Sygn. akt: KIO 2506/22

WYROK

z dnia 10 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przemysław Dzierzędzki
Przewodniczący Danuta Dziubińska
Emilia Garbala
Członkowie:
Protokolant:

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SCALA.CE sp. z o.o. w Legionowie oraz I. M., prowadzącego w Chełmie działalność gospodarczą pod nazwą I. M. I&M Engineers

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Białymstoku

przy udziale wykonawcy Safege S.A.S. w Nanterre Cedex, Francja, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza częściowo postępowanie odwoławcze w zakresie:

a) zarzutu nr 2 odwołania, odnoszącego się do oceny oferty wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants sp. z o.o. w Warszawie oraz Ł. Z., BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane,

b) zarzutu nr 3 odwołania, odnoszącego się do oceny oferty wykonawcy Safege S.A.S. w Nanterre Cedex, Francja, w części dotyczącej naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z punktem 10.7.2. SWZ,

2. uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 29 września 2022 r. polegającej

na wezwaniu wykonawcy Safege S.A.S. w Nanterre Cedex, Francja, skierowanego w trybie art. 126 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności wezwania wykonawcy Safege S.A.S. w Nanterre Cedex, Francja, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat w zakresie art. 109

ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem,

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Białymstoku w części 1/7 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SCALA.CE sp. z o.o. w Legionowie oraz Ireneusza Malewicza, prowadzącego w Chełmie działalność gospodarczą pod nazwą Ireneusz Malewicz I&M Engineers w części 6/7i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SCALA.CE sp. z o.o. w Legionowie oraz I. M., prowadzącego w Chełmie działalność gospodarczą pod nazwą I. M. I&M Engineers tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SCALA.CE sp. z o.o. w Legionowie oraz I. M., prowadzącego w Chełmie działalność gospodarczą pod nazwą I. M. I&M Engineers na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Białymstoku kwotę 429 zł 00 gr (słownie: czterystu dwudziestu dziewięciu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 2506/22

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

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Białymstoku, zwany dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Projekt i budowa obwodnicy Bielska Podlaskiego w ciągu drogi krajowej nr 66 na odcinku od istn. DK19 do istn. DK66".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 kwietnia 2022 r., nr 2022/S 066-174768.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 23 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SCALA.CE sp. z o.o. w Legionowie oraz I. M., prowadzący w Chełmie działalność gospodarczą pod nazwą I. M. I&M Engineers, zwani dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) w zakresie czynności i zaniechań zamawiającego dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. Societe par actions simplifiee:

Zarzut 1: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art 224 ust 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania w sytuacji, w której składowe oferty złożonej przez SAFEGE S.A.S. budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia we wskazanych cenach i są rażąco niskie, a zatem poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, co poskutkowało zaniechaniem odrzucenia jego oferty przez zamawiającego, czym naruszył zamawiający zasadę uczciwej konkurencji;

Zarzut nr 2: naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. w przedmiotowym postępowaniu w dniu 13 czerwca 2022 r., mimo, że wyjaśnienia te nie zostały w sposób skuteczny objęte tajemnicą przedsiębiorstwa;

Zarzut nr 3: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z punktem 10.7.2 SWZ poprzez brak jego zastosowanie i uznanie za prawidłowy dokumentu wydanego przez Ministerstwo Działań i Rozliczeń Publicznych Republiki Francuskiej - zaświadczenia potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, które powinno być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a wystawionego w dniu 19 maja 2022 r., czyli niezgodnie z treścią warunków zamówienia, który wskazuje że: „Dokumenty, o których mowa w pkt. 10.7.1 ppkt. 2), powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem, a zatem uznanie za prawidłowy dokument, który nie jest ważny, co w konsekwencji skutkowało brakiem odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo, że nie potwierdził on braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

2) w zakresie czynności i zaniechań zamawiającego dotyczących oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited:

Zarzut nr 1: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta złożona przez Konsorcjum Bico Group sp. z o.o. i TNM Limited została sporządzona zgodnie z wymogami zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości składowe oferty tego wykonawcy budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia we wskazanych cenach i są rażąco niskie, oraz poprzez błędne przyjęcie, że Wykonawca ten wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską i przez to błędne nieodrzucenie oferty tego Wykonawcy;

Zarzut nr 2: naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited w przedmiotowym postępowaniu w dniu 13 czerwca 2022 r., mimo, że wyjaśnienia te nie zostały w sposób skuteczny objęte tajemnicą przedsiębiorstwa;

Zarzut nr 3: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 58 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego, stosowanego zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie odrzucenia w/w oferty złożonej przez Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited jako oferty nieważnej z uwagi na brak prawidłowego umocowania do reprezentowania członka konsorcjum przez osobę podpisującą ofertę.

3) W zakresie czynności i zaniechań zamawiającego dotyczących oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum BBC Best Building Consultants sp. z o. o., Warszawa - lider konsorcjum i BBC Best Building

Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. - partner konsorcjum:

Zarzut nr 1: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez

jego niezastosowanie i uznanie, że oferta złożona Konsorcjum BBC Best Building

Consultants Sp. z o. o., Warszawa - lider konsorcjum i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. - partner konsorcjum została sporządzona zgodnie z wymogami zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości składowe oferty tego wykonawcy budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia we wskazanych cenach i są rażąco niskie, oraz poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca ten wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską i przez to błędne nieodrzucenie oferty tego wykonawcy;

Zarzut nr 2: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 litera c) oraz art. 226 ustęp 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp w związku z punktem 11.3- 11.8. SWZ poprzez jego niezastosowanie i uznanie za dopuszczalne powołanie się w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny na zobowiązania podmiotów trzecich oraz na ich zobowiązania do wzięcia udziału w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy, mimo że w ofercie wykonawca wskazał, że nie zamierza powierzyć wykonywania żadnej części umowy podwykonawcom.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. co do oferty złożonej przez wykonawcę SAFEGE S.A.S.:

1) unieważnienia czynności z dnia 13 września 2022 r., polegającej na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy SAFEGE S.A.S. jako najkorzystniejszej;

2) podjęcia czynności odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE S.A.S. z uwagi na to, że

oferta ta zawiera rażąco niską cenę i Wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską;

3) podjęcia czynności odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE S.A.S. jako podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na to, że wykonawca ten nie przedstawił prawidłowych dokumentów będących podmiotowymi środkami dowodowymi i nie potwierdził on braku podstaw do wykluczenia z postępowania;

4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Izby w zakresie żądań podanych powyżej.

2. co do oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited:

1) unieważnienia czynności z dnia 13 września 2022 r., polegającej na przydzieleniu ofercie złożonej przez Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited oceny oferty w wysokości 92.39 punktów;

2) podjęcia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Bico Group sp. z o.o. i TNM Limited z uwagi na to, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i Wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską;

3) podjęcia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Bico Group sp. z o.o. i TNM Limited jako oferty nieważnej z uwagi na brak prawidłowego umocowania do reprezentowania członka konsorcjum przez osobę podpisującą ofertę;

4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Izby w zakresie żądań podanych powyżej.

c) co do oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o., Warszawa - Lider

Konsorcjum i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. i,

Żyrardów - Partner Konsorcjum:

1) unieważnienia czynności z dnia 13 września 2022 r., polegającej na przydzieleniu

ofercie złożonej przez BBC Best Building Consultants Sp. z o. o., i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. oceny oferty w wysokości 93,00 punktów;

2) podjęcia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o., i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z uwagi na to, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i Wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską;

3) podjęcia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o., i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na powołanie się przez Wykonawcę po terminie składania ofert na zobowiązania podmiotów trzecich do wzięcia udziału w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy mimo, że w ofercie Wykonawca wskazał że nie zamierza powierzyć wykonywania żadnej części umowy podwykonawcom;

4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Izby w zakresie żądań podanych powyżej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, co następuje:

Uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące oceny oferty wykonawcy SAFEGE S.A.S.

Zarzut nr 1 i 2:

Odwołujący podniósł, że cena oferty w przedmiotowym postępowaniu ma charakter co do zasady kosztorysowy, co wynika z treści punktu 17 SWZ. Zdaniem odwołującego wynika to także ze sposobu wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, opisanego w §4 ust. 3 wzoru umowy z wykonawcą, stanowiącego załącznik do SWZ. Odwołujący wskazał także, że formularz cenowy stanowi integralną część oferty, co wynika wprost z punktu 16.5. SWZ. Zdaniem odwołującego, nie można uznać zatem, że ceny jednostkowe podane w formularzu cenowym, będącym integralną częścią oferty są jedynie przykładowe, dowolne i mogą być zamieniane. Nie mają one w żadnym wypadku charakteru kosztorysu pomocniczego, jak byłoby przy cenie ryczałtowej.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający wezwał przystępującego Safege do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 25.05.2022 r. Argumentował, że wezwanie do złożenia wyjaśnień nie miało charakteru szablonowego, ogólnego, lecz wskazywało na obszary, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego i wymagały wyjaśnienia. Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowych wyjaśnień oraz kalkulacji i dowodów, uzasadniając przyczyny powstałych wątpliwości. Odwołujący wskazał, że wezwanie zrodziło po stronie wykonawcy obowiązek przedstawienia odpowiednich wyjaśnień, pozwalających na weryfikację zaoferowanej ceny oraz przyjętych założeń do kalkulacji kosztów, pozwalających na potwierdzenie i przekonujących zamawiającego, że wszystkie wymagania określone w SWZ, gwarantujące wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie, zostały przez uwzględnione w złożonej ofercie i prawidłowo wycenione.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. mają charakter wybitnie ogólnikowy. Odwołujący podniósł, że w swych wyjaśnieniach przystępujący Safege wskazał, że: „Informujemy, że skalkulowaliśmy swoją cenę w oparciu o następujące elementy: własne doświadczenie w realizacji podobnych kontraktów, ustalenie zakresu kontraktu, ustalenie wynagrodzenia z osobami, które będą realizowały usługę, ustalenie kosztów biura oraz środków transportu i łączności oraz założenie niezbędnych rezerw finansowych na pokrycie ewentualnych kosztów które mogłyby zostać wygenerowane w trakcie realizacji zamówienia“. Zdaniem odwołującego są to truizmy, albowiem każdy z wykonawców kalkuluje cenę w oparciu o takie założenia.

Odwołujący podniósł, że przystępujący Safege w swych wyjaśnieniach wskazał, iż „Wykonawca posiada doświadczenie w realizacji kontraktów na pełnienie funkcji inspektora nadzoru lub Inżyniera Kontraktu, co pozwala na prawidłową kalkulację kosztów usługi, ocenę poziomu i zakresu pracy personelu, dodatkowe koszty, oszacowanie ryzyka wykonania nadzoru i innych elementów cenotwórczych”. Według odwołującego jest to wyjaśnienie całkowicie ogólnikowe, albowiem każdy z wykonawców przystępujących do przedmiotowego postępowania posiada doświadczenie w wykonywaniu tego typu kontraktów, co stanowiło jeden z warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Zdaniem odwołującego, również fakt, że w jakimś innym postępowaniu osiągnięto taki, a nie inny stosunek ceny do szacunkowej wartości zamówienia nie stanowi żadnego potwierdzenia, że w przedmiotowym postępowaniu cena nie jest rażąco niska.

Następnie odwołujący podniósł, że wobec utajnienia części wyjaśnień przystępującego Safege przez zamawiającego, dokonanego w sposób naruszający art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i niewypełnienie wymagań wskazanego przepisu polegające na naruszeniu zasady jawności postępowania przejawiające się w odmowie odtajnienia zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. w przedmiotowym postępowaniu w dniu 13 czerwca 2022 r., dalsze jego wskazania opierają się w głównej mierze na wskazanych przez przystępującego Safege stawkach zawartych w formularzu cenowym.

Odwołujący podniósł, że w przypadku zastrzeżenia przez wykonawcę określonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne staje się wykazanie przez wykonawcę, że informacje zawarte w takich wyjaśnieniach spełniają warunki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności że konkretna informacja zawarta w wyjaśnieniach przedstawia realną wartość gospodarczą, zwłaszcza dla konkurencji w danej branży na rynku. Wykonawca, który wykazuje prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może poprzestać wyłącznie na ogólnikowych i lakonicznych stwierdzeniach oraz zapewnieniach. Tymczasem w przedmiotowej sprawie nie ma w ogóle wykazania tych okoliczności - objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa odbyło się jedynie na podstawie stwierdzenia: „dalsze wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” - bez żadnego uzasadnienia. W świetle powyższego nie zostało w żaden sposób wykazane, że spełniona została zarówno przesłanka materialna, jak i przesłanka formalna pozwalające na uznanie, że dana konkretna informacja powinna być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego przekazane przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. stawki zawarte w w/w formularzu cenowym są w wielu pozycjach nierealne, nieodpowiadające cenom rynkowym, budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Celem uzasadnienia, że istotne części składowe ceny przystępującego Safege zostały skalkulowane w sposób nierealny, poniżej kosztów, znacznie poniżej cen rynkowych, w sposób nierzetelny i nie gwarantujący realizacji całego zakresu objętego zamówieniem, niezgodnie z OPZ, odwołujący przywołał postanowienia OPZ punkt 2.2.1 Biuro Konsultanta, zgodnie z którymi Konsultant zobowiązany jest zapewnić (np. dostarczyć, wynająć) oraz zorganizować, urządzić, wyposażyć i utrzymywać, na własny koszt biuro na potrzeby

Personelu Konsultanta i Personelu biurowego i pomocniczego. Wskazał, że zgodnie z tymi postanowieniami, Konsultant będzie miał obowiązek zapewnić warunki użytkowe zgodne z przeznaczeniem obiektu, w szczególności w zakresie zaopatrzenia w wodę i energię elektryczną odpowiednio do potrzeb w energię cieplną i paliwa, przy założeniu efektywnego wykorzystania tych czynników oraz usuwania ścieków, wody opadowej i odpadów. Konsultant zapewni utrzymanie właściwego stanu technicznego, warunki bezpieczeństwa i higieny pracy, ochronę obiektów, poszanowanie uzasadnionych interesów osób trzecich oraz warunki bezpieczeństwa i ochrony zdrowia dla osób przebywających na terenie zaplecza. Odwołujący wskazał też, że zaplecze będzie musiało być wyposażone we wszystkie elementy wymagane dla prawidłowego wykonania Usługi. Odwołujący wskazał także, ze zgodnie z postanowieniami OPZ, wymaga się, aby Konsultant dysponował sprzętem, oprogramowaniem komputerowym i wyposażeniem, w asortymencie i ilości umożliwiającej należyte wykonanie Usługi. Konsultant będzie ponosić wszystkie koszty związane z urządzeniem, utrzymaniem i likwidacją biura Konsultanta.

Odwołujący wskazał, że w pozycji 4.1 formularza cenowego „Biuro Konsultanta w

okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności” przystępujący Safege wskazał cenę 2000 zł. Zgodnie z zapisami OPZ wykonawca jest zobligowany przez 15 miesięcy tego okresu utrzymywać biuro spełniające wszystkie wymagania OPZ. Zdaniem odwołującego jest to niemożliwe do spełnienia za tę kwotę. Nie ma możliwości wynajęcia przez przystępującego Safege, czy kogokolwiek innego Biura Konsultanta za kwotę 2000 zł w odległości nie większej niż 10 km od terenu budowy, spełniającego wszystkie wymagania OPZ.

Odwołujący wskazał, że postanowienia SWZ obligują Konsultanta do zapewnienia powierzchni biura gdzie na każdego z pracowników jednocześnie zatrudnionych w pomieszczeniach stałej pracy powinno przypadać co najmniej $13m^3$ wolnej objętości pomieszczenia oraz co najmniej $2m^2$ wolnej powierzchni podłogi (niezajętej przez urządzenia

techniczne, sprzęt itp.). Zważywszy na fakt, że w Formularzu cenowym w okresie gwarancyjnym będzie przebywało ok. 15 osób, stąd też wielkość lokalu jaki należy przeznaczyć na Biuro Konsultanta to ok. 100 m^2 oraz konieczność zapewnienia przestrzeni przeznaczonej na sprzęt, biurka, szafy na dokumenty, drukarki, pomieszczenie socjalne oraz łazienkę. Odwołujący argumentował, że pkt. 2.1 OPZ wskazuje wyraźnie, że głównym miejscem świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta będzie biuro Konsultanta, o którym mowa w pkt. 2.2.1 OPZ oraz plac Budowy. Pracę poza biurem Konsultanta przewidziano tylko dla weryfikatorów dokumentów projektowych, za zgodą zamawiającego. Dla pozostałych członków Personelu Konsultanta nie przewidziano pracy poza miejscem wskazanym w pkt. 2.1 OPZ. W związku z tym Konsultant przy zapewnieniu Biura Konsultanta musi przewidzieć powierzchnię biurową oraz socjalną dla Personelu biurowego i

Personelu pomocniczego, Personelu kluczowego oraz innych Ekspertów zgodnie obowiązującymi przepisami prawa, z uwzględnieniem przepisów BHP. Odwołujący podniósł, że identycznie wymogi określił ten sam zamawiający (GDDKiA Białystok) w innym postępowaniu (znak: O/BI.D-3.2410.1.2022), w piśmie z dnia 15 lipca 2022 r. dotyczącym informacji o ofertach wykonawców które zostały odrzucone.

Zdaniem odwołującego kwota 2000 zł jaka w swoim formularzu wycenił przystępujący Safege jest kwotą rażąco niską. Argumentował, że w kwocie miesięcznej przewidzianej na

biuro Konsultanta musi się znaleźć koszt wynajmu Biura Konsultanta, do którego należy dodać koszty wskazane wyżej, tj. związane z utrzymaniem biura jak ubezpieczenie biura,

opłaty za energię elektryczną, internet, usługi telekomunikacyjne, ogrzewanie, klimatyzację, wodę, wywóz nieczystości, śmieci, odprowadzenie ścieków, ochronę mienia, klimatyzacja oraz dodatkowo koszty związane z kosztem materiałów biurowych i eksploatacyjnych(art. papiernicze, urządzenia wielofunkcyjne, kawa, herbata oraz woda mineralna - pkt 2.2.1 g) OPZ) oraz koszt wymaganego odpowiednimi przepisami sprzętu bhp i ppoż,(zgodnie z pkt 2.2.1 e) OPZ).

Odwołujący podniósł, że od dnia składania ofert tj. maj 2022 r. wszystkie koszty w

dość znaczący sposób wzrosły i wzrastają do tej pory, a cena powinna być kalkulowana i sprawdzana według aktualnych cen rynkowych. Jako dowód odwołujący wskazał aktualne

ceny rynkowe kosztów biura Konsultanta w okolicy Bielska Podlaskiego (biuro, które odwołujący utrzymuje na innym kontrakcie w Boćkach):

Pozycja	Kwota miesięczna
Koszt czynszu wynajmu biura Konsultanta (opcja bez biura Zamawiającego)	2500 zł
Koszt ubezpieczenia i ochrony	33 zł
Media (woda, ogrzewanie, prąd)	500 zł
Koszt materiałów eksploatacyjnych art. biurowych oraz koszt urządzeń wielofunkcyjnych	200 zł
Środki łączności	200 zł

Odwołujący podniósł, że z jego doświadczenia na podobnych kontraktach, gdzie wynajmuje lokal na potrzeby biura Konsultanta w miejscowości Boćki oddalonej od Bielska Podlaskiego o 20 km, kwotę jaką należy przeznaczyć na wynajem lokalu spełniającego zapisy SWZ to 3700 zł na biuro Konsultanta i Zamawiającego, stąd w tabeli powyżej przyjęto kwotę 2500 zł tylko na biuro Konsultanta. Do powyższego należy doliczyć koszt ogrzewania w wysokości min. 500 zł.

Odwołujący wspomniał także, że firma DTŚ w Bielsku wynajmuje lokal za 12.000 zł za miesiąc. Po dokonaniu przez niego rozpoznania cenowego i dostępności w lokalizacji spełniającej wymogi OPZ koszt wynajmu biura we wskazanej lokalizacji oscyluje w granicach 2800 netto i jest to jedynie koszt samego najmu biura.

Odwołujący podkreślał, że w kwocie 2000 zł Konsultant powinien dodatkowo zawrzeć: miesięczny koszt mediów (ogrzewanie, woda, prąd) który przy obecnych realiach rynkowych należy przyjąć na poziomie minimum 500 zł. Dodatkowo w pozycji 4.1. należało wliczyć koszty likwidacji biura (przywrócenie do stanu pierwotnego, wywóz mebli i urządzeń, etc.) oraz koszty usunięcia wszystkich instalacji, dróg dojazdowych i wewnętrznych, placów, zabezpieczeń, oczyszczenie terenu i doprowadzenie do stanu pierwotnego (jeśli to

konieczne). W formularzu cenowym przystępujący Safege oświadczył, że kwota ta obejmuje wszelkie koszty związane z prawidłową realizacją usług zgodnie z umową i OPZ.

Odwołujący podniósł, że zamawiający, w innym postępowaniu o identycznej treści OPZ (znak O/BI.D-3.2410.1.2022) przyznał, że OPZ nie przewiduje zmniejszenia biura zamawiającego w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. Dodatkowo stwierdzono, że przedstawiona kalkulacja kosztów Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego nie uwzględnia uwagi Zamawiającego wyszczególnionej w Formularzu cenowym w pkt. 1 i 4, tj.: ppkt 1. Dział obejmuje całość kosztów administracyjnych związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ. oraz zapisów pkt. 17.3 OSWZ, tj.: Każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować koszty wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Zdaniem odwołującego, ww. istotna część składowa oferty jest zaniżona co najmniej dwukrotnie.

Kolejno odwołujący podniósł, że w pozycji formularza cenowego Dział 2 Formularza cenowego - Usługa nadzoru i zarządzania przedłożonego przez przystępującego Safege należy zauważyć dysproporcję pomiędzy kosztem dniówki Inżyniera Kontraktu a dniówkami weryfikatorów dokumentacji na poszczególnych pozycjach. Zdaniem odwołującego kuriozalne jest, aby kwotę dla Inżyniera Kontraktu czy Głównego mostowca przyjąć na ponad 50% niższym poziomie niż kwotę dla weryfikatora dokumentacji. Odwołujący zaznaczał, że kwota za dniówkę dla Ekspertów Kluczowych przystępujący Safege przyjął na poziomie 210 zł, co jest zdecydowanie rażąco niskim wynagrodzeniem dla osób na kluczowych dla kontraktu stanowiskach. Oznaczałoby to w praktyce, że kluczowy specjalista zarabia miesięcznie kwotę niecałych 5 tysięcy złotych brutto, co jest stawką niemożliwą do uzyskania aktualnie na rynku dla tego typu ekspertów, a na pewno nie zapewnia ona uzyskania rzetelnego i profesjonalnego poziomu świadczenia usług.

Zdaniem odwołującego niezrozumiałe jest też, dlaczego np. dniówki Inspektorów nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń są wyceniane w sposób bardzo rozbieżny - przykładowo Specjalista instalacji cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych ma stawkę dniówki 450 zł, a specjalista instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych 180 zł - prawie trzy razy mniej.

Ponadto, zdaniem odwołującego, jak wynika z jego analizy pozycji 2.1-2.5 formularza cenowego Wykonawcy SAFEGE S.A.S. Societe par actions simplifiee, ceny te nie obejmują całkowitego kosztu wykonania danej pozycji. Nie jest wykluczone, że być może niektóre koszty zostały ujęte w innych pozycjach formularze cenowego (np. poz. 2.2.6 czy 2.2.10), co jest niezgodnym z zapisami SWZ zabiegiem. Niedopuszczalnym w świetle zapisów SWZ jest przesuwanie stawek pomiędzy pozycjami i wykorzystywanie rezerwy powstałej na pozycji celem pokrycia kosztów z pozycji od 2.1 do 2.5 formularza cenowego.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w wezwaniu wykonawcy Safege do wyjaśnień rażąco niskiej ceny sam wskazuje, iż do realizacji postępowania należy skierować wysoko wykwalifikowany personel posiadający doświadczenie i kwalifikacje wskazane w SWZ i w kryteriach pozacenowych oraz posiadający odpowiednie uprawnienia zawodowe. Eksperci Kluczowi tj.:

- Inżynier Kontraktu,
- Główny Specjalistę ds. rozliczeń,
- Główny Specjalistę ds. roszczeń,
- Technolog,
- Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierii mostowej,

stanowią bowiem najważniejszy personel zespołu nadzoru, co zresztą ma odbicie w nomenklaturze - są specjalistami kluczowymi.

Odwołujący wskazał, że w lutym 2022 r. przeciętne wynagrodzenie w budownictwie według GUS wyniosło 5.942 PLN, a było to jeszcze przed wystąpieniem bardzo silnego impulsu inflacyjnego w miesiącach marzec - wrzesień 2022 r. Zdaniem odwołującego wyliczenie ceny przystępującego Safege dla personelu kluczowego wynosi 210.00 zł za dniówkę, a zatem według tej samej metody, jak w przywołanym orzeczeniu Izby, wynosi 210*22 = 4620 zł miesięcznie. Skoro zatem średnie wynagrodzenie w branży budowlanej wynosi obecnie co najmniej około 6000 zł, oznacza to że dla najlepiej wykwalifikowanego, kluczowego personelu wykonawca Safege przewiduje wynagrodzenie o około 25 % niższe od przeciętnego dla tej branży.

Zdaniem odwołującego jest to kwota zaniżona w sposób rażący, w obecnych warunkach rynkowych co najmniej o połowę, biorąc pod uwagę, że jest to personel najlepiej wykwalifikowany, a co za tym idzie, najdroższy z całego zespołu. Skoro zatem wykonawca wyliczył, przy co najmniej dwukrotnie zaniżonej cenie za pracę personelu kluczowego kwotę 994.350,00 zł, kwota ta winna wynosić minimum 1.500.000,00 zł.

Zarzut nr 3

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 litera a) i c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z punktem 10.7.2 SWZ Wykonawca wezwany do przedłożenia dokumentów stanowiących podmiotowe środki dowodowe winien uczynić to w sposób opisany zarówno w SWZ, jak i 226 ust. 1 pkt 2 litera a) i c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z punktem 10.7.2 SWZ jak i przepisach prawa.

Odwołujący wskazał, że Safege pismem z dnia 23 sierpnia 2022 r. został wezwany do przedstawienia w terminie do dnia 5 września 2022 r., aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 124 ustawy Pzp, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z dniem 5 września 2022 r., wykonawca przedłożył min. dokument wydany przez Ministerstwo Działań i Rozliczeń Publicznych Republiki Francuskiej - zaświadczenie potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) § 2 ust. 1 pkt 4, w związku z § 4 ust. 1 pkt 3 litera a) i § 4 ust. 2 tegoż rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast zaświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, przy czym dokumenty, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem.

Dokument wydany przez Ministerstwo Działań i Rozliczeń Publicznych Republiki Francuskiej wystawiono z dniem 19 maja 2022 r., a zatem w chwili przedłożenia nie był on już aktualny, data jego „ważności" w rozumieniu w/w przepisów upłynęła z dniem 19 sierpnia 2022 r. Tak więc Wykonawca nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia z postępowania, a co za tym idzie, na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oferta Wykonawcy powinna być odrzucona z powodu nie wykazania przez niego braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Zdaniem odwołującego ten dokument nie jest niekompletny ani nie zawiera błędów - jest po prostu nieaktualny na dzień złożenia. Według odwołującego, uzupełnienie dokumentów i oświadczeń dotyczy jedynie tych dokumentów, które istniały w terminie składania przez wykonawcę oferty. Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do sytuacji, gdy na dzień składania wniosków wykonawcy nie byliby w posiadaniu wymaganych dokumentów i oświadczeń. Prawo do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń nie może być rozumiane jako uprawnienie do przedstawienia nowych dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazuje doktryna - art 128 ustawy Pzp stosuje się w sytuacji, gdy przedłożone zamawiającemu oświadczenia lub dokumenty są:

1) niekompletne, tj. niepełne, wyrywkowe, częściowe;

2) zawierają błędy.

Zdaniem odwołującego, skorzystanie z dyspozycji art. 128 ustawy Pzp, co do zasady, powinno nastąpić w okolicznościach wyjątkowych, wtedy, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty lub oświadczenia zawierają błędy lub ich nie złożono albo w sposób oczywisty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące zarzutów dotyczących oceny oferty Wykonawcy

Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum i TNM Limited - Partner Konsorcjum

Odwołujący podniósł, że cena oferty w przedmiotowym postępowaniu ma charakter

co do zasady kosztorysowy, co wynika z treści punktu 17 SWZ. Wynika to także ze sposobu wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, opisanego w § 4 ust. 3 wzoru umowy z wykonawcą. Ponadto, zdaniem odwołującego, formularz cenowy stanowi integralną część oferty, co wynika z punktu 16.5. SWZ. Odwołujący wskazał, że nie można uznać, iż ceny jednostkowe podane w formularzu cenowym, będącym integralną częścią oferty, są jedynie przykładowe, dowolne i mogą być zamieniane. Nie mają w żadnym wypadku charakteru kosztorysu pomocniczego, jak byłoby przy cenie ryczałtowej.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający wezwał konsorcjum Bico do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 25 maja 2022 r. Odwołujący podniósł, że wezwanie do złożenia wyjaśnień nie miało zatem charakteru szablonowego, ogólnego, lecz konkretnie wskazywało na obszary, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego i wymagały wyjaśnienia. Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowych wyjaśnień oraz kalkulacji i dowodów, uzasadniając szczegółowo przyczyny powstałych wątpliwości. Skonkretyzowane wezwanie skierowane do wykonawcy zrodziło po jego stronie obowiązek przedstawienia odpowiednich wyjaśnień, pozwalających na weryfikację zaoferowanej ceny oraz przyjętych przez wykonawcę założeń do kalkulacji kosztów, pozwalających na potwierdzenie i przekonujących Zamawiającego, że wszystkie wymagania określone w SWZ, gwarantujące wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie, zostały przez ww. wykonawcę uwzględnione w złożonej ofercie i prawidłowo wycenione.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Bico nie są wystarczające i mają charakter wybitnie ogólnikowy.

Zdaniem odwołującego, przekazane przez Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited stawki zawarte w w/w formularzu cenowym są w wielu pozycjach nierealne, nie odpowiadające cenom rynkowym, budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący wskazał, że zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy nie było zgodne z prawem. Trzeba bowiem zauważyć, że w przypadku zastrzeżenia przez wykonawcę określonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne staje się wykazanie przez wykonawcę, że informacje zawarte w takich wyjaśnieniach spełniają warunki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności że konkretna informacja zawarta w wyjaśnieniach przedstawia realną wartość gospodarczą, zwłaszcza dla konkurencji w danej branży na rynku. Wykonawca, który wykazuje prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może poprzestać wyłącznie na ogólnikowych i lakonicznych stwierdzeniach oraz zapewnieniach. Tymczasem w przedmiotowej sprawie nie ma w ogóle wykazania tych okoliczności. W świetle powyższego nie zostało w żaden sposób wykazane, że spełniona została zarówno przesłanka materialna, jak i przesłanka formalna pozwalające na uznanie, że dana konkretna informacja powinna być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Celem uzasadnienia, że istotne części składowe ceny wykonawcy zostały skalkulowane w sposób nierealny, poniżej kosztów, znacznie poniżej cen rynkowych, w sposób nierzetelny i nie gwarantujący realizacji całego zakresu objętego zamówieniem, niezgodnie z OPZ, odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami OPZ punkt 2.2.1 Biuro

Konsultanta, Konsultant zobowiązany jest zapewnić (np. dostarczyć, wynająć) oraz

zorganizować, urządzić, wyposażyć i utrzymywać, na własny koszt biuro na potrzeby Personelu Konsultanta i Personelu biurowego i pomocniczego. Odwołujący wskazał także, że zgodnie z OPZ, Konsultant zapewni warunki użytkowe zgodne z przeznaczeniem obiektu, w szczególności w zakresie zaopatrzenia w wodę i energię elektryczną odpowiednio do potrzeb w energię cieplną i paliwa, przy założeniu efektywnego wykorzystania tych czynników oraz usuwania ścieków, wody opadowej i odpadów. Konsultant zapewni utrzymanie właściwego stanu technicznego, warunki bezpieczeństwa i higieny pracy, ochronę obiektów, poszanowanie uzasadnionych interesów osób trzecich oraz warunki bezpieczeństwa i ochrony zdrowia dla osób przebywających na terenie zaplecza. Odwołujący wskazał także, że zgodnie z OPZ, Zaplecze będzie wyposażone we wszystkie elementy wymagane dla prawidłowego wykonania Usługi. Odwołujący podniósł także, że zgodnie z OPZ wymaga się, aby Konsultant dysponował sprzętem, oprogramowaniem komputerowym i wyposażeniem, w asortymencie i ilości umożliwiającej należyte wykonanie Usługi. Konsultant będzie ponosić wszystkie koszty związane z urządzeniem, utrzymaniem i likwidacją biura Konsultanta.

Odwołujący podniósł, że w pozycji 4.1 formularza cenowego „Biuro Konsultanta w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności” Wykonawca konsorcjum Bico ten wskazał cenę 1500 zł. Zgodnie z

zapisami OPZ Wykonawca jest zobligowany przez 15 miesięcy tego okresu utrzymywać biuro spełniające wszystkie wymagania OPZ. Zdaniem odwołującego jest to niemożliwe do spełnienia za tę kwotę. Nie ma możliwości wynajęcia przez Wykonawcę Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited czy kogokolwiek innego Biura Konsultanta za kwotę 1500 zł w odległości nie większej niż 10 km od terenu budowy, spełniającego wszystkie wymagania OPZ.

Odwołujący wskazał, że właściwe przepisy obligują Konsultanta do zapewnienia powierzchni biura gdzie na każdego z pracowników jednocześnie zatrudnionych w pomieszczeniach stałej pracy powinno przypadać co najmniej 13 m^3 wolnej objętości pomieszczenia oraz co najmniej 2 m^2 wolnej powierzchni podłogi (niezajętej przez urządzenia techniczne, sprzęt itp.). Zważywszy na fakt, iż w Formularzu cenowym w okresie gwarancyjnym będzie przebywało ok 15 osób stąd też wielkość lokalu jaki należy przeznaczyć na Biuro Konsultanta to ok 100 m^2 oraz konieczność zapewnienia przestrzeni przeznaczonej na sprzęt, biurka, szafy na dokumenty, drukarki, pomieszczenie socjalne oraz łazienkę. Pkt. 2.1 OPZ wskazuje wyraźnie, że głównym miejscem świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta będzie biuro Konsultanta, o którym mowa w pkt. 2.2.1 OPZ oraz plac Budowy. Pracę poza biurem Konsultanta przewidziano tylko dla weryfikatorów dokumentów projektowych, za zgodą Zamawiającego. Dla pozostałych członków Personelu Konsultanta nie przewidziano pracy poza miejscem wskazanym w pkt. 2.1 OPZ. W związku z tym Konsultant przy zapewnieniu Biura Konsultanta musi przewidzieć powierzchnię biurową oraz socjalną dla Personelu biurowego i Personelu pomocniczego, Personelu kluczowego oraz innych Ekspertów zgodnie obowiązującymi przepisami prawa, z uwzględnieniem przepisów BHP. Odwołujący podniósł, że identycznie wymogi określił ten sam Zamawiający (GDDKIA Białystok) w innym postępowaniu (znak O/BI.D-3.2410.1.2022) w piśmie z dnia 15 lipca 2022 r. dotyczącym informacji o ofertach wykonawców które zostały odrzucone.

Odwołujący wskazał, że kwota 1500 zł jaka w swoim formularzu wycenił Wykonawca Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited jest kwotą rażąco niską. Dodał, że w kwocie miesięcznej przewidzianej na biuro Konsultanta musi się znaleźć koszt wynajmu Biura Konsultanta, do którego należy dodać koszty wskazane wyżej, tj. związane z utrzymaniem biura jak ubezpieczenie biura, opłaty za energię elektryczną, internet, usługi telekomunikacyjne, ogrzewanie, klimatyzację, wodę, wywóz nieczystości, śmieci, odprowadzenie ścieków, ochronę mienia, klimatyzacja oraz dodatkowo koszty związane z kosztem materiałów biurowych i eksploatacyjnych (art. papiernicze, urządzenia wielofunkcyjne, kawa, herbata oraz woda mineralna - pkt 2.2.1 g) OPZ) oraz koszt wymaganego odpowiednimi przepisami sprzętu bhp i ppoż,(zgodnie z pkt 2.2.1 e) OPZ)

Odwołujący zaznaczył również, że od dnia składania ofert tj. maj 2022 r. wszystkie koszty w dość znaczący sposób wzrosły i wzrastają do tej pory, a cena powinna być kalkulowana I sprawdzana według aktualnych cen rynkowych.

Pozycja	Kwota miesięczna
Koszt czynszu wynajmu biura Konsultanta (opcja bez biura Zamawiającego)	2500 zł
Koszt ubezpieczenia i ochrony	33 zł
Media (woda, ogrzewanie, prąd)	500 zł
Koszt materiałów eksploatacyjnych art. biurowych oraz koszt urządzeń wielofunkcyjnych	200 zł
Środki łączności	200 zł

Odwołujący podniósł, że z jego doświadczenia wynika, że na podobnych kontraktach, gdzie wynajmuje lokal na potrzeby biura Konsultanta w miejscowości Boćki oddalonej od Bielska Podlaskiego o 20 km, kwotę jaką należy przeznaczyć na wynajem lokalu spełniającego zapisy SWZ to 3700 zł na biuro Konsultanta i Zamawiającego, stąd w przyjęto kwotę 2500 zł tylko na biuro Konsultanta. Do powyższego należy doliczyć koszt ogrzewania w wysokości min. 500 zł.

Odwołujący wspomniał, że firma DTŚ w Bielsku wynajmuje lokal za 12 000 zł za miesiąc. Po dokonaniu przez niego rozpoznania cenowego i dostępności w lokalizacji spełniającej wymogi OPZ koszt wynajmu biura we wskazanej lokalizacji oscyluje w granicach 2800 netto i jest to jedynie koszt samego najmu biura. Odwołujący podkreślał, że w kwocie 1500 zł Konsultant powinien dodatkowo zawrzeć: miesięczny koszt mediów (ogrzewanie, woda, prąd) który przy obecnych realiach rynkowych należy przyjąć na poziomie minimum 500 zł. Dodatkowo w pozycji 4.1. należało wliczyć koszty likwidacji biura (przywrócenie do

stanu pierwotnego , wywóz mebli i urządzeń etc)oraz koszty usunięcia wszystkich instalacji, dróg dojazdowych i wewnętrznych, placów, zabezpieczeń, oczyszczenie terenu i doprowadzenie do stanu pierwotnego (jeśli to konieczne). W formularzu cenowym Wykonawca oświadczył, że kwota ta obejmuje wszelkie koszty związane z prawidłową realizacją usług zgodnie z umową i OPZ.

Odwołujący podniósł, że sam zamawiający, w innym postępowaniu o identycznej treści OPZ (znak O/BI.D-3.2410.1.2022) przyznał, że OPZ nie przewiduje zmniejszenia biura Zamawiającego w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. Dodatkowo stwierdzono, że przedstawiona kalkulacja kosztów Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego nie uwzględnia uwagi Zamawiającego wyszczególnionej w Formularzu cenowym w pkt. 1 i 4, tj.: ppkt 1. Dział obejmuje całość kosztów administracyjnych związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ. oraz zapisów pkt. 17.3 OSWZ, tj.: Każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować koszty wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, istotna część składowa oferty jest zaniżona co najmniej dwukrotnie.

Kolejno odwołujący podniósł, że w pozycji formularza cenowego Dział 2 Formularza cenowego - Usługa nadzoru i zarządzania przedłożonego przez Wykonawcę Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited należy zauważyć dysproporcję pomiędzy kosztem dniówki Inżyniera Kontraktu a dniówkami weryfikatorów dokumentacji na poszczególnych pozycjach. Sytuacja ta jest kuriozalna, aby kwotę dla Inżyniera Kontraktu czy Głównego mostowca przyjąć na ponad 50% niższym poziomie niż kwotę dla weryfikatora dokumentacji. Zaznaczyć należy, że kwota za dniówkę dla Ekspertów Kluczowych Wykonawca przyjął na poziomie 240 zł, co jest zdecydowanie rażąco niskim wynagrodzeniem dla osób na kluczowych dla kontraktu stanowiskach. Oznaczałoby to w praktyce, że kluczowy specjalista zarabia miesięcznie kwotę około 5200 zł brutto, co jest stawką niemożliwą do uzyskania aktualnie na rynku dla tego typu ekspertów, a na pewno nie zapewnia ona uzyskania rzetelnego i profesjonalnego poziomu świadczenia usług.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w wezwaniu wykonawcy Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited do wyjaśnień rażąco niskiej ceny sam wskazuje, iż do realizacji postępowania należy skierować wysoko wykwalifikowany personel posiadający doświadczenie i kwalifikacje wskazane w SWZ i w kryteriach pozacenowych oraz posiadający odpowiednie uprawnienia zawodowe. Eksperci Kluczowi tj.:

- Inżynier Kontraktu,
- Główny Specjalistę ds. rozliczeń,
- Główny Specjalistę ds. roszczeń,
- Technolog,
- Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierii mostowej,

stanowią bowiem najważniejszy personel zespołu nadzoru, co zresztą ma odbicie w nomenklaturze - są specjalistami kluczowymi.

Odwołujący wskazał, że przeciętne wynagrodzenie w budownictwie w lutym 2022 według GUS wyniosło 5.942 PLN, a było to jeszcze przed wystąpieniem bardzo silnego impulsu inflacyjnego w miesiącach marzec- wrzesień 2022 r. Wyliczenie ceny Wykonawcy Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. i TNM Limited dla personelu kluczowego wynosi 240.00 zł za dniówkę, a zatem wynosi 240*22 = 5280 zł miesięcznie. Skoro zatem średnie wynagrodzenie w branży budowlanej wynosi obecnie co najmniej około 6000 zł, oznacza to, że dla najlepiej wykwalifikowanego, kluczowego personelu Wykonawca Konsorcjum Bico

Group Sp. z o.o. i TNM Limited przewiduje wynagrodzenie o około 20 % niższe od przeciętnego dla tej branży.

Zdaniem odwołującego, jest to kwota zaniżona w sposób rażący, w obecnych warunkach rynkowych co najmniej o połowę, biorąc pod uwagę, że jest to personel najlepiej wykwalifikowany, a co za tym idzie, najdroższy z całego zespołu.

Zarzut 3

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie oferta została złożona bez wymaganego umocowania. Oferta została przez Wykonawcę złożona w dniu 12 maja 2022 r. o godzinie 9.14. Tymczasem pełnomocnictwo dla BICO Group podpisanego przez D. J. (pełnomocnik firmy TNM), które zostało podpisane po dacie złożenia oferty (12 maja 2020 r., godzina 9:16), więc osoba, która podpisywała ofertę (w dniu 12 maja 2020 r., godzina 9:14)

nie była upełnomocniona do tej czynności. W ocenie odwołującego w konsekwencji oferta Wykonawcy jest nieważna.

Odwołujący podniósł, że w pełnomocnictwie udzielonym w imieniu TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522, zarejestrowanej pod numerem 511262644 Pan M. A. B. udzielił Panu D. J. pełnomocnictwa do reprezentowania TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa w przedmiotowym postępowaniu, z prawem udzielania dalszych pełnomocnictw.

Kolejno odwołujący wskazywał, że pełnomocnictwem datowanym na dzień 11 maja 2022 r., ale podpisanym w dniu 12 maja 2022r. o godzinie 09.16 Pan D. J., działając w imieniu TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522, zarejestrowanej pod numerem 511262644, udzielił firmie Bico Group Sp. z o.o., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym prowadzonym przez Sąd Rejonowy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000650302 jako Liderowi powołanego wyżej konsorcjum pełnomocnictwa do występowania oraz składania w imieniu TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522 oświadczeń woli i wiedzy, jak również dokonywania wszelkich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa obwodnicy Bielska Podlaskiego w ciągu drogi krajowej nr 66 na odcinku od istn. DK19 do istn. DK66”.

Kolejno odwołujący wskazał, że w załączonym do oferty pełnomocnictwie udzielonym przez BICO Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Św. Jacka Odrowąża 15, 03-310 Warszawa, wpisaną do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla M. St. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000650302 reprezentowaną przez Pana T. P. - Prezesa Zarządu udzielono Panu D. J. upoważnienia do reprezentowania Mocodawcy czyli BICO Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, w tym między innymi (ale nie wyłącznie) do:

1) Składania wniosków o wyjaśnienie lub modyfikację specyfikacji warunków zamówienia;

2) Podpisywania oraz składania ofert oraz wniosków;

3) Podpisywania oraz składania wszystkich niezbędnych oświadczeń i dokumentów;

4) Udzielania wyjaśnień (w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny) oraz uzupełnienia oświadczeń i dokumentów;

5) Brania udziału w negocjacjach z zamawiającymi;

6) Poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów;

7) Występowania do zamawiających z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowań.

8) Prowadzenie wszelkiej korespondencji z zamawiającymi.

Pełnomocnik jest również upoważniony do zawierania w imieniu Mocodawcy umów w sprawie zamówienia publicznego.

Pełnomocnik jest również uprawniony do reprezentowania Mocodawcy w postępowaniach przetargowych innych niż postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że mimo że w treści pełnomocnictwa udzielonego w imieniu TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522, zarejestrowanej pod numerem 511262644 został wymieniony Pan M. A. B. jako ten, który udzielił Panu D. J. pełnomocnictwa do reprezentowania TNM Limited, to pod pełnomocnictwem znajduje się podpis nieczytelny, bez pieczątki imiennej, a notariusz jedynie potwierdził zgodność odpisu z dokumentem. Nie ma więc pewności czy podpis nieczytelny należy do Pana M. A. B., nie wiadomo więc czy Pan D. J. był należycie umocowany. Dodatkowo, w odpisie dotyczącym spółki TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522 wskazanych jest trzech dyrektorów: M. A. B., T. Y. i Y. D. G. Nie jest jednak wskazane czy ich reprezentacja jest łączna czy samodzielna. Nie wiadomo zatem, czy nawet jeżeli podpis nieczytelny pod tym dokumentem należy rzeczywiście do Pana M. A. B., to czy miał on należyte umocowanie do reprezentowania spółki w tym zakresie, a zatem czy pełnomocnictwo zostało skutecznie udzielone.

Jednak zdaniem odwołującego ważniejsze jest, że pełnomocnictwo udzielone przez

TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522 dla Bico Group Sp. z o.o. jako lidera konsorcjum zostało udzielone po złożeniu oferty.

Zdaniem odwołującego, oferta Wykonawcy nie tylko nie jest najkorzystniejszą, ale wręcz jest ofertą nieważną. Zgodnie bowiem z punktem 19. 2. SWZ Wykonawca składa Ofertę na Platformie w następujący sposób: w zakładce „Załączniki" dodaje dokumenty określone w pkt 16.5., 16.6. IDW w formie elektronicznej (tj. podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym) poprzez polecenie „Dodaj załącznik" wybranie docelowego pliku, który ma zostać wczytany oraz opisanie nazwy identyfikującej załącznik. Zatem oferta winna być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym - pod rygorem nieważności. Ofertę podpisał Pan D. J., który w momencie składania - podpisywania - oferty nie był z całą pewnością umocowany do działania w imieniu Bico Group Sp. z o.o. przez partnera TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522, a nie wiadomo czy był umocowany do działania w imieniu TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522 z uwagi na wątpliwości co do tego kto podpisał się pod pełnomocnictwem udzielonym mu w imieniu TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522. W myśl art. 96 k.c. umocowanie do działania w cudzym imieniu możeopierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo). Pan W. D. nie jest przedstawicielem ustawowym Wykonawcy TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522 (co wynika z KRS), a zatem winien legitymować się pełnomocnictwem Wykonawcy. Tymczasem do oferty nie został załączony oryginał pełnomocnictwa opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a pełnomocnictwo takie zostało przedłożone już po złożeniu oferty. W efekcie to pełnomocnictwo nie potwierdza, że w momencie złożenia swojej oferty Pan D. J. udzielił w imieniu TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522 spółce Bico Group Sp. z o.o. Jako liderowi konsorcjum pełnomocnictwa do reprezentowania TNM Limited, Israel, 37 Sheerit Israel Tel Aviv-Jaffa, 6816522 jako partnera konsorcjum. Z uwagi na to, że Wykonawca nie wylegitymował się skutecznie udzielonym pełnomocnictwem dla osoby składającej ofertę, oferta taka winna zostać uznana za nieważną w myśl art. 58 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego, stosowanego zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią punktu 16.6.SWZ, wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy m.in.

2) pełnomocnictwo lub inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania Wykonawcy lub podmiotu udostępniającego zasoby, chyba że umocowanie do reprezentacji wynika z dokumentów, o których mowa w pkt. 16.6. ppkt 1) IDW;

3) pełnomocnictwo lub inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (np. umowa o współdziałaniu). Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy.

Zdaniem odwołującego dokument ten nie został złożony wraz z ofertą. Oferta została podpisana w dniu 12 maja 2022 r. o godzinie 9.14 przez Pana D. J. jako pełnomocnika Wykonawcy, czyli całego konsorcjum, jednak udzielono mu pełnomocnictwa do reprezentowania lidera konsorcjum w dniu 12 maja 2022 r. o godzinie 09.16.

Uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące oceny oferty Wykonawcy Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa - Lider Konsorcjum i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów - Partner Konsorcjum

Odwołujący podniósł, że cena oferty w przedmiotowym postępowaniu ma charakter co do zasady kosztorysowy, co wynika z treści punktu 17 SWZ. Wynika to także ze sposobu wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, opisanego w § 4 ust. 3 wzoru umowy z wykonawcą. Ponadto, zdaniem odwołującego, formularz cenowy stanowi integralną część oferty, co wynika z punktu 16.5. SWZ. Odwołujący wskazał, że nie można uznać, iż ceny jednostkowe podane w formularzu cenowym, będącym integralną częścią oferty, są jedynie przykładowe, dowolne i mogą być zamieniane. Nie mają w żadnym wypadku charakteru kosztorysu pomocniczego, jak byłoby przy cenie ryczałtowej.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający wezwał Wykonawcę konsorcjum BBC do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 25 maja 2022 r. Odwołujący podniósł, że wezwanie do złożenia wyjaśnień nie miało zatem charakteru szablonowego, ogólnego, lecz konkretnie wskazywało na obszary, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego i wymagały wyjaśnienia. Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowych wyjaśnień oraz kalkulacji i dowodów, uzasadniając szczegółowo przyczyny powstałych wątpliwości. Skonkretyzowane wezwanie skierowane do wykonawcy zrodziło po jego stronie obowiązek

przedstawienia odpowiednich wyjaśnień, pozwalających na weryfikację zaoferowanej ceny oraz przyjętych przez wykonawcę założeń do kalkulacji kosztów, pozwalających na potwierdzenie i przekonujących Zamawiającego, że wszystkie wymagania określone w SWZ, gwarantujące wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie, zostały przez ww. wykonawcę uwzględnione w złożonej ofercie i prawidłowo wycenione.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę konsorcjum BBC z dnia 14 czerwca 2022 r. mają charakter wybitnie ogólnikowy, praktycznie Wykonawca powołuje się jedynie na to, że jego oferta ma cenę stanowiącą 75,26 % średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Odwołujący wskazał, że wobec utajnienia części wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. w przedmiotowym postępowaniu w dniu 14 czerwca 2022 r., dalsze jego wskazania opierają się w głównej mierze na wskazanych przez Wykonawcę stawkach zawartych w formularzu cenowym.

Odwołujący podniósł, że w pozycji 4.1 formularza cenowego „Biuro Konsultanta w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności" Wykonawca ten wskazał cenę 2750 zł. Zgodnie z zapisami OPZ Wykonawca jest zobligowany przez 15 miesięcy tego okresu utrzymywać biuro spełniające wszystkie wymagania OPZ. Zdaniem odwołującego jest to niemożliwe do spełnienia za tę kwotę. Nie ma możliwości wynajęcia przez Wykonawcę Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. czy kogokolwiek innego Biura Konsultanta za kwotę 2750 zł w odległości nie większej niż 10 km od terenu budowy, spełniającego wszystkie wymagania OPZ. Zgodnie z zapisami OPZ zaplecze Konsultanta ma odpowiadać wymaganiom właściwych przepisów prawa m. in Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 26 września 1997r w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy które obliguje Konsultanta do zapewnienia powierzchni biura gdzie na każdego z pracowników jednocześnie zatrudnionych w pomieszczeniach stałej pracy powinno przypadać co najmniej 13 m^3 wolnej objętości pomieszczenia oraz co najmniej 2 m^2 wolnej powierzchni podłogi (niezajętej przez urządzenia techniczne, sprzęt itp.). Zważywszy na fakt, iż w Formularzu cenowym w okresie gwarancyjnym będzie przebywało ok 15 osób stąd też wielkość lokalu jaki należy przeznaczyć na Biuro Konsultanta to ok 100 m^2 oraz konieczność zapewnienia przestrzeni przeznaczonej na sprzęt, biurka, szafy na dokumenty, drukarki, pomieszczenie socjalne oraz łazienkę. Pkt. 2.1 OPZ wskazuje wyraźnie, że głównym miejscem świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta będzie biuro Konsultanta, o którym mowa w pkt. 2.2.1 OPZ oraz plac Budowy. Pracę poza biurem Konsultanta przewidziano tylko dla weryfikatorów dokumentów projektowych, za zgodą Zamawiającego. Dla pozostałych członków Personelu Konsultanta nie przewidziano pracy poza miejscem wskazanym w pkt. 2.1 OPZ. W związku z tym Konsultant przy zapewnieniu Biura Konsultanta musi przewidzieć powierzchnię biurową oraz socjalną dla Personelu biurowego i Personelu pomocniczego, Personelu kluczowego oraz innych Ekspertów zgodnie obowiązującymi przepisami prawa, z uwzględnieniem przepisów BHP.

Odwołujący wskazał, że identycznie wymogi określił ten sam Zamawiający (GDDKIA Białystok) w innym postępowaniu (znak O/BI.D-3.2410.1.2022) w piśmie z dnia 15 lipca 2022r. dotyczącym informacji o ofertach wykonawców które zostały odrzucone.

Zdaniem odwołującego, kwota 2750 zł, jaką w swoim formularzu wycenił Wykonawca Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., jest kwotą rażąco niską.

Odwołujący dodał, że w kwocie miesięcznej przewidzianej na biuro Konsultanta musi się znaleźć koszt wynajmu Biura Konsultanta, do którego należy dodać koszty wskazane wyżej, tj. związane z utrzymaniem biura jak ubezpieczenie biura, opłaty za energię elektryczną, internet, usługi telekomunikacyjne, ogrzewanie, klimatyzację, wodę, wywóz nieczystości, śmieci, odprowadzenie ścieków, ochronę mienia, klimatyzacja oraz dodatkowo koszty związane z kosztem materiałów biurowych i eksploatacyjnych(art. papiernicze, urządzenia wielofunkcyjne, kawa, herbata oraz woda mineralna - pkt 2.2.1 g) OPZ) oraz koszt wymaganego odpowiednimi przepisami sprzętu bhp i ppoż, (zgodnie z pkt 2.2.1 e) OPZ). Odwołujący zaznaczał, że od dnia składania ofert tj. maj 2022 r. wszystkie koszty w dość znaczący sposób wzrosły i wzrastają do tej pory, a cena powinna być kalkulowana i sprawdzana według aktualnych cen rynkowych. Jako dowód odwołujący wskazuje kolejny raz aktualne ceny rynkowe kosztów biura Konsultanta w okolicy Bielska Podlaskiego (biuro, które on sam utrzymuje na innym kontrakcie w Boćkach). W konsekwencji odwołujący wywiódł, że istotna część składowa oferty jest zaniżona co najmniej o 35-40 %.

Kolejno odwołujący podniósł, że w pozycji formularza cenowego Dział 2 Formularza cenowego - Usługa nadzoru i zarządzania przedłożonego przez Wykonawcę Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. i BBC Best Building Consultants Nadzory i

Doradztwo Budowlane Ł. Z. należy zauważyć dysproporcję pomiędzy kosztem dniówki Inżyniera Kontraktu a dniówkami kluczowych specjalistów weryfikatorów dokumentacji na poszczególnych pozycjach. Odwołujący zaznaczał, że kwotę za dniówkę dla Ekspertów Kluczowych Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. przyjęło na poziomie 230-260 zł, co jest zdecydowanie rażąco niskim wynagrodzeniem dla osób na kluczowych dla kontraktu stanowiskach. Oznaczałoby to w praktyce, że kluczowy specjalista zarabia miesięcznie kwotę około 5 tysięcy złotych brutto (22*230= 5060 zł), co jest stawką niemożliwą do uzyskania aktualnie na rynku dla tego typu ekspertów, a na pewno nie zapewnia ona uzyskania rzetelnego i profesjonalnego poziomu świadczenia usług.

Odwołujący wskazał, że w lutym 2022 przeciętne wynagrodzenie w budownictwie według GUS wyniosło 5.942 PLN, a było to jeszcze przed wystąpieniem bardzo silnego impulsu inflacyjnego w miesiącach marzec- wrzesień 2022 r. Wyliczenie ceny Wykonawcy Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. dla personelu kluczowego wynosi 230-260.00 zł za dniówkę, a zatem wynosi 22*230= 5060 zł lub 22*260 = 5720 zł miesięcznie. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, jest to kwota zaniżona w sposób rażący, w obecnych warunkach rynkowych co najmniej o połowę, biorąc pod uwagę, że jest to personel najlepiej wykwalifikowany, a co za tym idzie, najdroższy z całego zespołu.

Zdaniem odwołującego, w sposób niezasadny wyceniona jest także pozycja 3.1 formularza cenowego - kwota za zdjęcia w wysokości 100 zł jest rażąco niska. Wszyscy pozostali oferenci wskazywali tu kwotę co najmniej 1200 zł, co jest jasnym dowodem na nierzetelną wycenę dokonaną przez tego Wykonawcę.

Zarzut nr 2

Odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem 11 SWZ, Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostepniających zasoby, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Odwołujący podniósł, że w punkcie 11.8 SWZ wskazano, że: „Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składnia ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.”

Odwołujący podniósł, że wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Wykonawca Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o., Ai BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. powołał się na zobowiązanie firmy Biuro Obsługi Inwestycji INWEST-WYBRZEŻE Sp. z o.o., która w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów wskazuje, że będzie podwykonawcą w zakresie realizacji usługi, dla której udostępniła referencje w zakresie przebudowy mostu nad rzeką Pasłęką.

Ponadto odwołujący wskazał, że dodatkowo, wyjaśniając kwestię rażąco niskiej ceny, Wykonawca powołał się na oferty podwykonawcze i złożone oświadczenia firm Radinves (załącznik nr 3 do wyjaśnień), TomCar (załącznik nr 4 do wyjaśnień) i Imperial (załącznik nr 8 do wyjaśnień).

Zdaniem odwołującego, Wykonawca konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o. o., BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. złożył ofertę w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, gdyż warunki zamówienia wprost i jasno zabraniały Wykonawcy po upływie terminu składania ofert powoływania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składnia ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. W punkcie 7 oferty Wykonawca wskazał i oświadczył, że „zobowiązujemy się nie wykonywać zamówienia z udziałem podwykonawców, dostawców lub podmiotów, na których zdolności polega się w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE, o których mowa w art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, w przypadku, gdy przypada na nich ponad 10% wartości zamówienia”.

Tym samym, zdaniem odwołującego, oferta sporządzona jest w sposób niezgodny z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Safege S.A.S. w Nanterre Cedex, Francja. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego skierowane do wykonawców do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia wykonawców wraz z załącznikami, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców do złożenia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w postępowaniu, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, wnioski odwołującego o udostępnienie załączników do protokołu, załączniki do odwołania, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 18 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Art. 58 Pzp stanowi, że:

1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

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

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 224 ustawy 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

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

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie:

a) zarzutu nr 2 odwołania, odnoszącego się do oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants sp. z o.o. w Warszawie oraz Ł. Z., BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane,

b) zarzutu nr 3 odwołania, odnoszącego się do oceny oferty wykonawcy Safege S.A.S. w Nanterre Cedex, Francja, w części dotyczącej naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z punktem 10.7.2. SWZ.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 6 października 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

<u>Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Safege S.A.S. okazał się niezasadny.</u>

Konieczność oddalenia przedmiotowego zarzutu była konsekwencją ograniczonych okoliczności faktycznych, na jakich został on oparty. Odwołujący podniósł w treści odwołania, że wykonawca Safege S.A.S. nie wykazał, stosownie do art 18 ust. 3 Pzp, zasadności zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy swego przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zaś zarzutu, na str. 11 odwołania, ograniczył się do stwierdzenia, że owo niewykazanie polegało

na tym, iż objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa odbyło się jedynie na podstawie stwierdzenia: „dalsze wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” - bez żadnego uzasadnienia.

Izba stwierdziła, że powyższe stwierdzenie odwołującego nie polegało na prawdzie. Objęcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez przystępującego Safege zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa nie odbyło się jedynie na podstawie stwierdzenia: „dalsze wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” - bez żadnego uzasadnienia.

Uzasadnienie dotyczące objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny przystępujący Safege przedstawił w pliku o nazwie: 10_tajemnica_przedsiebiorstwa_zalacznik_nr_8_uzasadnienie_tajemnicy_przedsiebiorstwa-sig

Z kolei dowody na poparcie twierdzeń przedstawionych w ww. uzasadnieniu przedstawiono w kolejnym pliku o nazwie:

11_tajemnica_przedsiebiorstwa_zalacznik_nr_9_zalaczniki_do_uzasadnienia_tajemnicy_prz

edsiebiorstwa-sig

Zdaniem Izby odwołujący miał możliwość, aby ustalić ww. stan rzeczy. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że w odpowiedzi na jego wniosek o udostępnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępującego Safege zamawiający w dniu 15 września 2022 r. przesłał mu informację na temat plików, jakich mu nie udostępnia, z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, podając ich nazwy. Wśród plików nieudostępnionych wymieniono oba ww. pliki. Powyższe ustalono na podstawie wydruku potwierdzenia wysłania korespondencji odwołującemu z dnia 15 września 2022 r., jaki zamawiający złożył w trakcie rozprawy.

Kierując się powyższymi ustaleniami Izba stwierdziła, że odwołujący miał podstawy aby ustalić, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami istnieje a tylko nie zostało odwołującemu udostępnione, gdyż również ono samo objęte jest zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że twierdzenie odwołującego, iż w przypadku przystępującego Safege objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa odbyło się jedynie na

podstawie stwierdzenia: „dalsze wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” - bez żadnego uzasadnienia, nie polegało na prawdzie. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny

wykonawcy konsorcjum Bico Group sp. z o. i TNM Limited okazał się niezasadny.

W przypadku ww. zarzutu jego uzasadnienie faktyczne przedstawione w odwołaniu okazało się odmienne. W tym przypadku, inaczej niż co do zarzutu dotyczącego tajemnicy wykonawcy Safege, odwołujący wskazał, że Konsorcjum Bico Group Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum i TNM Limited - Partner Konsorcjum nie wykazało zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, precyzując, że owo niewykazanie miało polegać na poprzestaniu wyłącznie na ogólnikowych i lakonicznych stwierdzeniach oraz zapewnieniach. Jednocześnie odwołujący nie twierdził, jak w przypadku wykonawcy Safege, że uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie złożono. Tak sformułowany zarzut wskazywał zatem, że powodem jego postawienia są niedostatki uzasadnienia zastrzeżenia polegające na jego ogólnikowości i lakoniczności.

Odnosząc się do tak skonstruowanego zarzutu Izba stwierdziła, że zarzut nie został w jakikolwiek sposób skonkretyzowany. Jeśli odwołujący zdecydował się zakwestionować jakość uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, sporządzonego przez konsorcjum Bico Group, to powinien wskazać i wyjaśnić, dlaczego tak uważa.

Dostrzeżenia wymagało, że konsorcjum Bico Group przedstawiło uzasadnienie zastrzeżenia swych wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z dnia 14 czerwca 2022 r. Przedstawiło tam argumentację i wielostronicowe wyjaśnienia odnoszące się do wszystkich przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Do uzasadnienia tego załączono także dowody. Biorąc pod uwagę taką treść uzasadnienia zastrzeżenia Izba stwierdziła, że zarzut nie został

należycie skonkretyzowany. W szczególności nie wiadomo było, dlaczego odwołujący utrzymuje, że uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólne i lakoniczne.

Dopiero w trakcie rozprawy odwołujący podniósł, że nie otrzymał od zamawiającego również sporządzonego przez konsorcjum Bico uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże tego rodzaju argumentacja pozostawała w sprzeczności z treścią uzasadnienia zarzutu przedstawioną w odwołaniu, w którym odwołujący wyraźnie wdawał się w polemikę ze szczegółowością uzasadnienia. W treści odwołania próżno było szukać zarzutu, że odwołującemu nie udostępniono uzasadnienia zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśnień ceny konsorcjum Bico. W konsekwencji Izba nie mogła się odnieść do nowego zarzutu, formułowanego dopiero na rozprawie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może

samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”.

Zdaniem Izby, w okolicznościach danej sprawy, prawidłowym działaniem odwołującego, w przypadku chęci zapoznania się w wyjaśnieniami ceny obu wykonawców, powinno być w pierwszej kolejności postawienie zarzutu zaniechania odtajnienia samego uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Po odtajnieniu zaś uzasadnienia zastrzeżenia, odwołujący miałby podstawy aby prawidłowo postawić zarzut dotyczący nieodtajnienia samych wyjaśnień ceny obu wykonawców. Tego jednak odwołujący nie uczynił. Z kolei zarzuty sformułowane przez niego w odwołaniu należało uznać za nieprawidłowo uzasadnione lub oparte na nieprawdziwych faktach. Wobec powyższego podlegały one oddaleniu, z przyczyn wskazanych wcześniej.

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Safege, oferty konsorcjum Bico Group oraz oferty konsorcjum BBC Best Building Consultants sp. z o.o. z powodu zaoferowania przez ww. wykonawców rażąco niskich cen

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Safege, oferty konsorcjum Bico Group oraz oferty konsorcjum BBC Best Building Consultants sp. z o.o. z powodu zaoferowania przez ww. wykonawców rażąco niskich cen okazały się chybione.

W pierwszej kolejności zarzuty odwołującego koncentrowały się wokół niedoszacowania przez ww. wykonawców kosztów w pozycji 4.1. złożonych przez nich formularzy cenowych. W pozycji 4.1. swych formularzy cenowych wykonawcy zobowiązani byli wycenić koszty administracyjne biura konsultanta w okresie od wystawienia ostatniego świadectwa przejęcia do wystawienia ostatecznego świadectwa płatności.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że nie ma możliwości wynajęcia przez żadnego wykonawcę pomieszczeń z przeznaczeniem na biuro konsultanta za kwotę 2000 zł (przystępującego Safege), 1500 zł (konsorcjum Bico) ani kwotę 2.750 zł (konsorcjum BBC) w odległości nie większej niż 10 km od terenu budowy, spełniającego wszystkie wymagania OPZ.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że nie polegało na prawdzie twierdzenie odwołującego, jakoby biuro konsultanta, w okresie od wystawienia ostatniego świadectwa przejęcia do wystawienia ostatecznego świadectwa płatności, musiało być zorganizowane w odległości nie większej niż 10 km od terenu budowy. Uszło uwadze odwołującego, że pismem z dnia 13 kwietnia 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji pkt 2.2.1 tomu III SWZ (OPZ), zgodnie z którą dopuścił lokalizację biura w odległości nie większej niż 10 km od siedziby zamawiającego w okresie projektowania oraz dla etapu po wydaniu ostatniego świadectwa przejęcia. Przywołana zmiana SWZ oznaczała, że obowiązek utrzymywania biura konsultanta w odległości do 10 km od terenu robót nie dotyczył całego okresu realizacji usługi. W okresie projektowania oraz dla etapu po wydaniu ostatniego świadectwa przejęcia biuro mogło być zlokalizowane w odległości nie większej niż 10 km od siedziby zamawiającego, zlokalizowanej w Białymstoku. Nie ulegało również wątpliwości, że ww. zmiana SWZ z dnia 13 kwietnia 2022 r. dotyczyła okresu utrzymywania biura, o którym mowa w pkt 4.1. formularza cenowego. W konsekwencji podstawowe założenie, na jakim odwołujący oparł uzasadnienie swego zarzutu, okazało się nieprawidłowe.

Przy wyrokowaniu wzięto także pod uwagę, że pozycja 4.1 formularza cenowego

dotyczyła utrzymania biura konsultanta po wystawieniu świadectwa przejęcia, a więc w okresie, gdy roboty będą już zakończone. W okresie tym nie będzie potrzeby absorbowania tak dużej liczby personelu, a ponadto zamawiający nie wykluczył w tym okresie zmniejszenia powierzchni biurowej. O tym, że koszty utrzymania biura konsultanta w omawianym okresie są niższe niż w okresie poprzedzającym świadczył choćby fakt, że zamawiający we wzorze formularza cenowego zastrzegł, że koszty z pozycji 4.1 formularza cenowego nie mogą przekraczać 50% kosztów z pozycji 1.1 formularza cenowego (obejmującej koszty utrzymania biura konsultanta od rozpoczęcia usługi do wystawienia ostatniego świadectwa przejęcia).

Niezależnie od nieprawidłowych założeń odwołującego Izba stwierdziła, że wykonawcy: przystępujący Safege, konsorcjum Bico i konsorcjum BBC odrębnie od siebie wyjaśnili i udowodnili, że możliwe jest znalezienie, wynajęcie i utrzymanie biura odpowiadającego wymaganiom SWZ za zaproponowane przez nich stawki. Wyjaśnienia i dowody w tym zakresie przez każdego z ww. wykonawców zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec czego nie zostaną one przytoczone.

Izba stwierdziła, że przystępujący Safege omówił i wyjaśnił wysokość ww. kosztów na str. 3 i 4 swych szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych ceny z dnia 13 czerwca 2022 r. W tym fragmencie swego pisma przystępujący ujawnił adres proponowanej lokalizacji biura, a także jego parametry, powierzchnię, wyposażenie, oraz omówił wszelkie koszty utrzymania biura i ujawnił stawkę ofertową. Ponadto na poparcie wyjaśnień przystępujący Safege załączył do swych wyjaśnień niezbędne dowody. Przystępujący złożył zamawiającemu w charakterze dowodu m.in. ofertę najmu biura (załącznik nr 1 do szczegółowych wyjaśnień). Dostrzeżenia wymagało, że w ofercie tej został wskazany dokładny adres biura, zaś oferta obejmowała nie tylko koszt najmu, ale także inne koszty związane z jego utrzymaniem. Izba stwierdziła, że kwota ofertowa okazała się niższa od stawki ujawnionej w pozycji 4.1. formularza cenowego przystępującego Safege. Ponadto stwierdzono, że w załączniku nr 4 do szczegółowych wyjaśnień ceny przystępujący Safege załączył dowody potwierdzające dysponowanie sprzętem, wyposażeniem biura i urządzeniami tam wskazanymi.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że konsorcjum Bico Group omówiło i wyjaśniło wysokość ww. kosztów w swych wyjaśnieniach z dnia 14 czerwca 2022 r. W szczególności w pkt III pisma konsorcjum Bico ujawniło adres proponowanego biura, w okresie od wystawienia ostatniego świadectwa przejęcia, a więc w okresie, o którym mowa w pkt. 4.1. formularza cenowego. Na uwagę zasługiwał również fakt, że wykonawca załączył, jako dowód nr 3 do swych wyjaśnień, dokumenty wykazujące szacowane koszty wynajęcia i utrzymania biura konsultanta, w tym koszty pozostałych opłat. Wykazane koszty mieściły się w stawce z poz.4.1. formularza cenowego.

Następnie Izba stwierdziła, że konsorcjum BBC wyjaśniło wysokość ww. kosztów w swych wyjaśnieniach z dnia 14 czerwca 2022 r. Konsorcjum BBC w pkt. 1.1. ww. wyjaśnień omówiło koszty najmu i pozostałe koszty utrzymania biura konsultanta. Konsorcjum załączyło także do swych wyjaśnień ofertę dotyczącą wynajęcia i utrzymania biura w rozbiciu na dwa okresy, a mianowicie przed wydaniem ostatniego świadectwa przejęcia i po tym okresie. Oferta za wynajęcie i utrzymanie biura w okresie, o którym mowa w pkt.4.1. formularza cenowego, mieściła się w stawce z pkt 4.1. formularza cenowego złożonego przez konsorcjum BBC.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że trzech wykonawców, ofertując niezależnie od siebie, było w stanie znaleźć odpowiednie, trzy różne pomieszczenia z przeznaczeniem na biura konsultanta, które odpowiadały wymaganiom OPZ. Twierdzenia wykonawców w tym zakresie nie pozostały gołosłowne, gdyż zostały poparte szerokim i kompletnym materiałem dowodowym. Zaprzeczało to twierdzeniom odwołującego jakoby niemożliwe było znalezienie i utrzymanie biura konsultanta odpowiadającego wymaganiom SWZ za stawki zaproponowane przez wykonawców w pozycjach 4.1 ich formularzy cenowych. Odnosząc się do dowodów złożonych przez odwołującego przy odwołaniu (oferty wynajmu biur w Bielsku Podlaskim, rachunek za energię elektryczną, faktura VAT za czynsz najmu biura) oraz na rozprawie (por. faktura VAT za wynajęcie sprzętu ksero, zakup materiałów biurowych), Izba doszła do wniosku, że stawki wynikające z tych dowodów, w świetle dowodów przeciwnych załączonych do wyjaśnień trzech wykonawców, niekoniecznie były stawkami minimalnymi. Ponadto, jak wynikało z treści dowodów złożonych przez odwołującego, nie wziął on pod uwagę modyfikacji pkt 2.2.1 tomu III SWZ (OPZ), zgodnie z którą zamawiający dopuścił lokalizację biura w odległości nie większej niż 10 km od siedziby zamawiającego w okresie projektowania oraz dla etapu po wydaniu ostatniego świadectwa przejęcia. Powyższy błąd skutkował ograniczeniem obszaru, na jakim odwołujący poszukiwał biura.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutów odwołującego dotyczących nieprawidłowej wyceny przez przystępującego Safege stawek w dziale 2 formularza

cenowego. Przypomnienia wymagało, że w dziale 2 formularza cenowego wykonawcy zobowiązani byli ująć koszty dotyczące usługi nadzoru i zarządzania, w tym ujawnić stawki m.in. dla kluczowych ekspertów, weryfikatorów dokumentacji projektowej, inspektorów nadzoru i pozostałych specjalistów. Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że u przystępującego Safege wystąpiła dysproporcja między kosztem dniówki inżyniera kontraktu a dniówkami weryfikatorów dokumentacji. Zdaniem odwołującego koszty dniówek dla ekspertów kluczowych miały zostać zaniżone.

Szczegółowe wyjaśnienia ceny przystępującego Safege zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i z tego powodu nie zostaną przytoczone.

Rozstrzygając w przedmiocie ww. zarzutu Izba stwierdziła, że założenia do kalkulacji przystępujący Safege ujawnił na str. 2 i 3 szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 13 czerwca 2022 r. Ponadto wyjaśnienia te zostały poparte dowodami. Wśród dowodów na uwagę zasługiwały w szczególności załączone zobowiązania specjalistów, którzy zostaną skierowani do wykonania zamówienia. W zobowiązaniach tych kandydaci na odpowiednich specjalistów wyrazili zgodę na wykonanie odpowiedniej części zamówienia. Co więcej ujawnili stawki dniówek, za jakie zgodzili się pełnić powierzone im obowiązki. Jak wynikało z zobowiązań, stawki przyjęte w pkt 2 formularza cenowego przystępującego Safege okazały się wyższe od stawek wymienionych w zobowiązaniach. Zaprzeczało to twierdzeniom odwołującego o zaniżeniu stawek dla kluczowych specjalistów. Jeśli zaś chodzi o wzajemne relacje stawek kluczowych specjalistów i weryfikatorów to Izba stwierdziła, że proporcje stawek w tym zakresie również wynikały z wynegocjowanych ofert - zobowiązań poszczególnych osób, które przystępujący zamierzał skierować do realizacji zamówienia. Nie potwierdził się zatem zarzut o przesuwaniu kosztów z pozycji 2.1-2.1.5. formularza cenowego (eksperci kluczowi) do pozycji formularza obejmujących koszty zatrudnienia weryfikatorów.

Następnie należało odnieść się do zarzutów odwołującego co do wadliwej wyceny przez konsorcjum Bico Group stawek w dziale 2 formularza cenowego - usługa nadzoru i zarządzania. Odwołujący zarzucił, że również w przypadku konsorcjum Bico wystąpiła dysproporcja między kosztem dniówki inżyniera kontraktu a dniówkami weryfikatorów dokumentacji. Zdaniem odwołującego kwoty dniówek dla ekspertów kluczowych miały zostać zaniżone.

Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji Izba stwierdziła, że założenia do kalkulacji konsorcjum Bico ujawniło w pkt II wyjaśnień ceny z dnia 14 czerwca 2022 r. Szczegółowe wyjaśnienia ceny konsorcjum Bico Group zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i z tego powodu nie zostaną przytoczone. Na uwagę zasługiwał fakt, że do ww. wyjaśnień zostały załączone dowody w postaci m.in. zobowiązań osób (specjalistów), które zostaną skierowanie do wykonania zamówienia (por. załącznik nr 2 do wyjaśnień konsorcjum Bico z dnia 14 czerwca 2022 r.). W zobowiązaniach tych kandydaci na odpowiednich specjalistów wyrazili zgodę na wykonanie odpowiedniej części zamówienia. Co więcej ujawnili stawki dniówek, za jakie zgodzili się pełnić powierzone im obowiązki. Jak wynikało z zobowiązań, stawki przyjęte w pkt 2 formularza cenowego konsorcjum Bico okazały się wyższe od stawek wymienionych w zobowiązaniach. Zaprzeczało to twierdzeniom odwołującego o zaniżeniu stawek dla kluczowych specjalistów.

Jeśli zaś chodzi o wzajemne relacje stawek kluczowych specjalistów i weryfikatorów to Izba stwierdziła, że proporcje stawek w tym zakresie również wynikały z wynegocjowanych ofert - zobowiązań poszczególnych osób, które konsorcjum Bico zamierzało skierować do realizacji zamówienia.

Kolejno należało odnieść się do zarzutów odwołującego co do nieprawidłowej wyceny przez konsorcjum Best Building Consultants (BBC) stawek w dziale 2 formularza cenowego, - usługa nadzoru i zarządzenia.

Odwołujący zarzucił, że przypadku oferty konsorcjum BBC wystąpiła dysproporcja między kosztem dniówki inżyniera kontraktu a dniówkami kluczowych specjalistów, weryfikatorów dokumentacji na poszczególnych pozycjach. Zdaniem odwołującego kwoty dniówek dla ekspertów kluczowych miały zostać zaniżone.

Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji Izba stwierdziła, że założenia do kalkulacji konsorcjum BBC ujawniło w pkt 2 wyjaśnień ceny z dnia 14 czerwca 2022 r. Szczegółowe wyjaśnienia ceny konsorcjum BBC zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i z tego powodu nie zostaną przytoczone. Ponadto do ww. szczegółowych wyjaśnień zostały załączone dowody w postaci m.in. zobowiązań osób, które zostaną skierowanie do wykonania zamówienia (por. załącznik nr 19 do wyjaśnień konsorcjum BBC z dnia 14 czerwca 2022 r.). W zobowiązaniach tych kandydaci na odpowiednich specjalistów wyrazili zgodę na wykonanie odpowiedniej części zamówienia. Co więcej ujawnili stawki

dniówek, za jakie zgodzili się pełnić powierzone im obowiązki. Jak wynikało z zobowiązań, stawki przyjęte w pkt 2 formularza cenowego konsorcjum BBC okazały się wyższe od stawek wymienionych w zobowiązaniach. Zaprzeczało to twierdzeniom odwołującego o zaniżeniu stawek dla kluczowych specjalistów.

Jeśli zaś chodzi o wzajemne relacje stawek kluczowych specjalistów i weryfikatorów to Izba stwierdziła, że proporcje stawek w tym zakresie również wynikały z wynegocjowanych ofert - zobowiązań poszczególnych osób, które konsorcjum BBC zamierzało skierować do realizacji zamówienia.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące nieważności oferty konsorcjum BICO okazały się nietrafne.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że oferta konsorcjum Bico została podpisana przez osobę nieposiadającą prawidłowego umocowania do dokonania takiej czynności, pochodzącego od członków tego konsorcjum.

Izba ustaliła, że plik z formularzem ofertowym oferty konsorcjum Bico został podpisany prawidłowym podpisem elektronicznym w dniu 12 maja 2022 r. o g. 9.14 przez pana D. J..

Jak wynikało z treści ww. formularza ofertowego, pan D. J. został określony jako działający w charakterze pełnomocnika następujących podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1) Bico Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

2) TNM Limited z siedzibą w Tel Aviv-Jaffa, Izrael.

Stosownie do art. 58 ust. 2 Pzp, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dostrzeżenia wymagało w tym miejscu, że z przywołanego przepisu nie wynika, aby pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musiał być jeden z tych wykonawców. Nic nie stało na przeszkodzie, aby pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia była osoba trzecia.

Zdaniem Izby obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia prawidłowo umocowali pana D. J. do reprezentowania ich w postępowaniu, a w szczególności do podpisania i złożenia oferty. Ponadto, wbrew stanowisku odwołującego, umocowanie do dokonania takiej czynności zostało udzielone jeszcze zanim Pan J. w imieniu ww. wykonawców podpisał ofertę, co stało się 12 maja 2022 r. o g. 9.14.

Na uwagę zasługiwał fakt, że do oferty załączono pełnomocnictwo udzielone przez Bico Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie panu D. J., w którym podmiot ten upoważnił go do reprezentowania Bico Group sp. z o. o. w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, w tym między innymi (ale nie wyłącznie) do:

1) Składania wniosków o wyjaśnienie lub modyfikację specyfikacji warunków zamówienia;

2) Podpisywania oraz składania ofert oraz wniosków;

3) Podpisywania oraz składania wszystkich niezbędnych oświadczeń i dokumentów;

4) Udzielania wyjaśnień (w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny) oraz uzupełnienia oświadczeń i dokumentów;

5) Brania udziału w negocjacjach z zamawiającymi;

6) Poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów;

7) Występowania do zamawiających z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowań.

8) Prowadzenie wszelkiej korespondencji z zamawiającymi.

Pełnomocnik jest również upoważniony do zawierania w imieniu Mocodawcy umów w sprawie zamówienia publicznego.

Pełnomocnik jest również uprawniony do reprezentowania Mocodawcy w postępowaniach przetargowych innych niż postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynikało z przytoczonej treści pełnomocnictwa upoważniało ono do reprezentowania mocodawcy w wszystkich postępowaniach, w tym „do podpisywania i składania ofert" (pkt 2 pełnomocnictwa). Zdaniem Izby umocowanie „do podpisywania i składania ofert" obejmowało wszystkie oferty, a więc bez ograniczenia do ofert składanych samodzielnie w imieniu mocodawcy czy też do ofert wspólnych składanych w imieniu mocodawcy z innymi wykonawcami. Na uwagę zasługiwał również fakt, że mocodawca w treści pełnomocnictwa wyraźnie zmierzał do tego, aby zakres pełnomocnictwa rozumieć jak najszerzej. O takiej intencji udzielającego pełnomocnictwa świadczył bowiem dopisek „ale nie wyłącznie", znajdujący się przed wyszczególnieniem katalogu czynności, do jakich dokonania uprawniony był pełnomocnik. Powyższe wskazuje, że katalog czynności wymienionych w pełnomocnictwie należało traktować jako otwarty, a nie wyczerpujący.

Podkreślenia wymagało, że - jak wynikało z treści pełnomocnictwa - zostało ono udzielone w dniu 30 kwietnia 2021 r., a więc o wiele wcześniej przed podpisaniem oferty w postępowaniu, co miało miejsce 12 maja 2022 r. o g. 9.14.

Kolejno stwierdzono, że do oferty załączono także pełnomocnictwo udzielone panu D. J. w imieniu TNM Limited, Israel, Tel Aviv-Jaffa. Jak wynikało z treści pełnomocnictwa, mocowało ono pana J. do podpisania i złożenia oferty w tym konkretnym postępowaniu, w tym także ofert wspólnych z innymi wykonawcami. W oparciu o treść pełnomocnictwa można było ponadto ustalić, że zostało ono udzielone w dniu 29 kwietnia 2022 r., a więc również przed podpisaniem oferty w postępowaniu, co miało miejsce 12 maja 2022 r. o g. 9.14.

W tej sytuacji okoliczność, że w kolejnym, trzecim pełnomocnictwie, datowanym na dzień 11 maja 2022 r., ale podpisanym w dniu 12 maja 2022r. o godzinie 09.16, a więc 2 minuty po podpisaniu pliku z formularzem ofertowym, pan D. J., działając w imieniu TNM Limited udzielił firmie Bico Group sp. z o.o., jako liderowi powołanego wyżej konsorcjum, pełnomocnictwa do występowania oraz składania w imieniu TNM Limited, oświadczeń woli i wiedzy, jak również dokonywania wszelkich czynności w ww. postępowaniu, pozbawione było jakiejkolwiek doniosłości prawnej. Jak bowiem wskazano powyżej, oferta została prawidłowo podpisana przez pełnomocnika, dysponującego wcześniejszym, wystarczającym umocowaniem do dokonania takiej czynności udzielonym przez obu członków konsorcjum Bico. Zarzut okazał się zatem niezasadny.

W dalszej kolejności odwołujący zakwestionował pełnomocnictwo udzielone przez TNM Limited panu D. J. Zarzuty dotyczące treści tego pełnomocnictwa również okazały się nietrafne.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że w nagłówku dokumentu pełnomocnictwa wskazano wprawdzie, że w imieniu TNM Limited podpisuje je Pan M. A. B. - Dyrektor. Odwołujący zarzucił jednak, że pod pełnomocnictwem znajdował się podpis nieczytelny, bez pieczątki imiennej, a notariusz jedynie potwierdził zgodność odpisu z dokumentem.

Odnosząc się do przytoczonej argumentacji Izba stwierdziła w pierwszej kolejności,

że złożony podpis nie był jedynie parafą. Ponadto podkreślenia wymagało, że dokonując wykładni dokumentu należy brać pod uwagę całą jego treść. Zdaniem Izby skoro w nagłówku pełnomocnictwa ujawniono, że mocodawca - TNM Limited - przy dokonywaniu tej czynności

jest reprezentowany przez dyrektora - pana M. A. B., to - w braku dowodu przeciwnego - należało wnioskować, że odręczny, acz nieczytelny podpis znajdujący się pod tym dokumentem, należy do tej właśnie osoby.

Następnie odwołujący zarzucił w odwołaniu, że w odpisie z rejestru dotyczącym spółki TNM Limited, wskazanych jest trzech dyrektorów: M. A. B., T. Y. i Y. D. G. Odwołujący podniósł, że z dokumentu tego nie wynika, czy reprezentacja przez dyrektorów jest łączna czy samodzielna.

Zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 Pzp, Strony i uczestnicy postępowania

odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba stwierdziła, że to na odwołującym, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, spoczywał ciężar wykazania faktu, że zgodnie z prawem izraelskim, w

braku wskazania w rejestrze sposobu reprezentacji przez dyrektorów, reprezentacja ta jest na pewno reprezentacją łączną. To odwołujący z faktu, że reprezentacja jest łączna

wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty konsorcjum Bico. Odwołujący na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił jednak żadnego dowodu. Skoro odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, ciężaru tego nie udźwignął, to należało uznać, że reprezentacja jest oddzielna i dyrektor M. A. B., działając samodzielnie, mógł udzielić panu D. J. pełnomocnictwa do reprezentowania TNM Limited.

Reasumując Izba stwierdziła, że pan D. J. w dacie podpisania oferty posiadał skuteczne pełnomocnictwo uprawniające go do podpisania i złożenia oferty w imieniu obu członków konsorcjum Bico, co odpowiadało wymogom wynikającym z art. 58 ust. 2 Pzp. Zarzut okazał się zatem chybiony.

Zarzuty dotyczące niewykazania braku podstaw do wykluczenia przez przystępującego Safege

Zasadny okazał się zarzut dotyczący niewykazania przez wykonawcę Safege S.A.S. braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na niezłożenie aktualnego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat.

Izba ustaliła, że w pkt 10 SWZ zamawiający zastrzegł, że celem wykazania braku podstaw do wykluczenia, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca ma obowiązek złożyć wymagane dokumenty. W 10.7.1. ppkt 2) lit. a SWZ sprecyzowano, że

Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej

Polskiej, (...) składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające że nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat, lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Z kolei w pkt. 10.7.2 SWZ zastrzeżono, że dokument, o którym mowa powyżej, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 23 sierpnia 2022 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, wezwał przystępującego Safege do przedstawienia w terminie do 5 września 2022 r., aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 124 ustawy Pzp, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. Ustalono kolejno, że 5 września 2022 r., przystępujący Safege złożył m.in. dokument wydany przez Ministerstwo Działań i Rozliczeń Publicznych Republiki Francuskiej - zaświadczenie potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat. Jednakże dokument ten wystawiono z dniem 19 maja 2022 r., a zatem w chwili złożenia nie był on już aktualny.

Pomimo nieaktualności wyżej wymienionego dokumentu zamawiający w dniu 13 września 2022 r. wybrał ofertę przystępującego Safege S.A.S. jako najkorzystniejszą, tym samym uznając, że prawidłowo wykazał on brak podstaw do wykluczenia, m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zarzut okazał się zasadny. Pomimo, iż przystępujący Safege S.A.S. nie wykazał w sposób określony w SWZ braku podstaw do wykluczenia, to zamawiający wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą. Okoliczność, iż dokument z dnia 19 maja 2022 r. nie odpowiadał wymaganiom określonym w

SWZ nie była kwestionowana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie ani w piśmie procesowym przez przystępującego Safege.

Nie można było się jednak zgodzić z odwołującym w tym, że w okolicznościach danej sprawy wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i c Pzp. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zdaniem Izby, następstwem złożenia przez przystępującego Safege nieprawidłowego dokumentu powinno być uruchomienie przez zamawiającego procedury przewidzianej w ww. przepisie. Sytuacja, w której wymagany dokument jest nieaktualny jest równoznaczna z niezłożeniem wymaganego dokumentu. Z pewnością bowiem dokument nieodpowiadający wymogom formalnym może i musi być uznany za niezłożony. W takiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest wystosować do wykonawcy wezwanie do uzupełnienia brakującego dokumentu w trybie art. 128 Pzp, co jednoznacznie wynika z jego hipotezy. Dopiero w razie niewykonania wezwania zamawiającego, zaktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że pomimo sformułowania przez odwołującego trafnego zarzutu odnośnie niewykazania braku podstaw do wykluczenia przez przystępującego Safege, jego żądanie okazało się zbyt daleko idące.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, pomimo niekwestionowania, że w dacie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, to jest 13 września 2022 r., wybrany wykonawcy nie wykazał prawidłowo braku podstaw do wykluczenia z postępowania, domagał się jednak oddalenia odwołania w tym zakresie.

Zamawiający wskazał bowiem, że po wniesieniu odwołania, w dniu 29 września 2022 r., działając na podstawie art. 126 ust. 2 Pzp, wezwał przystępującego Safege do złożenia prawidłowego dokumentu i dokument taki został przedstawiony w dniu 4 października 2022 r. W trakcie rozprawy zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że wystosowanie ww. wezwania do przystępującego nie zostało poprzedzone unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 września 2022 r.

Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji w pierwszej kolejności przypomnienia wymagało, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zamawiający najpierw ma obowiązek ustalić, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z powodu niewykazania braku podstaw wykluczenia. Dopiero zaś po takim ustaleniu może wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez takiego wykonawcę. Powyższe wynika jednoznacznie z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, który reguluje przesłanki odrzucenia oferty. Dopiero zatem w razie uprzedniego stwierdzenia, że dana oferta nie podlega odrzuceniu, możliwe jest wybranie jej jako najkorzystniejszej. Oczywistym jest zatem, że zamawiający najpierw wykonuje w postępowaniu czynności z zakresu badania ofert (do których należy również wezwanie do złożenia dokumentów służących ustaleniu, czy oferta nie podlega odrzuceniu), a zwieńczeniem tego procesu jest wybór oferty najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę należało uznać, że niedopuszczalne było skierowanie do przystępującego Safege wezwania do złożenia brakującego dokumentu w dniu 29 września 2022 r., bez uprzedniego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 września 2022 r.

Niezależnie od powyższego Izba zwraca również uwagę, że zastosowany przez zamawiającego tryb wezwania (art. 126 ust. 2 Pzp) był - w okolicznościach danej sprawy - niedopuszczalny. Uszło uwadze zmawiającego, że kierował już do wykonawcy Safege wezwanie do złożenia dokumentu w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, na które przystępujący nie zareagował prawidłowo. Dostrzeżenia wymagało, że przepis art. 126 ust. 2 Pzp, podobnie zresztą jak przepis art. 126 ust. 1 Pzp, znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca na wcześniejszym etapie nie miał jeszcze obowiązku złożenia dokumentu, o którym mowa w wezwaniu. Ponadto wezwania z art. 126 ust. 1 i z art. 126 ust. 2 Pzp nie mogą być w odniesieniu do tego samego dokumentu tego samego wykonawcy stosowane jednocześnie. Oba przepisy regulują jedynie różny moment do wystosowania tego samego wezwania.

Sytuację, w której w odpowiedzi na uprzednie wezwanie do złożenia dokumentu wykonawca nie reaguje prawidłowo, reguluje przepis art. 128 ust. 1 Pzp, co wynika jednoznacznie z jego treści. W hipotezie tego przepisu jest bowiem wyraźnie mowa o niezłożeniu podmiotowych środków dowodowych. W tej sytuacji zaś zamawiający, ma obowiązek wezwać wykonawcę do „uzupełnienia" brakującego dokumentu.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 września 2022 r., unieważnić czynność wezwania z dnia 29 września 2022 r. podjętą w nieprawidłowym trybie art. 126 ust. 2 Pzp i wezwać przystępującego do uzupełnienia aktualnego dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Podkreślenia wymagało również, że od dokonanej przez zamawiającego oceny dokumentu ewentualnie uzupełnionego przez przystępującego, służyć będzie wykonawcom prawo do wniesienia odwołania w ustawowym terminie.

Mając na uwadze powyższe rozważania Izba stwierdziła, że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia lub uwzględnienia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza 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. Stwierdzone naruszenia ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający nie miał podstaw do ustalenia, że oferta wybrana została złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynik postępowania może jeszcze zatem ulec zmianie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na podstawie ww. przepisu Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 29 września 2022 r. polegającej na wezwaniu przystępującego Safege, skierowanego w trybie art. 126 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności wezwania ww. wykonawcy, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, w sposób opisany w pkt 2 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M.

Odwołanie, w zakresie rozpoznawanym merytorycznie, okazało się zasadne w części 1/7 oraz chybione w części 6/7. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem

odwołujący w części 6/7 i zamawiający w części 1/7. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie, w zaokrągleniu do pełnych złotych, do wysokości 19.029 zł (22.200 zł x 6/7). Wobec powyższego Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 429,00 zł (19.029 zł - 18.600 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi

dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle

jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz 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).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: