traktuje postępowanie jako jedno zamówienie. Zamawiający winien odrzucić ofertę WMG dla każdej z 12 części (dla części 6 i 10 pomimo wezwania, jak wynika z treści pisma wykonawca WMG nie złożył wyjaśnień), jako zawierającą rażąco niską cenę. Ze względu na wysokość cen ofert wykonawcy WMG, dla każdej z części, zachodzi domniemanie, iż zawierają one rażąco niską cenę. Zamawiający realizując obowiązek wynikający z przepisów Pzp, wezwał WMG do złożenia wyjaśnień dotyczących każdej z 12 części. W odpowiedzi WMG przekazał jedno wyjaśnienie ceny łącznej dla 10 zadań (1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12). Już sam ten fakt dyskwalifikuje złożone wyjaśnienia, które nie zostało złożone dla każdej z części z osobna, ale dla jednej ceny stanowiącej sumę 10 wybranych przez niego części. Wykonawca potraktował 10 złożonych ofert jako jedno, próbując uzasadnić łączną wysokość ceny. Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający może udzielić zamówienia dla każdej z części z osobna, podpisując dla każdej z części odrębną umowę, założenie przyjęte przez WMG jest błędne i prowadzi do wniosku, iż każda z części zawiera rażąco niską cenę. Zamówienia te są od siebie niezależne, a Zamawiający może każdą z części udzielić różnym Wykonawcom, zrezygnować z udzielenia zamówienia, a także realizować je w innych terminach. Nieudzielenie zamówienia WMG co najmniej w jednej z części lub przesunięcie ich terminu rozpoczęcia, prowadziłoby do utraty rentowności i wprost wskazuje na cenę rażąco niską. Co do zasady oferta WMG powinna zostać odrzucona dla każdej z 12 części, ze względu na fakt, iż wykonawca ten na wezwanie nie złożył wyjaśnienia dla każdej z nich, a dla łącznej jednej ceny stanowiącej sumę wybranych przez siebie 10 części. Ponadto wyjaśnienia WMG to zbiór oświadczeń niepopartych żadnymi dowodami. Nie powinny więc stanowić żadnego materiału, który Zamawiający winien brać pod uwagę na etapie badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Przykładowo wskazano, iż usługa będzie realizowana przez dwie osoby zaangażowane w pełnym wymiarze czasu pracy (w rozumieniu umów o pracę na pełny etat). Brak jest jakichkolwiek dowodów, iż WMG dysponuje personelem o wymaganych kwalifikacjach, gotowych podjąć pracę za takie wynagrodzenie. Stawka 3.010 zł brutto nie została także powiększona o obciążenia podatkowe pracodawcy ponoszone w przypadku umów o pracę. Lakoniczność wyjaśnień nie pozwala na jakąkolwiek analizę, a w szczególności do przyjęcia założenia przez Zamawiającego, iż oferty nie zawierają cen rażąco niskich.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenia odwołania jako bezzasadnego. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że wykonawca WMG w jego ocenie wykazał, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca WMG w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykazał, iż z uwagi na prowadzoną działalność gospodarczą korzysta ze zwolnienia podmiotowego od podatku od towarów usługi na podstawie art. 113 ust. 1 i 9 ustawy od podatku od towarów i usług. Na potwierdzenie tego została wskazana odpowiednia ogólnodostępna strona internetowa, z której wynika, że nie figuruje on jako podatnik VAT. Powyższa okoliczność jest niezwykle ważna w kontekście weryfikacji zaistnienia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z definicją określoną

w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach w zw. z art. 7 pkt

1 ustawy Pzp przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Powyższe oznacza, iż w przypadku obowiązku zapłaty podatku od towarów i usług wykonawca zobowiązany jest w cenie uwzględnić wartość tego podatku. Z uwagi na zwolnienie podmiotowe taki obowiązek nie występował w stosunku do wykonawcy WMG, zatem ceny zaproponowane przez tego wykonawcę są niższe o wartość podatku VAT, który w tym przypadku wynosi 23%. Przytoczony powyżej argument nabiera szczególnego znaczenia, w kontekście wniesionego odwołania. Zamawiający w tym zakresie przedstawił w układzie tabelarycznym porównanie cen ofert wykonawcy WMG powiększonych o hipotetyczny podatek VAT, z najniższą ceną spośród pozostałych złożonych ofert, których relacja w poszczególnych częściach zamówienia przedstawia się następująco:

1	3 687,54 zł	3 180,72 zł
2	3 687,54 zł	3 779,83 zł
3	3 687,54 zł	3 812,51 zł
4	3 687,54 zł	7 250,85 zł
5	3 687,54 zł	3 905,50 zł
6	12 177,00 zł	7 250,85 zł
7	5 904,00 zł	5 495,46 zł
8	5 904,00 zł	5 495,46 zł
9	5 904,00 zł	5 495,46 zł
10	14 022,00 zł	7 250,85 zł
11	8 600,16 zł	7 250,85 zł
12	8 600,16 zł	7 250,85 zł
	Następnie Zamawiający	

Odwołującego Prokom wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie określił w sposób enumeratywny, iż oczekuje, aby wyjaśnienia przyjęły określoną formę. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem postępowania jest usługa, Zamawiający postanowił, iż pozostawi swobodę argumentacji wykonawcom. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy WMG są rzeczowe i wystarczające. Słusznie wskazuje ten wykonawca, iż w przypadku usługi inżyniera kontraktu kluczowym jest wynagrodzenie inspektorów nadzoru inwestorskiego w poszczególnych branżach oraz koszty dojazdu na teren budowy. W tych dwóch obszarach wyjaśnienia wykonawcy WMG są rzeczowe i merytoryczne.

Po pierwsze złożone wyjaśnienia mają odzwierciedlenie w zakładanym terminie realizacji. Zgodnie z rozdziałem II ust. 3 SWZ, Zamawiający założył 16 tygodni terminu realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia. Ponadto w ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający postawił wymóg skierowania do realizacji zamówienia dwóch inspektorów nadzoru odpowiednio w branży sanitarnej i w branży konstrukcyjno - budowlanej. Zamawiający wskazał, iż nie uzależnia liczby inspektorów od ilości części, na które Wykonawca składa ofertę. Wykonawca WMG, jako okres zatrudnienia inspektorów nadzoru przyjął 4 miesiące, co jest okresem zgodnym z wymaganym przez Zamawiającego. Wynagrodzenie inspektorów zostało przyjęte w wysokości 3.010,00 PLN, co jest zgodne z obowiązującymi przepisami w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę. Inspektorzy zostaną zaangażowani do realizacji usługi objętej przedmiotem postępowania w pełnym wymiarze czasu pracy, czego Zamawiający nie wymagał, a co świadczy o zrozumieniu specyfiki usługi, a przede wszystkim faktu, że robota budowlana będzie realizowana równocześnie w kilku lokalizacjach. Przyjęte przez wykonawcę WMG wynagrodzenie inspektorów nadzoru jest identyczne do tego, jakie przyjął Odwołujący Prokom. Zgodnie bowiem z przedstawionym dowodem nr 1, wynagrodzenie jednego z inspektorów nadzoru proponowanego przez Odwołującego wynosi 3.010,00 PLN. W odniesieniu do wykonawcy WMG ta weryfikacja była pozytywna. Zdaniem Zamawiającego słusznie także wykonawca

WMG dokonał wyliczenia kosztów dojazdu inspektorów nadzoru do poszczególnych lokalizacji robót budowlanych. Została dokonana koncentracja lokalizacji wykonywania robót budowalnych, nastąpiło wyliczenie odległości pomiędzy siedzibą, a poszczególnymi budynkami na terenie Gminy Sosnowiec, na których mają być prowadzone roboty budowlane. Wykonawca przyjął, iż inspektorzy nadzoru budowlanego będą obecni na każdej budowie codziennie przez cały okres realizacji roboty budowlanej objętej usługą nadzoru. W kalkulacji ceny została również uwzględniona droga powrotna inspektorów z Sosnowca do Krakowa.

W dalszej kolejności Zamawiający stwierdził, że czołowy argument Odwołującego opiera się na tezie, że wykonawca WMG winien złożyć wyjaśnienia odrębnie dla każdej części z osobna, a nie łącznie dla 10 zadań (1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12). Argument ten jest całkowicie chybiony. Po pierwsze wykonawca WMG składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wskazał, że do celów kalkulacji ceny oferty dokonał koncentracji wybranych części postępowania ze względu na położenie geograficzne ich realizacji, co ma bardzo istotne znaczenie logistyczne, bezpośrednio wpływające na skalkulowanie ceny. Założenia kalkulacyjne zakładały, że oferta będzie najkorzystniejszą w zakresie kilku części postępowania, o pozwoliło, zgodnie z ze złożonymi wyjaśnieniami na optymalnie skalkulować niezbędny czas pracy inspektorów, koszty logistyczne czy rozwiązania organizacyjne. Po wtóre, wezwanie w trybie art. 224 Pzp nie zawierało zastrzeżenia, że wyjaśnienia mają być złożone odrębnie dla każdej części zamówienia wobec której miał być złożone wyjaśniania. Zamawiający podał, że biorąc pod uwagę sposób skonstruowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie skierowania do realizacji zamówienia określonych inspektorów nadzoru budowlanego zdawał sobie sprawę z faktu, że koszty ich zatrudnienia niekoniecznie będą rozkładały się na poszczególne części zamówienia odrębnie. Powyższe wynika także z koncentracji budynków, w ramach których mają być prowadzone roboty budowlane dla których będzie świadczona usługa objęta przedmiotem zamówienia. Po trzecie Odwołujący, który również został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wszystkich części zamówienia, to jest: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11,12, złożył wyjaśnienia, które również nie zostały podzielone / wyodrębnione na poszczególne części. Odwołujący złożył zbiorcze wyjaśnienia odnoszące się do wszystkich części. Co więcej, Odwołujący w sposób całkowicie niczym nieuzasadniony przyjął, iż inspektor nadzoru w branży konstrukcyjno- budowalnej będzie obecny na budowie jedynie trzy razy w miesiącu, a inspektor nadzoru w branży sanitarnej dwa razy w miesiącu. Takie zastrzeżenie nie wynika z zapisów SWZ ani również z projektowanych postanowień umownych. Wykonawca WMG przyjął natomiast, że zarówno jeden jak i drugi inspektor nadzoru będą obecni na budowie we wszystkie dni robocze. Zamawiający kierując się zasadą równego traktowania wykonawców uznał za wystarczające zarówno wyjaśnienia Odwołującego jak i wykonawcy WMG. W przeciwnym wypadku, gdyby uznać za zasadne zarzuty podniesione w odwołaniu należałoby przyjąć, iż zarówno oferta wykonawcy WMG, jak i oferta Odwołującego winny zostać odrzucone z uwagi na tę samą podstawę prawną, jak i to samo uzasadnienie faktyczne. Jednak Zamawiający uznał za wystarczające zarówno jedne jak i drugie wyjaśnienia.

Następnie Zamawiający stwierdził, że wykonawca WMG w drodze postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych o jakich stanowi art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z „Regulaminem postępowania w sprawach udzielania zamówień publicznych Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu” na zadanie pn.: „Organizowanie i sprawowanie kompleksowego nadzoru inwestorskiego wielobranżowego nad robotami budowlanymi realizowanymi w ramach przedsięwzięcia pn. ”Modernizacja i przebudowa oraz wyposażenie sal operacyjnych Centralnego Traktu Operacyjnego wraz z zapleczem w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu - I ETAP: trzy sale operacyjne Bloku Neurochirurgicznego na III p. oraz część zaplecza/szatni na II p.(po stronie „B” budynku „B”” realizuje na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu usługę inżyniera kontraktu, której termin realizacji pokrywa się z całym okresem realizacji przedmiotowego Postępowania. Powyższe powoduje, iż koszty realizacji usługi objętej postępowaniem są dużo niższe, albowiem wszystkie stałe koszty są pokrywane nie tylko w ramach przedmiotowej usługi, ale także umowy już zawartej.

W dalszej kolejności Zamawiający podał, że w przypadku odwołania, którego przedmiotem jest kwestia związana z rażąco niską ceną ciężar dowodowy przeniesiony jest na przystępującego lub względnie zamawiającego, nie jest to jednak równoznaczne z tym, że co do zasady odwołujący jest zwolniony z szczegółowego wyartykułowania zarzutów. Na Odwołującym nadal ciąży obowiązek wynikający z art. 516 ust. 1 pkt 8 Pzp zobowiązujący go do zwięzłego przedstawienia zarzutów oraz z art. 516 ust. 1 pkt 10 zobowiązujący do wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W odniesieniu do wyjaśnień wykonawcy WMG Odwołujący nie przywołał żadnego merytorycznego argumentu, który mógłby stanowić

podstawę do uwzględnienia Odwołania. Zdaniem Zamawiającego wykonawca WMG przedstawił kalkulację ceny z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych.

Z zachowaniem wymogów ustawowych zostały zgłoszone przystąpienia do postepowania odwoławczego: po stronie Zamawiającego przez wykonawcę W. M.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą WMG W. M.-G. - Godyń, oraz po stronie Odwołującego przez wykonawców Structo Nadzory sp. z o.o. i Structo GP sp. z o.o.

Sygn. akt KIO 2395/22

Odwołujący Structo wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w zakresie części: 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11 i 12 oraz dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11 i 12, uznając, iż dokonując tych czynności Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty O podczas, gdy w stanie faktycznym niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ziściły się przesłanki stanowiące podstawę wykluczenia Odwołującego, w szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że doszło do zakłócenia konkurencji ze względu na przynależność do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył ofertę w tych samych częściach zamówienia;

2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty

najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego w części 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11 i 12 złożonej

przez Odwołującego;

3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości w związku z dokonaniem odrzucenia oferty Odwołującego, która spełnia wszelkie warunki oraz wymagania zawarte w ustawie Pzp oraz SWZ, a w szczególności w stosunku do Odwołującego nie zachodzi żadna z przesłanek wykluczenia z postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący Structo wniósł o unieważnienie

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11 i 12 oraz nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący Structo przytoczył fragment uzasadnienia odrzucenia jego oferty i stwierdził, że Zamawiający ustalił, że oba podmioty, tj. Structo GP sp. z o.o. oraz Structo Nadzory sp. z o.o., należą do tej samej grupy kapitałowej nadto ustalił, że obie spółki złożyły oferty częściowe w tym postępowaniu, co zdaniem Zamawiającego kwalifikuje się do przyjęcia, że w postępowaniu zachodzi przesłanka z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący nie zaprzeczył, że obydwa podmioty należą do jednej grupy kapitałowej, jak też że zostały złożone przez nich oferty na poszczególne części zamówienia, jednak zaznaczył, że Zamawiający pominął najistotniejszą część okoliczności faktycznych istniejących w sprawie, tj. tego, iż obie spółki nie składały ofert w tych samych częściach zamówienia. Każda bowiem spółka złożyła ofertę na inną część zamówienia, tj.: Structo Nadzory sp. z o.o. w zakresie części: 4, 5 i 6 postępowania, zaś Structo GP Sp. z o.o. w zakresie części: 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11 i 12 postępowania. Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezasadnie przyjął, że samo ustalenie powiązań kapitałowych ze złożeniem ofert częściowych przez wykonawców wypełnia ww. przesłanki wykluczenia wykonawców, o kreślone w ww. przepisie. Brak jest bowiem podstaw - nawet czysto hipotetycznych - do uznania, że obie spółki składając swoje oferty wpłynęły lub nawet próbowały wpłynąć na wyniki postępowania. Istotą bowiem niedozwolonych porozumień pomiędzy wykonawcami, w tym porozumień pomiędzy podmiotami tej samej grupy kapitałowej, jest zwiększenie swojej szansy na uzyskanie zamówienia poprzez złożenie większej ilości ofert niż dozwolona (każdy wykonawca może złożyć jedną ofertę w postępowaniu). Ne ma różnicy w sytuacji, gdyby na wszystkie części zamówienia zostały złożone oferty tylko przez spółkę Structo Nadzory sp. z o.o. albo tylko przez spółkę Structo GP sp. z o.o., od sytuacji, gdy oferty zostały złożone odrębnie na różne części przez obie spółki jednocześnie. W każdej bowiem części postępowania została złożona tylko jedna oferta. Nadto Zamawiający nie ustanowił

limitu liczby ofert częściowych składanych przez wykonawców. Zgodnie z ww. Komentarzem UZP: „Domniemanie zmowy przetargowej dotyczy również przypadku, gdy wykonawcy należący do grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty częściowe. Ratio legis przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp jest przeciwdziałanie porozumieniom mającym na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji. Przenosząc powyższe na grunt ofert częściowych, należy stwierdzić, że zakazane są więc tylko takie przypadki złożenia ofert częściowych przez członków grupy kapitałowej, które mogą zakłócić konkurencję. Wydaje się, że co do zasady możemy mieć do czynienia z dwoma takimi przypadkami. Pierwszy, gdy dochodzi do złożenia ofert przez członków grupy na tę samą część zamówienia. Drugi, gdy w przypadku ustanowienia przez zamawiającego limitu liczby ofert częściowych na podstawie art. 91 ust. 3 Pzp łączna liczba ofert częściowych złożonych przez członków grupy kapitałowej przewyższa ten limit. W tym drugim wypadku zachowania członków grupy kapitałowej wskazują na zawarcie porozumienia, którego celem jest obejście ustanowionego przez zamawiającego ograniczenia i zapewnienie sobie udziału w większej liczbie części zamówienia, niż to przewidział zamawiający. Takie zachowanie zaburza konkurencję i w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji".

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., na istnienie jego zdaniem podstaw do przyjęcia, iż Odwołujący Structo nie ma interesu we wniesieniu odwołania, na co wskazuje m.in. sposób jego konstrukcji. Przy założeniu, że oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona, to w żadnej z części objętych odwołaniem oferta ta nie byłaby bowiem uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący winien podnosić nie tylko bezprawne odrzucenie jego oferty, ale też kwestionować dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach objętych odwołaniem. W częściach tych ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca WMG. Nadto, odnosząc się do stwierdzenia Odwołującego Structo, że szkoda jakiej doznał wiąże się z zakazem ubiegania się o udzielenie zamówienia w okresie następnych trzech lat, Zamawiający stwierdził, że nie ma to oparcia w obowiązujących przepisach. Wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w żaden sposób nie wpływa bowiem, jego zdaniem, na możliwość ubiegania się przez Odwołującego o udzielenie innych zamówień publicznych, w tym także prowadzonych przez Zamawiającego, ponieważ przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp w zw. z zaistnieniem przesłanki do wykluczenia o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp mają zastosowanie jedynie do tego postępowania oraz nie wywołują skutków na przyszłość.

Zamawiający stwierdził również, że jego decyzja o wykluczeniu Odwołującego Structo i odrzuceniu jego oferty była słuszna i zgodna z obowiązującymi przepisami, bowiem jego zdaniem dla rozważania, czy zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty bez znaczenia pozostaje fakt, czy Odwołujący oraz Structo Nadzory Sp. z o.o. złożyły ofertę na te same części zamówienia czy też na różne. Bez znaczenia pozostaje również to, czy oba podmioty pozostawały w porozumieniu. Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazuje na obowiązek wykluczenia wykonawcy w przypadku, gdy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty częściowe. W tym przypadku nie ma znaczenia czy są to oferty złożone w tych samych częściach czy też różnych. Wykładania językowa przepisu nie pozostawia wątpliwości, a zatem stosowanie jakiejkolwiek wykładni celowościowej, sugerowanej przez Odwołującego, nie może mieć miejsca. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostają też rozważania dotyczące zmowy przetargowej. Zamawiający w żaden sposób nie podnosił tej kwestii. Fakt, że Odwołujący oraz Structo Nadzory Sp. z o.o. należą do tej samej grupy kapitałowej nie jest przedmiotem sporu. Wskazał na to zarówno Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz zostało to potwierdzone w treści Odwołania. Sporem nie jest objęty również fakt, że Odwołujący oraz Structo Nadzory sp. z o.o. złożyli odrębne oferty częściowe. Przedmiotem sporu jest to czy dla odrzucenia oferty wystarczające jest złożenie ofert częściowych w różnych częściach, czy też konieczne jest złożenie oferty przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej w tych samych częściach. W ocenie Zamawiającego literalne brzmienie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie wzbudza żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego kierował się wykładnią językową przywołanego przepisu.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca W. M.-G. - Godyń prowadząca działalność gospodarcza pod nazwą WMG W. M.-G. - Godyń zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania w sprawach KIO 2375/22 i KIO 2395/22, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępujących, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący Prokom wskazał m.in., że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania i narusza interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, bowiem gdyby Zamawiający działał w zgodzie z przepisami ustawy Pzp oferty Odwołującego zostałaby uznane za oferty najkorzystniejsze. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z działaniem Zamawiającego, która winna być postrzegana jako utrata możliwość realizacji zamówienia publicznego i wygenerowania z tego tytułu zysku.

Odwołujący Structo w uzasadnieniu swojego uprawnienia do skorzystania ze środków ochrony prawnej podał m.in., że złożył ofertę w postępowaniu, co oznacza, że ubiega się o udzielenie zamówienia. Składając ofertę miał interes w uzyskaniu zamówienia, natomiast Zamawiający ze względu na błędną ocenę jego oferty, pozbawił go tak rozumianego interesu. Utrzymanie w mocy błędnej decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego powoduje jakikolwiek brak możliwości uzyskania zamówienia - nawet w sytuacji braku zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (odmowa zawarcia umowy, uchylanie się od jej zawarcia itp.). Oferta Odwołującego jest drugą w kolejności ofertą ze względu na cenę jaką zaoferowano w postępowaniu, w każdym z zadań wskazanym w petitum odwołania. Odwołujący Structo na skutek błędnej decyzji Zamawiającego doznał szkody nie tylko w niniejszym postępowaniu (brak uwzględnienia w rankingu ofert), ale również na przyszłość, w postaci zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia w okresie następnych trzech lat. Tym samym, niewłaściwa decyzja Zamawiającego ma skutki daleko idące w interesie majątkowym

Odwołującego.

W ocenie Izby Odwołujący Prokom i Odwołujący Structo legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożyli oferty i są zainteresowani udzieleniem im zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mogliby liczyć na zawarcie umów i uzyskanie korzyści z nich wynikających.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, z którego wynika, że Odwołujący Structo nie wykazał legitymacji do wniesienia odwołania, w tym argumentów dotyczących wyniku postępowania. Odwołujący nie utracił statusu wykonawcy w postępowaniu oraz wskazał szkodę, jaką może ponieść na skutek podjętych lub zaniechanych przez Zamawiającego czynności, z jego twierdzeń wynika związek przyczynowy pomiędzy tą szkodą a zarzucanym naruszeniem przepisów Pzp.

Nie powinno ujść uwadze Zamawiającego, że stosownie do art. 552 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, zaś zgodnie z art. 556 ustawy Pzp w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, Izba może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań. W związku z tym, w okolicznościach analizowanej sprawy, zważywszy na rozpatrywanie przez Izbę zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy WMG oraz zarzutów dotyczących wykluczenia Odwołującego Structo i odrzucenia jego oferty, przy jednoczesnym braku zakwestionowania przez Zamawiającego, iż oferty Odwołującego Structo, gdyby nie ich odrzucenie znajdowałyby się na drugiej pozycji pod względem cen ofert, prowadzi do uznania, iż wykonawca ten korzysta z ochrony, jaką zapewnia mu możliwość wniesienia odwołania w postępowaniu.

Ponadto argumentacja Zamawiającego dotycząca istnienia jego zdaniem podstawy do wykluczenia wykonawcy tylko w tym postępowaniu, jest chybiona, wskazuje bowiem na pominięcie przez Zamawiającego przepisu art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, z którego wynika, że w przypadkach, o których mowa m.in. w art. 108 ust. 1 pkt 5 wykluczenie wykonawcy następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu dla zadania pn.: „Termomodernizacja budynków mieszkalnych, wielorodzinnych zlokalizowanych przy ulicach

Szczecińskiej 1, 2, 4, 5, 12, 14, 15A, 16, Wierzbowej 3, Lipowej 18a, 20, 22, Sobieskiego 18, Andersa 81, 83A, 85, 87, Pułaskiego 9 i Czeladzkiej 25cd w Sosnowcu" w części:

Termomodernizacja budynków mieszkalnych, wielorodzinnych zlokalizowanych przy ulicach

Szczecińskiej 2, 4, 5, 12-14, 16, Pułaskiego 9, Lipowej 18a, 20, 22, Czeladzkiej 25cd, Andersa 83a, 85, w Sosnowcu." Zamówienie zostało podzielone na 12 części:

1) Część 1 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Szczecińskiej 2;

2) Część 2 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Szczecińskiej 4;

3) Część 3 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Szczecińskiej 5;

4) Część 4 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Szczecińskiej 12-14;

5) Część 5 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Szczecińskiej 16;

6) Część 6 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Pułaskiego 9;

7) Część 7 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Lipowej 18a;

8) Część 8 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Lipowej 20;

9) Część 9 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Lipowej 22;

10) Część 10 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Czeladzkiej 25 cd;

11) Część 11 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Andersa 83a;

12) Część 12 - Termomodernizacja budynku przy ulicy Andersa 85.

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert w każdej z części. W sekcji IV ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał:

4.1.4.) Zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot

odrębnego postępowania: Tak

4.1.8.) Możliwe jest składanie ofert częściowych: Tak

4.1.9.) Liczba części: 12

4.1.10.) Ofertę można składać na wszystkie części

4.1.11.) Zamawiający ogranicza liczbę części zamówienia, którą można udzielić jednemu wykonawcy: Nie

Ze zbiorczego zestawienia ofert wynika, że w postępowaniu w każdej z części zostały złożone oferty przez kilku wykonawców, z których część złożyła oferty na wszystkie zadania objęte zamówieniem.

Pismem z 19 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę WMG do wyjaśnień ceny ofert wskazując: Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt. 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zmianami) [dalej: „ustawa Pzp"], Zamawiający wzywa Wykonawcę WMG W. M.-G., ul. Szlak 77/222, 31-153 Kraków do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu w zakresie:

- części nr 1 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Szczecińskiej 2;

- części nr 2 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Szczecińskiej 4;

- części nr 3 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Szczecińskiej 5;

- części nr 4 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Szczecińskiej 12-14;

- części nr 5 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Szczecińskiej 16;

- części nr 6 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Pułaskiego 9;

- części nr 7 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Lipowej 18a;

- części nr 8 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Lipowej 20;

- części nr 9 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Lipowej 22;

- części nr 10 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Czeladzkiej 25 cd;

- części nr 11 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Andersa 83a; -

części nr 12 zamówienia - Termomodernizacja budynku przy ulicy Andersa 85.

Przedmiotowe wyjaśnienia mają na celu ustalenie, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Złożone wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności następujących czynników wpływających na wysokość ceny takich jak:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Konsekwencją wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp jest powstanie domniemania faktycznego, że Zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną. Domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny ma charakter wzruszalny, gdyż może zostać obalone przez Wykonawcę składającego wyjaśnienia. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez

Zamawiającego ciężar dowodu zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp spoczywa na Wykonawcy i to on powinien obalić powyższe domniemanie stosownymi wyjaśnieniami.

Istotnym jest, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia winny być rzeczowe oraz poparte stosownym materiałem dowodowym. Wykonawca nie może oprzeć się jedynie na ogólnych i powszechnie istniejących tezach. Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tej materii (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 785/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 669/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1880/19, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1477/20), to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niską.

Ustawodawca zakłada, że Wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonalistami, stąd składane przez nich wyjaśnienia muszą cechować się podwyższonym miernikiem staranności. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą oni negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń co do tego, że zaoferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie. Jeśli Wykonawca nie wyjaśni i nie udowodni, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu m.in. na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną podlega również oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie.

Wyjaśnienia należy złożyć w formie opisanej szczegółowo w Rozdziale V SWZ oraz przekazać przez Platformę do elektronicznej obsługi zamówień dostępnej pod adresem:
lub za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres:
w terminie do dnia 25.08.2022 r. do godziny 10 00.

W odpowiedzi na ww. wezwanie pismem z 24 sierpnia 2022 r. wykonawca WMG w odniesieniu do kalkulacji ceny podał:

W pierwszej kolejności wskazuję, iż w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą korzystamy ze zwolnienia podmiotowego od podatku VAT na podstawie. z art. 113 ust. 1 i 9 ustawy o VAT. Okoliczność ta powoduje, że całość zaoferowanej ceny stanowi przychód, gdyż jesteśmy zwolnieni z obowiązku odprowadzania podatku vat. Stanowi to przewagę wobec innych podmiotów biorących udział w postępowaniu którzy z takiego zwolnienia nie korzystają. Jako dowód przedkładam potwierdzenie wygenerowane z portalu
z dnia 24.08.2022 r. o
identyfikatorze c8rjh-8gfb123 wskazujące, iż WMG W. M.-G.-Godyń nie figuruje w rejestrze VAT.

Wskazać należy, że ze względów organizacyjnych procedury Zamawiający podzielił postępowanie na 12 części. Z punktu widzenia zamodelowania organizacji wykonywania przez wyłonionego oferenta przedmiotu postępowania, do celów kalkulacji dokonaliśmy koncentracji wybranych części ze względu na położenie geograficzne co ma bardzo istotne znaczenie logistyczne. Nasze założenia kalkulacyjne zakładały, że nasza oferta zwycięży w zakresie kilku części, gdyż taki model pozwala na optymalne wykorzystanie czasu, kosztów logistycznych czy rozwiązań organizacyjnych. Nasze założenia zrealizowały się, gdyż nasza oferta okazała nie najkorzystniejsza ceowo w zakresie budów zlokalizowanych przy ulicach Szczecińskiej, Lipowej oraz Andersa (części 1,2,3,4,5,7,8,9,11 i 12). Łączna ich wartość to

43 374 zł. Na poniższej tabeli przedstawiono wytłuszczoną czcionką te części wraz z określeniem wartości.

	nr					wartość oferty	razem
	1	Termomodernizacja Szczecińskiej 2	budynku	przy	ulicy	2 998,00 zł	
	2	Termomodernizacja Szczecińskiej 4	budynku	przy	ulicy	2 998,00 zł	14 990,00 zł
Szczecińska	3	Szczecińskiej 5	budynku	przy	ulicy	2 998,00 zł	
	4	Termomodernizacja Szczecińskiej 12 -14	budynku	przy	ulicy	2 998,00 zł	
	5	Szczecińskiej 16				2 998,00 zł	
Pułaskiego	6	Termomodernizacja budynku przy ulicy Pułaskiego				9 900,00 zł	9 900,00 zł
	7	Termomodernizacja budynku przy ulicy Lipowej				4 800,00 zł	
Lipowa	8	Termomodernizacja budynku przy ulicy Lipowej				4 800,00 zł	14 400,00 zł
	9	Termomodernizacja budynku przy ulicy Lipowej 22				4 800,00 zł	
Czeladzka	10	Termomodernizacja budynku przy ulicy Czeladzkiej				11400,00 zł	11 400,00 zł
	11	Termomodernizacja budynku przy ulicy Andersa				6 992,00 zł	
Andaersa	12	83a					13 984,00 zł
		85					

Usługa sprawowania funkcji inżyniera kontraktu oraz inspektora nadzoru inwestorskiego ma niewymierny charakter intelektualny a udział kosztów materiałów czy urządzeń jest znikomy. Na koszty wykonania usługi zgodnie z przedmiotem przedmiotowego postępowania składają się zasadniczo 2 czynniki: koszty dojazdu oraz wynagrodzenie inspektorów nadzoru. To one w istotny sposób decydują o kalkulacji oferty.

KALKULACJA KOSZTÓW DOJAZDU

I.

Dla zamodelowania kosztów dojazdu na teren sprawowania nadzoru przyjęto codzienny dojazd z siedziby naszej firmy, przemieszczania się pomiędzy budowami (zgodnie z założoną koncentracją) oraz powrót do firmy. Stawka za 1 km dla samochodu osobowego o pojemności skokowej silnika do 900 cm3 wynosi 0,5214 zł. Regulację ustalenia stawki określa Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. Przyjęto w kalkulacji wspólną podróż inspektorów na teren budowy 1 samochodem. Całkowite koszty dojazdu na teren inwestycji w ciągu jednego dnia przedstawia poniższa tabela:

Odcinki do przebycia	dystans (km)	stawka zg. z rozporządzeniem (zł)	dzienny koszt dojazdu i przemieszczania się (zł.)
Kraków, Szlak 77 - Sosnowiec, Szczecińska 2	83		
Sosnowiec, Szczecińska 2 - Sosnowiec, Pułaskiego 9	1,2		
Sosnowiec, Pułaskiego 9 - Sosnowiec, Lipowa 18a	4		
Sosnowiec Lipowa 18 a - Sosnowiec Czeladzka 25 cd	5		
Czeladzka 25 cd - Sosnowiec Andersa 85	6		
Sosnowiec Andersa 85 - Kraków Szlak 77	73		
RAZEM ILOŚĆ KM DZIENNIE:	172,2	0,5214	89,79

Do celów kalkulacji przyjęto codzienny przyjazd na teren każdej inwestycji w ujęciu 25 przyjazdów w ciągu jednego miesiąca. W przedstawionym modelu 1-miesięczne koszty dojazdu wynoszą: 89,79 zł. x 25 dni x 4 miesiące = 8 979,00 zł.

II. KALKULACJA KOSZTÓW WYNAGRODZENIA INSPEKTORA:

Zgodnie z treścią wezwania z dnia 19.08.2022 r. należy wykazać, że kalkulacja ceny jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami, minimalne wynagrodzenie wynosi 3010 zł. brutto.

Zgodnie z warunkami SWZ zawartymi w Rozdziale II ust. 3 Zamawiający określił termin realizacji jako 16 tygodni co jest równoważne z 4 miesięcznym okresem realizacji zamówienia. Po wtóre, zgodnie z warunkami określonymi w Rozdziale III ust. 1.2 pkt 4 „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej lub

zawodowej niezależnie od ilości części, na które

Wykonawca składa ofertę, jeżeli Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia:

a) Inspektora nadzoru w branży sanitarnej (...)

b) Inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno - budowlanej (...)”

Kalkulacja naszej oferty zakładała zakłada aktywność właśnie tych 2 osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia zarówno z punktu widzenia spełnienia wymagań

Zamawiającego dla należytej realizacji przedmiotu zamówienia jak i biorąc pod uwagę względy racjonalności zapewnienia niezbędnych zasobów.

Minimalne koszty wynagrodzenia na poziomie zgodnym z przepisami przy zapewnieniu ilości osób zgodnie z wymaganym warunkiem dla zdolności technicznej lub zawodowej w okresie realizacji zamówienia wynoszą: 2 etaty x 3010 zł. x 4 miesiące = 24 080,00 zł.

Łączne koszty sprawowania nadzoru stanowiące koszty dojazdu oraz wynagrodzenia inspektora nadzoru wyliczone w sposób zapewniający minimalne wynagrodzenie określone w przepisach wynoszą:

Koszty dojazdu	8 979,00 zł.
Wynagrodzenie inspektorów nadzoru na poziomie zgodnym z przepisami	24 080,00 zł
Razem:	33 059,00

Powyższe wyjaśnienia wskazują, że po pokryciu kosztów związanych ze sprawowaniem nadzoru inwestorskiego przy przedstawionej intensywności i wynagrodzeniu inspektorów zgodnym przepisami pozostaje kwota 10 315 zł. Wynika ona z wyliczenia:
43 374 zł (suma wygranych cenowo części) - 33 059 zł. (bezpośrednie koszty wykonania

umowy) = 10 315 zł.

Jest ona wystarczająca na pokrycie wszelkich pozostałych kosztów (np. związanych z większą intensywnością prowadzenia nadzoru lub wyższą stawką wynagrodzenia inspektorów). Jest również wystarczająca na godziwy zysk firmy.

Pragniemy tutaj zaznaczyć, że wiele czynności pełnienia nadzoru inwestorskiego jakie określono w SWZ będą wykonywane z poziomu biura bez konieczności obecności na terenie budowy (np. analiza i zatwierdzanie dokumentów). Wówczas nie są ponoszone koszty dojazdu a są przewidziane w zamodelowanej kalkulacji. Zatem koszt dojazdu faktycznie będzie bardziej korzystny niż przyjęty do kalkulacji.

Przedstawione powyżej wyliczenia i wyjaśnienia wyczerpują ustawowe przesłanki, iż zaoferowana cena, biorąc pod uwagę ponoszone koszty, jest wystarczająca dla należytego wykonania zamówienia, nie jest zatem rażąco niska. Jest ona wystarczająca na pokrycie kosztów dojazdu oraz na koszty wynagrodzenia inspektorów nadzoru na poziomie przekraczającym koszty wynagrodzenia określone w powołanych przez Zamawiającego w wezwaniu przepisach, przy średniej intensywności pełnienia nadzoru przyjętej racjonalnie biorąc pod uwagę obowiązki zakreślone w SWZ.

Ponadto zwracamy uwagę, że w razie wyboru naszej firmy dla wszystkich części zamówienia kalkulacja okaże się jeszcze bardziej korzystna.

Dodatkowo informujemy, że nasza firma realizuje już inny kontrakt na terenie Miasta Sosnowiec, którego termin realizacji pokrywa się z całym okresem realizacji przedmiotowego postępowania. Powoduje to, iż koszty dojazdu do Sosnowca będą już pokryte w ramach

realizacji innego zadania - zostały tam skalkulowane. W rzeczywistości zatem do pokrycia pozostaną koszty przemieszczania się po terenie Sosnowca pomiędzy budowami, które są znikome. Jest to okoliczność szczególnie sprzyjająca naszej firmie, lecz do celów kalkulacji i wyjaśnień udzielanych Zamawiającemu, koszty dojazdu do miasta Sosnowiec zostały uwzględnione niezależnie.

Bardzo istotne jest również, że w razie zawarcia umowy, jej przedmiot nie będzie stanowił jedynego przychodu firmy jaki generuje aktywność inspektora nadzoru. Polityka cenowa naszej firmy polega na takim doborze zleceń w taki sposób, że nasza firma realizuje kilka nadzorów inwestorskich. Ponadto, oprócz nadzorowania robót nasza firma sprawuje również kontrole stanu technicznego obiektów budowlanych co generuje kolejny przychód firmy. Taka struktura zleceń w połączeniu z okolicznością, iż korzystamy ze zwolnienia od podatku VAT powoduje, że możemy oferować konkurencyjne ceny jak w przypadku niniejszego postępowania.

Odpowiedni portfel zleceń i skumulowane z nich przychody stanowią o końcowym adekwatnym wyniku finansowym. Kalkulując cenę braliśmy pod uwagę, że stanowi ona jeden z elementów naszego modelu ekonomicznego.

Podsumowując, potwierdzamy naszą cenę określoną w ofercie i oświadczamy, że zrealizujemy przedmiot umowy zgodnie z jej postanowieniami, warunkami kontraktu o roboty budowlane oraz z prawem budowlanym - w sposób należyty.

W informacji o wyborze najkorzystniejszych ofert z 7 września 2022 r. Zamawiający w odniesieniu do zadań nr 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, podał, że dokonał wyboru ofert wykonawcy WMG W. M.-G. - Godyń ul. Szlak 77/222, 31-153 Kraków. W uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty w ww. częściach zostało podane, że Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w niniejszym postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Treść oferty odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia [dalej: „SWZ"], jest zgodna z ustawą Pzp, oferta jest ważna i spełnia wszystkie warunki i wymagania Zamawiającego określone w SWZ. Według przyjętych kryteriów oceny ofert ww. oferta uzyskała najwyższą ilość punktów. Z kolei dla części nr 6 i 10 zamówienia została wybrana oferta złożona przez: PROKOM Construction Sp. z o.o. W uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 6 zamówienia zostało wskazane: Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w niniejszym postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Treść oferty odpowiada treści SWZ, jest zgodna z ustawą Pzp, oferta jest ważna i spełnia wszystkie warunki i wymagania Zamawiającego określone w SWZ. Według przyjętych kryteriów oceny ofert ww. oferta uzyskała najwyższą ilość punktów. Zamawiający przedstawił punktację ofert w poszczególnych częściach zamówienia, a także podał, że dokonał odrzucenia ofert wykonawcy Structo Nadzory 6 oraz wykonawcy Structo GP wskazując: Zamawiający informuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 2) ustawy Pzp na zadanie pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu dla zadania pn.: „Termomodernizacja budynków mieszkalnych, wielorodzinnych zlokalizowanych przy ulicach Szczecińskiej 1, 2, 4, 5, 12, 14, 15A, 16, Wierzbowej 3, Lipowej 18a, 20, 22, Sobieskiego 18, Andersa 81, 83A, 85, 87, Pułaskiego 9 i Czeladzkiej 25cd w Sosnowcu" w części: Termomodernizacja budynków mieszkalnych, wielorodzinnych zlokalizowanych przy ulicach Szczecińskiej 2, 4, 5, 12-14, 16, Pułaskiego 9, Lipowej 18a, 20, 22, Czeladzkiej 25cd, Andersa 83a, 85, w Sosnowcu (znak sprawy: WZP.C.271.1.28.2022.VB) odrzucił oferty złożone przez Wykonawców:

- w zakresie części: 4, 5 i 6 postępowania: STRUCTO NADZORY Sp. z o.o., ul. Sarnia 19A, 43-300 Bielsko Biała;

- w zakresie części: 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11 i 12 postępowania: STRUCTO GP Sp. z o.o., ul. Sarnia 19A, 43-300 Bielsko Biała.

Uzasadnienie prawne odrzucenia ofert:

Podstawą prawną odrzucenia ofert jest art. 226 ust. 1 pkt 2 a) ustawy Pzp, który stanowi, że:

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania".

Uzasadnienie faktyczne:

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawcę „jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie

konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba, ze wykażą że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie".

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, złożenie w postępowaniu ofert częściowych przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 275) [dalej: ustawa UOKiK] jest przesłanką szczególną wykluczenia tych wykonawców na podstawie przywołanej normy prawnej. Zgodnie z art. 4 pkt 14) ustawy UOKiK przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani, poprzez wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców (art. 4 pkt 4) ustawy UOKiK), w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

W związku z powyższym Zamawiający dokonał szczegółowiej analizy okoliczności faktycznych sprawy następująco:

W dniu 08.08.2022 r. o godz. 14:31 Wykonawca STRUCTO NADZORY Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Sarniej 19A, 43-300 Bielsko- Biała, reprezentowany samodzielnie przez Pana F. A. G. - Prezesa Zarządu Spółki, złożył ofertę w bieżącym postępowaniu w zakresie części 4, 5 i 6.

W dniu 08.08.2022 r. o godzinie 14:30 Wykonawca STRUCTO GP Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Sarniej 19A, 43-300 Bielsko-Biała, reprezentowany przez Pana F. A. G. - Prezesa Zarządu Spółki, na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez organ uprawniony do

reprezentacji podmiotu to jest przez: Pana F. A. G. - Prezesa Zarządu Spółki i Pana Ł. P. -

Członka Zarządu Spółki - złożył ofertę w bieżącym postępowaniu w zakresie części 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11 i 12 postępowania.

Wspólnikami Podmiotu: STRUCTO NADZORY Sp. z o.o., który zgodnie z KRS nr 0000923489 został zarejestrowany, na podstawie umowy spółki zawartej w dniu 23.09.2021 r., uchylonej Aktem Notarialnym, Repetytorium A numer 1633/2022 i zastąpionej tekstem

jednolitym w dniu

25.05.2022 r., w Sądzie Rejonowym w Bielsku Białej, VIII Wydział gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 24.09.2021 r., są: Pan F. A. G. i Pan Ł. P., każdy posiadający po 50 udziałów o łącznej wartości 2 500,00 zł, co stanowi po 50% całości udziałów Spółki.

Wspólnikami Podmiotu: STRUCTO GP Sp. z o.o., który zgodnie z KRS nr 0000957601 został zarejestrowany, na podstawie umowy spółki zawartej w dniu 28.02.2022 r., w Sądzie

Rejonowym w Bielsku Białej, VIII Wydział gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 02.03.2022 r., są: Pan F. A. G. i Pan Ł. P., każdy posiadający po 50 udziałów o łącznej wartości 2 500,00 zł, co stanowi po 50% całości udziałów Spółki.

Oba podmioty, zgodnie z dokumentami rejestrowymi, posiadają te same adresy: poczty elektronicznej: oraz strony internetowej: , stanowiącej
cyfrową wspólną ofertę i wizytówkę tych podmiotów.

W opinii Zamawiającego pomiędzy oboma wskazanymi wyżej Podmiotami istnieje związek kapitałowy, a każdy ze wspólników sprawuje kontrolę nad oboma podmiotami będącymi Wykonawcami w bieżącym postępowaniu, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia co umożliwia im wywieranie decydującego wpływu na siebie wzajemnie. Nie jest możliwe zatem, aby Wykonawcy wykazali, że przygotowali swoje oferty niezależnie od siebie, tym bardziej, że obaj reprezentowani są przez tę samą osobę: Pana F. A. G., który to w żaden sposób nie jest w stanie wykazać, że w chwili podpisywania oferty wykonawców: STRUCTO NADZORY Sp. z o.o. i STRUCTO GP Sp. z o.o. nie znał ich treści.

Wywodząc z powyższego stwierdzić należy, że Wykonawcy nie są w stanie wykazać indywidualnego i przemyślanego podejścia do sporządzenia złożonych przez siebie w bieżącym postępowaniu ofert, które wykluczyłoby przyjęty przez Zamawiającego wniosek, że w niniejszym przypadku obaj wykonawcy jako członkowie grupy kapitałowej porozumieli się co do treści tych ofert, to znaczy uzgodnili ich warunki, w szczególności co do ich zakresu i cen.

Konkretyzacja wykazanych wyżej działań Wykonawców stanowi zatem dla Zamawiającego podstawę do przyjęcia, że w niniejszym postępowaniu Wykonawcy: - STRUCTO NADZORY Sp. z o.o., ul. Sarnia 19A, 43-300 Bielsko Biała; - STRUCTO GP Sp. z o.o., ul. Sarnia 19A, 43-300 Bielsko Biała należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i złożyli oferty częściowe, w konsekwencji czego, na mocy art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zamawiający wykluczył ich z postępowania oraz odrzucił ich oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 a) ustawy Pzp, jako złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania wniesione przez wykonawcę Prokom Construction sp. o.o. i wykonawcę

Structo GP sp. z o.o. podlegają uwzględnieniu.

Sygn. akt KIO 2375/22

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp: 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;

W myśl art. 224 ust. 1 Pzp: 1. 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.

Z ww. przepisów wynika, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w dokumentach zamówienia. Przed zastosowaniem ww. przepisu Zamawiający, gdy cena oferty danego wykonawcy budzi jego wątpliwości, winien wystąpić do tego wykonawcy o stosowne wyjaśnienia, odpowiednio formułując treść wezwania.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w kontekście treści wezwania do ich złożenia, opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentach zamówienia, oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie. Izba nie ocenia innych wyjaśnień ceny złożonych przez innych wykonawców, w sytuacji, gdy ich ocena dokonana przez zamawiającego nie jest przedmiotem zaskarżenia.

W związku z tym w analizowanym postępowaniu Izba nie ocenia wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego Prokom. W konsekwencji obszerna argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie, dotycząca formy wyjaśnień ceny złożonych przez tego wykonawcę, pozostaje bez wpływu na ocenę czynności Zamawiającego polegającej na jego ocenie wyjaśnień cen ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawcę WMG. W kwestii natomiast porównania w odpowiedzi na odwołanie cen ofert złożonych przez wykonawcę WMG (po ich powiększeniu o VAT) oraz następnego w kolejności pod względem ceny wykonawcę, zauważenia wymaga, że w szeregu częściach jest ona nadal niższa, a np. w części 4 jest ona zdecydowanie niższa, bo o ok 50%. W innych częściach z kolei jest wyższa, przy czym w kilku nieznacznie, natomiast w częściach 6 i 10 różnica ta jest bardzo znacząca. Zastanawia zatem z czego wynikają takie różnice, jak również to, dlaczego Zamawiający nie porównał cen ofert wykonawcy WMG np. do średnich cen ofert złożonych w poszczególnych częściach zamówienia, jak też bezkrytycznie przyjął, bez uzyskania na tę okoliczność dowodów, że inspektorzy nadzoru, a zatem wykwalifikowani pracownicy pracują dla wykonawcy WMG za stawkę odpowiadająca minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Tym bardziej, że jak sam podał w odpowiedzi na odwołanie, na potrzeby tego zamówienia mają być zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu pracy.

Wezwanie do wyjaśnień wykonawcy WMG oznacza, że powstało domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w ofertach, złożonych przez tego wykonawcę w postępowaniu. Obalenie tego domniemania należało do wykonawcy.

W ocenie Izby wykonawca WMG nie obalił tego domniemania. Nie przedstawił bowiem pełnych, spójnych i wiarygodnych wyjaśnień cen złożonych ofert, przy czym nie chodzi o formalny aspekt wyjaśnień cen, tj., że zostały sporządzone łącznie dla poszczególnych zadań, lecz o ich zawartość merytoryczną. Wykonawca WMG wprawdzie

przedstawił w wyjaśnieniach, wyliczenie kwoty, jaka pozostaje po odjęciu kosztów wykonania umowy, na które składają się koszty dojazdu i wynagrodzeń dwóch inspektorów nadzoru, od sumy cen w częściach, w których okazały się najniższe i wskazał, że jest ona wystarczająca

na pokrycie pozostałych kosztów (np. związanych z większą intensywnością prowadzenia nadzoru lub wyższą stawką wynagrodzenia inspektorów) oraz zapewnia godziwy zysk. Nie

podał jednak, że w swojej kalkulacji uwzględnił wszystkie koszty realizacji zadań objętych zamówieniem oraz że będą one mogły być pokryte z otrzymanego wynagrodzenia.

Wyjaśnienia wykonawcy WMG są niepełne i niespójne. Nadto nie odpowiadają na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w tym złożenia

dowodów dotyczących wyliczenia ceny ofert w zakresie 12 części, w tym co do zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, zaznaczając przykładowo, że muszą być nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalna stawka godzinowa ustalona na podstawie obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa, oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

W złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach wykonawca WMG podał, że przewidział w swojej kalkulacji wynagrodzenie dla dwóch inspektorów nadzoru (2 etaty) w wysokości odpowiadającej obowiązującemu minimalnemu miesięcznemu wynagrodzeniu za pracę, nie przedstawiając jednak dowodu na tę okoliczność, potwierdzającego zatrudnienie odpowiednio wykwalifikowanych osób za takie wynagrodzenie, jak też nie wskazując, że w

swojej kalkulacji uwzględnił koszty obciążające pracodawcę, które są związane z zatrudnieniem osób skierowanych do realizacji zamówienia. W tym zakresie wyjaśnienia są zatem niepełne i niepotwierdzone, nadto w kontekście pozostałych twierdzeń zawartych w wyjaśnianiach, w tym: „że w razie zawarcia umowy, jej przedmiot nie będzie stanowił jedynego przychodu firmy, jaki generuje aktywność inspektora nadzoru" są mało wiarygodne.

Wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny oferty powinien wykazać, że uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją tego zamówienia, a nie, że ich bliżej nieokreślona część została uwzględniona w innym zadaniu, tym bardziej, że stwierdził, że przewidział dwa etaty do realizacji zamówienia, a nie ich określoną część.

Z wyjaśnień wynika, że poza przedstawieniem informacji o wynagrodzeniu, przewidzianym dla dwóch inspektorów, wykonawca WMG w kalkulacji ceny oferty uwzględnił jedynie koszty ich dojazdu do i z Sosnowca. W sporządzonej w tym zakresie tabeli wskazał na 5 lokalizacji, które odpowiadają zadaniom nr 1,6,7,10,12. Stwierdził również, że przyjęte założenia kalkulacyjne zakładały, że jego oferta zwycięży w zakresie kilku części, gdyż taki model pozwala na optymalne wykorzystanie czasu, kosztów logistycznych czy rozwiązań organizacyjnych, zauważył, że założenia te zrealizowały się i przedstawił w wyjaśnieniach wyliczenia, odnosząc je do łącznej wartości cen ofert w zadaniach, w których jego oferty okazały się najkorzystniejsze tj. z wyłączeniem zadań nr 6 i 10.

Wskazuje to na niespójność wyjaśnień. Z jednej strony bowiem oznacza skalkulowanie dojazdu do miejsca realizacji zadań nr 6 i 10, a z drugiej strony, że wykonawca WMG założył, że w tych zadaniach jego oferta nie będzie najkorzystniejsza i w przedstawionej w wyjaśnieniach kalkulacji kosztów nie uwzględnił cen tych ofert, chociaż uwzględnił koszt dojazdu do tych miejsc, nie wskazał natomiast na koszty dojazdu do szeregu zadań, w których ceny jego ofert okazały się najniższe.

Na rozprawie Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie z lokalizacji wskazanych w tabeli, zawartej w wyjaśnieniach, jest możliwe przemieszczenie się do pozostałych lokalizacji objętych pozostałymi zadaniami bez użycia samochodu, jednak nawet jeśli przyjąć za wiarygodne takie stwierdzenie Zamawiającego, to nie może umknąć uwadze, że nie wynika to wprost z treści wyjaśnień oraz nie jest z nimi spójne. Zauważenia przy tym wymaga, że ceny ofert tego wykonawcy w zadaniach nr 6 i 10 są wyraźnie wyższe, od cen jego ofert w pozostałych zadaniach, a w wyjaśnieniach nie sposób znaleźć uzasadnienia dla tak znaczących różnic w cenach ofert w poszczególnych zadaniach.

Za wystarczający w tym zakresie nie może być uznany argument o przyjętym ww. założeniu, z którego wynika, że w części zadań miałyby być zaoferowane ceny na takim poziomie, który zapewni, iż będą najniższe w postępowaniu, ponieważ może on wskazywać na brak rzetelnej kalkulacji cen ofert. Podobnie w tym zakresie nie może być uznany argument dotyczący realizacji innego zadania w Sosnowcu na rzecz innego Zamawiającego i uwzględnienia w nim kosztów obecnego zamówienia, tym bardziej bez przedstawienia dowodu na tę okoliczność i wykazania w jakim zakresie okoliczność ta wpłynęła na kalkulację ceny ofert w analizowanym postępowaniu, nie pozbawiając jej przymiotu rzetelności.

Nie może być także uznana w tym zakresie argumentacja o doborze zleceń przez przedsiębiorcę oraz uzyskiwaniu przychodów z innych źródeł tj. z kontroli stanu technicznego obiektów budowlanych, co, w połączeniu z tym, że korzysta ze zwolnienia z podatku od

towarów i usług, miałoby świadczyć o tym, że może sobie pozwolić na zaoferowanie konkurencyjnych cen w analizowanym postępowaniu. Okoliczność, iż przedsiębiorca uzyskuje przychody z realizacji innych zamówień, jak też, że korzysta ze zwolnienia z VAT nie oznacza, że nie jest zobowiązany do rzetelnej kalkulacji cen ofert składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wykonawca jako profesjonalista powinien bowiem wiedzieć, że na gruncie zamówień publicznych odrzuceniu podlegają oferty, co do których wykonawca nie wykaże, że są one realistyczne.

Ponadto zauważenia wymaga, że wykonawca WMG podał w wyjaśnieniach, że część obowiązków będzie realizowana w biurze, bez konieczności obecności na terenie budowy. Jakkolwiek zgodzić się należy z tym, że w takim przypadku nie będą ponoszone koszty dojazdu, to jednak wiążą się z tym inne koszty związane np. z utrzymaniem biura. Wyjaśnienia nie zawierają natomiast żadnej informacji o ponoszonych kosztach w tym zakresie.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający wadliwie ocenił wyjaśnienia wykonawcy WMG, które nie uzasadniają ceny podanej w ofertach złożonych w postępowaniu. W związku z tym, w ocenie Izby, potwierdziły się zarzuty zaniechania odrzucenia tych ofert.

Sygn. akt KIO 2395/22

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W myśl art. 239 Pzp 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 16 pkt 1 i 2 stanowi: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty;

W analizowanej sprawie nie jest sporne, że Odwołujący Structo oraz wykonawca Structo Nadzory sp. o.o. należą do tej samej grupy kapitałowej. Nie jest też sporne, że podmioty te złożyły swoje oferty w postępowaniu, przy czym wykonawca Structo Nadzory sp.

z o.o. złożył oferty w częściach 4, 5 i 6, zaś Odwołujący w częściach: 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11 i 12.

Nie jest sporne, że Zamawiający w dokumentach zamówienia nie wprowadził ograniczenia liczby części, na które w postępowaniu mogą być składane oferty przez jednego wykonawcę.

Przedmiotem sporu w analizowanym postepowaniu jest to, czy dla wypełnienia się przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wystarczy, jak twierdzi Zamawiający, że wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli oferty częściowe w postępowaniu, nawet jeśli są to oferty złożone w innych częściach, w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił limitu części, na które wykonawcy mogli składać oferty i nie analizował kwestii działania wykonawców w celu zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

W ocenie Składu orzekającego Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Z przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wynika, że wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Chodzi zatem o takie porozumienia i zmowy przetargowe, które prowadzą do uzyskania wpływu na wynik postępowania, uzyskania możliwości manipulowania tym wynikiem, a zatem naruszają uczciwą konkurencję. Do takich

porozumień zalicza się m.in. takie, których celem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji w danym postępowaniu, np. poprzez ustalanie przez wykonawców warunków składanych przez nich ofert w postępowaniu, a w przypadku, gdy uzgodnione oferty są kwalifikowane na najwyższych pozycjach w rankingu ofert, doprowadzanie do ich wyeliminowania, aby stworzyć możliwość wyboru mniej korzystnej dla zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę pozostającego w porozumieniu. Oznacza to, że istotą tej przesłanki wykluczenia z postępowania, jest działanie wykonawców mające na celu zakłócenie konkurencji, co zamawiający jest w stanie stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek

Tymczasem Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Structo nie podniósł tej okoliczności, natomiast w odpowiedzi na odwołanie podał, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostają rozważania dotyczące zmowy przetargowej, stwierdzając, że w żaden sposób nie podnosił tej kwestii. Zamawiający przyznał zatem, że wykluczył Odwołującego Structo z postępowania, pomimo, iż nie tylko nie stwierdził zawarcia przez niego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, ale dał wyraz, że nawet nie analizował takiej ewentualnej możliwości, w tym w kontekście treści dokumentów zamówienia, określających możliwość składania ofert przez wykonawców na wszystkie części zamówienia.

Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego wynika natomiast, że za decydujące o stwierdzeniu zaistnienia podstawy wykluczenia z postępowania wykonawcy uznał to, że Odwołujący Structo oraz Structo Nadzory Sp. z o.o. należą do tej samej grupy kapitałowej oraz, że ww. wykonawcy złożyli oferty w postępowaniu, przy czym bez znaczenia jego zdaniem jest to, że oferty te nie zostały złożone w tych samych częściach postępowania. Według Zamawiającego, literalne brzmienie przepisu wskazuje bowiem, że wystarczy, aby członkowie grupy kapitałowej złożyli oferty częściowe.

Nie sposób podzielić takiego rozumienia ww. przepisu. Wbrew stanowisku Zamawiającego nie pozwala on na oderwanie faktu złożenia ofert częściowych przez członków grupy kapitałowej od zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, bowiem element przepisu, na którym w sposób wybiórczy opiera się Zamawiający, tj.: w szczególności, jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odnosi się do porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zatem nie tylko celowościowa, ale także literalna interpretacja przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, który, jako sankcyjny, należy interpretować ściśle, nie pozwala na przyjęcie, iż dla wykluczenia wykonawcy z postępowania wystarczającym jest, że złożył oferty w postępowaniu na niektóre jego części a inny członek grupy kapitałowej złożył swoje oferty w innych częściach zamówienia. Tym bardziej, że nawet w sytuacji, gdyby wykonawcy wchodzący w skład tej samej grupy kapitałowej złożyli oferty w tych samych częściach, przepis pozwala na wykazanie przez niech, że opracowali oferty niezależnie od siebie, na co wskazuje ostatni element omawianego przepisu, tj.: chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

W sytuacji zatem, gdy w sprawie zostało wykazane, że Zamawiający nie przewidział limitu części, na które mogą być składane oferty przez wykonawców, co oznacza, że każdy z nich mógł złożyć oferty w każdej z części, z czego wielu wykonawców skorzystało, trudno uznać, że złożenie ofert przez Odwołującego Structo w innych częściach niż drugi z członków grupy kapitałowej, wpływałoby negatywnie na konkurencję w postępowaniu. Podkreślenia przy tym wymaga, że to Zamawiający powinien wskazać w odrzuceniu oferty tego wykonawcy taki negatywny wpływ na konkurencję w postępowaniu złożonych przez niego ofert, a tego nie uczynił.

Nadto, skoro każdy z wykonawców mógł złożyć ofertę na wszystkie 12 części zamówienia, to nawet traktując grupę kapitałową jako jeden organizm gospodarczy, trudno znaleźć uzasadnienie dla pozbawienia go możliwości złożenia ofert we wszystkich częściach, a zatem potraktować zdecydowanie mniej korzystnie, niż wykonawców nie należących do grupy kapitałowej. Wykluczając zatem Odwołującego Structo z postępowania i odrzucając z uwagi na to złożone przez niego oferty, Zamawiający naruszył obowiązujące na gruncie zamówień publicznych zasady, w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze za potwierdzone należy uznać zarzuty odwołania dotyczące bezzasadnego wykluczenia z postępowania Odwołującego Structo w objętych odwołaniem częściach oraz odrzucenie ofert tego wykonawcy.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W analizowanych sprawach stwierdzono naruszenia zarzucanych przez Odwołujących przepisów Pzp, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołań.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła odwołania. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania w każdej ze spraw ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....