

Sygn. akt: KIO 3067/24

KIO 3153/24

KIO 3160/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Katarzyna Poprawa

Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 19 września 2024 r. oraz 10 października 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PROKOM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu oraz Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 3067/24;

B. w dniu 30 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 3153/24;

C. w dniu 30 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 3160/24;

w postępowaniu w którym Zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku przy ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk

przy udziale uczestników:

1. wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST spółka akcyjna z siedzibą w Szczecinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3067/24;
2. wykonawcy MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3153/24;
3. wykonawcy BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3153/24 oraz KIO 3160/24;
4. wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3160/24

orzeka:

KIO 3067/24

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia PROKOM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Sosnowcu oraz Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PROKOM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu oraz Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 3153/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w odniesieniu do części zarzutu wskazanego w pkt 1 petitum odwołania tj. zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 122 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”) w związku z 118 ust. 2 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 119 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 13 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wykonawca BBF spełnia warunek udziału w postępowaniu określony

w pkt 8.2.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia i zaniechanie wezwania wykonawcy BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu do uzupełnienia dokumentów w zakresie tego warunku, w zakresie podniesionym w pkt. 1B uzasadnienia odwołania tj. dotyczącym niespełniania warunków SWZ przez projekt referencyjny wykonany przez wykonawcę BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 3160/24

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego wykonawcy MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3067/24

KIO 3153/24

KIO 3160/24

U z a s a d n i e

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa) w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku przy ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk

(zwane dalej „Zamawiającym”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi krajowej S10 Szczecin – Piła” z podziałem na 3 części zamówienia o numerze: O.GD.D-3.2410.01.2023,

(zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 października 2023 r. pod numerem S194 605630-2023-PL.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

KIO 3067/24

W dniu 26 sierpnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PROKOM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu oraz Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim (zwany dalej: „Odwołującym I”) wnieśli odwołanie w zakresie części 3 zamówienia, obejmującej „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi S-10 Szczecin - Piła, odcinek węzeł "Szczecin - Kijewo" (bez węzła) - węzeł "Szczecin Zdunowo" (z wyłączeniem obwodnicy Kobylanki, Morzyczyna i Zieleniewa)” (dalej: „Postępowanie”).

Odwołanie zostało wniesione wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie (dalej jako: „EKO-INWEST”), w sytuacji, w której to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą;
- 2) czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego I z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wskutek błędnego przyjęcia, że złożone przez Odwołującego I wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska; 3) czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego I z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wskutek błędnego przyjęcia, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia;
- 4) zaniechania czynności wezwania Odwołującego I na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty;
- 5) zaniechania czynności przeprowadzenia Postępowania w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego I z Postępowania wskutek błędnego przyjęcia, że złożone przez Odwołującego I wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a zaoferowana przez Odwołującego I cena jest rażąco niska;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego I z Postępowania wskutek błędnego przyjęcia, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego I do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty.
- 4) art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia Postępowania w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący I wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty EKO-INWEST jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego I z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 8 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;
- 3) powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego I oraz przy uwzględnieniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 4) wezwanie Odwołującego I na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący I wyjaśnił, że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający ich nie naruszył, oferta Odwołującego I zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Co za tym idzie, Odwołujący I mógłby uzyskać zamówienie objęte Postępowaniem. Odwołujący I posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Interes Odwołującego I w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący I oferuje wykonanie zamówienia w

niniejszym Postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględnienia Odwołania szanse Odwołującego I na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta Odwołującego I, która została odrzucona z Postępowania – zostanie przywrócona do Postępowania. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu I szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z niezyskanego zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący I wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący I wskazał ponadto, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W uzasadnieniu Odwołujący I w pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający w toku Postępowania wielokrotnie dopuścił się wobec Odwołującego I naruszenia wynikającej z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Naruszenie tej zasady objawia się w szeregu działań Zamawiającego takich jak:

- a. Przyjęcie stanowiska dotyczącego podstaw odrzucenia oferty Odwołującego I na okolicznościach, które nie wynikają z dokumentacji Postępowania, w tym w szczególności z wyjaśnień Odwołującego I w zakresie sposobu kalkulacji ceny;
- b. Zmiany stanowiska Zamawiającego dotyczącego możliwości obniżenia ceny oferty Odwołującego I w związku z udziałem p. M. w świadczeniu usługi nadzoru;
- c. Zaniechanie wezwania Odwołującego I do złożenia wyjaśnień w zakresie aspektów, które budziły wątpliwości Zamawiającego i zastąpienie tej czynności własnymi (niewłaściwymi) ustaleniami Zamawiającego;
- d. Zaniechanie przeprowadzenia tak samo szczegółowej procedury wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny przez EKO-INWEST;
- e. Oparcie badania i oceny sposobu kalkulacji Odwołującego I w oparciu o dokumenty (biuletyn SEKOCENBUD), które nie istniały w dacie złożenia oferty itp.

Zdaniem Odwołującego I Zamawiający jedynie w stosunku do niego podjął tak szczegółową i nader skrupulatną weryfikację poszczególnych pozycji Formularza Cenowego oczekując przedstawienia wyjaśnień o znacznym stopniu drobiazgowości, wykraczającym poza standardowe działania Zamawiającego w postępowaniach na usługi nadzoru inżynierskiego. Odwołujący I (jak i żadna ze spółek z grupy) nie pozostaje w sporze z Zamawiającym związanym niedoszacowaniem zamówienia. W związku z tym działanie Zamawiającego nie może być uzasadnianie obawą o powstanie kolejnych konfliktów na tle błędnie skalkulowanej ceny oferty.

Odwołujący I podkreślił, że zaoferowana przez Odwołującego I cena nie odbiega o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w Postępowaniu cen ofert oraz od szacunkowej wartości zamówienia (jest nawet wyższa niż szacunek Zamawiającego). Zaoferowana przez Odwołującego I cena jest zatem ceną rynkową, o czym świadczy fakt, że oscyluje ona na poziomie podobnym jak ceny zaoferowane przez pozostałych uczestników Postępowania. Sam Zamawiający nie nadaje globalnej cenie oferty Odwołującego I przymiotu ceny rażąco niskiej.

Zamawiający skupia się na poszczególnych pozycjach Formularza Cenowego, w których przyjęto wartości niższe niż w ofertach konkurentów Odwołującego I. Zamawiający natomiast nie dostrzega, że niektóre pozycje w Formularzu Cenowym Odwołującego I mogą zostać uznane za zawyżone w stosunku do kalkulacji dokonanych przez pozostałych wykonawców. Powyższe wynika z faktu, że usługa nadzoru ma charakter niematerialny, na którą wpływ mają koszty osobowe, sposób organizacji zaplecza oraz marża wykonawcy. Wartość tych elementów nie jest stała oraz taka sama dla wszystkich wykonawców. Każdy z wykonawców biorących udział w Postępowaniu przyjął inną marżę i narzut

na każdej z pozycji Formularza Cenowego. W konsekwencji ujawnione w Formularzach Cenowych stawki nie prezentują faktycznych kosztów wykonania zamówienia w danym zakresie, jak próbuje to wykazać Zamawiający. W przypadku tego rodzaju zamówień porównywanie ze sobą ofert w procesie ich badania pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny, jest bezcelowe.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego I w wielu miejscach wskazuje, że miał wątpliwości czy zaoferowana przez niego cena została skalkulowana prawidłowo. Wątpliwości te powinny zostać rozwiązane (lub potwierdzone) wyjaśnieniami Odwołującego I w tym zakresie, zwłaszcza, że dotyczą one elementów, które nie były wcześniej przedmiotem procedury wyjaśniającej. Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego I do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a nie arbitralnie i samodzielnie podejmować (niezasadne) ustalenia, w jaki sposób Odwołujący I skalkulował cenę oferty (przyjmując za niedopuszczalne skierowanie do Odwołującego I po raz trzeci wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty). Działania Zamawiającego przeczą zasadzie pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów stanowiących podstawę podjętej przez Zamawiającego decyzji Odwołujący I wskazał na poniższe błędy Zamawiającego w analizie Formularza cenowego Odwołującego.

Dział 1 Formularza cenowego – „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejścia - Środki transportu Konsultanta”

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego I przyjął, że ten w sposób nieprawidłowy skalkulował koszty w zakresie "Środków transportu Konsultanta". Przyjęty przez Odwołującego I miesięczny koszt został wyceniony na poziomie 500 zł. Według subiektywnej opinii Zamawiającego jest to kwota niewystarczająca do wykonania zamówienia.

Zamawiający powołuje się na brzmienie pkt 2.4 Tomu III SWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: "OPZ"), w którym zawarto wymagania dotyczące środka transportu Konsultanta. W przywoływanej przez Zamawiającego regulacji pkt 2.4 OPZ nie określono żadnych wymagań oraz wytycznych co do tego jaki powinien to być Środek transportu Konsultanta oraz w jaki sposób wykonawca ma zapewnić jego dostępność (inaczej niż w przypadku Środka transportu Zamawiającego, gdzie OPZ określa bardzo szczegółowe wymagania co do wyposażenia samochodu oraz sposobu jego eksploatacji, w tym wskazuje szacowaną liczbę kilometrów, jaka zostanie pokonana pojazdem). Zgodnie z treścią pkt 2.4 OPZ Konsultant niniejszego zamówienia wyposaża swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności (telefony komórkowe), zapewniającą sprawne pełnienie Usługi. W celu identyfikacji pojazdów samochody Konsultanta będą odpowiednio oznakowane i wyposażone w lampy ostrzegawcze.

Aktualnie Zamawiający zarzuca Odwołującemu I, iż ten na potrzeby kalkulacji ceny oferty przyjął niewłaściwe założenia celem ustalenia liczby kilometrów, jaka będzie pokonywana Środkiem transportu Konsultanta ("Analiza treści SWZ oraz dokumentów złożonych przez Wykonawcę Konsorcjum PROKOM pozwala też stwierdzić, że Wykonawca dla kalkulacji ww. pozycji przyjął błędne założenia, a co za tym idzie, koszty wskazane w powyższej pozycji zostały przez Wykonawcę zaniżone."). Odwołujący I wskazuje, że skoro Zamawiający odstąpił od wymogu zamieszczania wytycznych dla wykonawców w tym zakresie, to na tym etapie nie może czynić wobec Odwołującego zarzutów. Zamawiający na tym etapie Postępowania nie

może wprowadzić wymagania, które nie zostały ujęte w OPZ. Jest to działanie niedopuszczalne na gruncie zamówień publicznych.

Dalej, Zamawiający stoi na stanowisku, że Odwołujący I "nie wyjaśnił, w jaki konkretny sposób Wykonawca wyliczył ww. koszt, co samo w sobie świadczy o niedostarczonym wyjaśnieniu ceny oferty". Tymczasem w wyjaśnieniach z dnia 19 lutego 2024 r. (vide str. 7-8) Odwołujący I przedstawił informacje na temat elementów składowych pozycji dotyczącej środków transportu Konsultanta (najem samochodu, utrzymanie, paliwo etc.), jak również przedstawił stosowne dowody (fakt najmu pojazdów oraz ponoszonych w tym zakresie kosztów). W wyjaśnieniach przyjęto także zakładany miesięczny dystans jaki będzie pokonywany środkami transportu (ok. 200 km). Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 24 kwietnia 2024 r. Odwołujący I uszczegółowił wskazane uprzednio informacje. W związku z tym zdaniem Odwołującego nie sposób się zgodzić ze stwierdzeniem, że nie wyjaśnił w jaki konkretny sposób wyliczył koszty w wyżej wskazanym zakresie.

Zamawiający zarzuca także Odwołującemu I "błędne założenia" przyjęte do kalkulacji kosztów, jednakże nie precyzuje na czym błędy te miałyby polegać i jakie założenia powinny zostać uznane za prawidłowe. Zamawiający działając wyłącznie w swoim subiektywnym przeświadczeniu zarzuca Odwołującemu I błędy, których w żaden obiektywny sposób nie potrafi uzasadnić.

W ocenie Zamawiającego argumentem świadczącym rzekomo o niedoszacowaniu kosztów ze strony Odwołującego jest fakt, że koszty Środka transportu Konsultanta zostały przez Zamawiającego oszacowane na poziomie 3.500 zł.

Odnosząc się do powyższego ponownie wskazać należy, że zaoferowana przez Odwołującego I cena globalna przekracza o ok. 2,7 mln złotych wartość kosztorysu przygotowanego przez samego Zamawiającego. Zamawiający pomija okoliczność, że globalna cena oferty Odwołującego I przekracza zatem opracowane na etapie przygotowania Postępowania szacunki. Zamawiający identyfikuje wyłącznie nieliczne i pojedyncze pozycje w Formularzu Cenowym Odwołującego I, które są niższe od obliczonych przez Zamawiającego wartości i na tym buduje swoją argumentację o zaoferowaniu przez Odwołującego I rażąco niskiej ceny. Ocena oferty wykonawcy pod kątem prawidłowości kalkulacji powinna odbywać się z uwzględnieniem wszystkich okoliczności i powinna przede wszystkim odpowiadać na pytanie: czy wykonawca za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać zamówienie? Skoro Zamawiający założył, że koszt wykonania zamówienia będzie oscylował na poziomie 7,3 mln złotych to zaoferowana przez Odwołującego I cena w wysokości prawie 10 mln złotych obiektywnie nie jest ceną niewystarczającą do pokrycia kosztów świadczenia usługi.

Zamawiający obliczył również średnią kosztów deklarowanych przez innych wykonawców (przy czym do zestawienia Zamawiający wziął pod uwagę dane pochodzące jedynie z części ofert). Ponadto zestawienie tych danych potwierdza, że w przypadku kosztów Środka transportu Konsultanta nie jest możliwym ustalenie konkretnego miernika, na jakim poziomie oscylują wydatki w tym zakresie. Z zestawienia wynika bowiem, że konkurenci Odwołującego I określają koszty na poziomie od 1,2 do prawie 7 tysięcy złotych (różnica ponad 5-krotna).

Odwołujący I podkreślił, iż głównym kosztem Środka transportu Konsultanta jest zapewnienie pojazdu/ów. W zależności od liczby pojazdów, ich marki, czy sposobu korzystania, cena tej pozycji będzie określona na innym poziomie. Wykonawca może wziąć w leasing auto klasy premium i płacić ratę rzędu

kilku tysięcy złotych, ale może tak jak Odwołujący I wynająć u lokalnego dealera starsze auto i ponosić miesięczne koszty na poziomie kilkuset złotych. Oba rozwiązania będą spełniać ten sam cel, czyli zapewnienie środka transportu dla Konsultanta. Zamawiający nie kwestionuje natomiast ani liczby ani jakości aut, które Odwołujący I zamierza wynająć, a więc dalsze rozważania w tym zakresie wydają się zbędne.

Warto jednakże zauważyć, że pomiędzy ceną Odwołującego a EKO-INWEST różnica wynosi ok 800 zł, a pomiędzy EKO-INWEST a MGGP S.A. to już ok. 3.000 zł. Kwota wydatków przyjęta przez EKO-INWEST stanowi 1/3 szacunkowej

wartości zamówienia oraz średniej ustalonej przez Zamawiającego. Pomimo to, okoliczność ta nie wzbudziła żadnych wątpliwości Zamawiającego, a Zamawiający nie wezwał EKO-INWEST do złożenia wyjaśnień w jaki sposób skalkulował wartość tej pozycji w Formularzu Cenowym. Trudno w takim przypadku uznać, że Zamawiający w równy sposób traktował wszystkich wykonawców.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego I została również zaprezentowana analiza mająca na celu wykazanie, że przyjęty przez Odwołującego I kilometrąz pokonywany przez Środek transportu Konsultanta jest niewystarczający na potrzeby wykonania zamówienia, a zatem że Odwołujący I rzekomo nie doszacował kosztów dojazdów do Biura Konsultanta, placu budowy, objazdów itp. Jak zostało wskazane powyżej, Zamawiający nie określił żadnych wytycznych w tym zakresie w OPZ. Odwołujący I zatem posiadał uprawnienie, aby samodzielnie na podstawie własnego doświadczenia, planowanego sposobu realizacji zamówienia oraz analizy SWZ przyjąć szacowaną liczbę kilometrów, jaka będzie pokonywana pojazdem w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający, jak wskazano w wyjaśnieniach z dnia 19 lutego 2024 r., zaangażuje do realizacji zamówienia osoby, które posiadają własne auta i zadeklarowały ich wykorzystanie na potrzeby świadczenia usługi. Wynika to wprost z treści przedstawionych do wyjaśnień dowodów w postaci oświadczeń tych osób. Oznacza to, że samochody będące w posiadaniu członków personelu Odwołującego I nie będą służyć jedynie w celu dojazdu do miejsca wykonywania usługi, ale również do przemieszczania się np. biuro Konsultanta – plac budowy / inne miejsce. Odwołujący I, poza kosztem wynagrodzenia personelu, nie będzie ponosił żadnych dodatkowych kosztów świadczenia przez nich usługi nadzoru, gwarantując jednocześnie spełnienie wymagań, o których mowa w pkt 2.4 OPZ. Skoro koszty nie będą ponoszone to nie mogło dojść do ich przeniesienia w poszczególnych pozycjach Formularza Cenowego.

Budowana przez Zamawiającego narracja jakoby Odwołujący I w sposób rażący pominął istotne dla kalkulacji ceny oferty okoliczności związane z kosztami dojazdów jest zatem całkowicie bezpodstawna. Zamawiający próbuje wykazać, że koszty dojazdów ponoszone samodzielnie przez członków zespołu Odwołującego będą tak duże, że złożone przez te osoby oświadczenia o realizacji usługi z wykorzystaniem własnych pojazdów należy uznać za niewiarygodne. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego I wskazuje, że: "w wyjaśnieniach brak jest informacji jaki miesięcznie koszt związany z takim transportem ponosić będzie dany członek zespołu, a także analizy, czy odjęcie tego kosztu pozwoli tej osobie wykonać zamówienie za oczekiwanym przez nią wynagrodzeniem."

Założenia Zamawiającego są błędne oraz nie uwzględniają specyfiki świadczenia usługi nadzoru nad realizacją robót budowlanych. Zamawiający zakłada, że usługa ma charakter powtarzalny, jednakowy w każdym miesiącu jej świadczenia, co pozwala na wycieszenie "na sztywno" z jaką częstotliwością pojazd będzie wykorzystywany. Zamawiający zakłada również, że każdy członek personelu będzie z takim samym

natężeniem poruszał się po placu budowy. Zdaniem Odwołującego I obiektywnie nie jest to założenie właściwe. Przede wszystkim część zespołu wykonawcy, tacy jak inspektorzy w poszczególnych branżach, świadczy swoje usługi bezpośrednio na placu budowy. Z kolei np. osoba odpowiedzialna za rozliczenia lub prawnicy (w tym specjaliści ds. roszczeń) – świadczą usługę jedynie w biurze. W związku z tym może zdarzyć się, że w całym okresie realizacji usługi osoby te nie zmieniają miejsca wykonywania powierzonych im czynności, a zatem nie będą potrzebowały środka transportu. Zamawiający z kolei zakłada, że personel wykonawcy będzie w ciągłym, nieustannym ruchu, stale się przemieszczając oraz codziennie pokonując trasę biuro Konsultanta – plac budowy.

W dalszej kolejności Odwołujący I podniósł, iż dojazd na plac budowy w okresach zimowych (kiedy roboty będą realizowane z mniejszym natężeniem) będzie rzadszy niż w okresach letnich (albo znikomy). Częstotliwość wizyt na placu budowy będzie również mniejsza w okresie projektowania, niż w okresie robót budowlanych (17 miesięcy projektowania podczas którego nie będzie terenu budowy), co jest naturalne dla tego rodzajów projektów drogowych jaki ma być przedmiotem nadzoru. Dodatkowo, aktualnie znaczna część spotkań odbywa się za pomocą środków komunikacji elektronicznej (np. poprzez Teams czy Skype). To powoduje, że członkowie personelu nie są w ogóle zobowiązani dojeżdżać na spotkania wewnętrzne.

Podobnie należy odnieść się do kwestii objazdów po placu budowy. Inwestycja jest związana z budową dwóch (2) węzłów i długości jezdni ok. 4 km. Prace są skoncentrowane punktowo i nie ma konieczności przemieszczania się na duże odległości. W takim przypadku personel porusza się niejednokrotnie po budowie bez użycia samochodu. Jest to najszybszy i najbardziej efektywny sposób. Nie bez znaczenia jest miejsce wykonywania robót i trenu budowy, tj. zurbanizowany obszar miasta Szczecin z bezpośrednimi drogami dojazdowymi i bliskością zaplecza infrastrukturalnego i mieszkaniowego. Odwołujący I podkreślił przy tym, że nie jest zobowiązany do zwrotu kosztów dojazdu do miejsca pracy / świadczenia usługi przez poszczególne osoby. Przepisy prawa nie nakładają obowiązku zwrotu kosztów dla pracownika w tym zakresie.

W świetle powyższego, koszty dojazdów członków zespołu Odwołującego I będą niewielkie i w jego ocenie ta okoliczność skłoniła jego współpracowników do podjęcia współpracy na zaproponowanych przez Odwołującego I zasadach (warunkiem podjęcia współpracy jest posiadanie własnego auta). Osoby te i tak będą obowiązane do przyjazdu do Biura Konsultanta/placu budowy tak jak np. pracownik działu zamówień GDDKiA, jest zobowiązany stawić się w pracy – siedzibie Zamawiającego. Zamawiający jako pracodawca nie zwraca pracownikowi kosztów dojazdu do miejsca pracy i koszt ten jest pokrywany z wynagrodzenia otrzymywanego od Zamawiającego. Tak samo będzie to miało miejsce w przypadku pracowników/ współpracowników Odwołującego I.

Obecność członków personelu Odwołującego I w Biurze Konsultanta, placu budowy, dokonywanie objazdów itp. nie będzie zmniejszać kilometrąza przewidzianego dla Środka transportu Konsultanta, gdyż przemieszczanie się tych osób będzie odbywać się za pomocą ich własnych pojazdów. Okoliczność ta wynika wprost z wyjaśnień z dnia 19 lutego 2024

r. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości, co oznacza użyte w oświadczeniach personelu sformułowanie, że wynagrodzenie obejmuje również "środki transportu" oraz jaki koszt dojazdu będą ponosić członkowie zespołu Odwołującego I to mógł wezwać Odwołującego I w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień w tym zakresie.

Zamiast tego Zamawiający dokonał własnej interpretacji oświadczeń: "Oświadczenia tych osób opiewają na ogólne stwierdzenie dot. „kosztów dojazdu”, co nie jest jednoznaczne z pokryciem kosztów transportu koniecznego do realizacji zamówienia." Środek transportu Konsultanta to zapewniane przez Odwołującego auto wykorzystywane np. przez Personel Biurowy (np. wyjazdy na pocztę, zaopatrzenie itd.) oraz do siedziby Zamawiającego lub Biura Wykonawcy. Założony przez Odwołującego I kilometr jest odpowiedni do zapotrzebowania zespołu Konsultanta.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący I wskazuje, że nawet jeśli w ocenie Zamawiającego doszło do niedoszacowania kosztów w wyżej wskazanym zakresie (z czym Odwołujący I się nie zgadza), to zaniżenie to ma charakter marginalny w kontekście globalnej ceny oferty. Zamawiający stoi na stanowisku, że niedoszacowanie kosztów wynosi 100%. Usługa ma być świadczona przez okres 48 miesięcy, Odwołujący I oszacował miesięczny koszt paliwa na poziomie 100 zł, a zatem "niedoszacowanie" kosztów realizacji zamówienia wynosi 4.800 zł. Przy globalnej cenie oferty oscylującej na poziomie prawie 10 milionów złotych ma ono marginalne znaczenie i na pewno nie oznacza, że zaoferowana przez Odwołującego I cena ma przymiot rażąco niskiej. Co więcej koszt zakupu paliwa dla Środka transportu Konsultanta nie jest istotnym elementem składowym ceny, albowiem stanowi jej niewielką część procentu.

Podnoszone przez Zamawiającego okoliczności nie mogą przesądzać o uznaniu oferty Odwołującego I za noszącą znamiona rażąco niskiej. Okoliczność, iż przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest fakt rzekomego niewkalkulowania w miesiący koszt świadczenia usługi 100 zł/mc świadczy o tym, że Zamawiający nie ma żadnych argumentów oraz wiarygodnych dowodów potwierdzających zasadność podjętej przez Zamawiającego decyzji.

W dalszej kolejności Zamawiający zarzuca Odwołującemu I, iż ten w wyjaśnieniach z dnia 19 lutego 2024 r. oraz z dnia 24 kwietnia 2024 r. rzekomo nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyceny pozycji 1.5 Personel biurowy, Poz. 1.6 Personel pomocniczy, Poz. 4.5 Personel biurowy oraz Poz. 4.6 Personel pomocniczy, oraz odpowiedzi na pytanie czy i w jaki sposób wycena ww. pozycji uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem przez pracowników na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem, tj. koszty szkolenia BHP oraz medycyny pracy, itp. koszty, które pracodawca jest zobowiązany ponosić.

W ocenie Odwołującego I stanowisko Zamawiającego jest całkowicie bezpodstawne. Odwołujący I w wyjaśnieniach opisał w sposób szczegółowy sposób kalkulacji ceny w powyższym zakresie, czynniki pozwalające na obniżenie kosztów wykonania zamówienia, jak również przedstawił dowody potwierdzające zasadność przyjętych wyliczeń. Odwołujący I pragnie ponownie wskazać, że koszt szkolenia BHP oraz medycyny pracy jest kosztem ponoszonym jednorazowo i jest kosztem de facto pomijalnym. Szkolenie BHP Odwołujący I przeprowadzi samodzielnie, natomiast koszty medycyny pracy to koszt kilkudziesięciu złotych/całe zamówienie (0,001% ceny oferty).

Ponownie należy wskazać, że sam fakt, że przedmiotem dyskusji jest to czy, i na jakim poziomie, Odwołujący I przewidział te koszty i w jaką pozycję zostały wkalkulowane świadczy o tym, że Zamawiający nie posiada żadnych miarodajnych argumentów przemawiających za tym, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Przedmiotem dyskusji pomiędzy stronami są elementy, które nie dotyczą bezpośrednio przedmiotu zamówienia, jakim jest świadczenie usługi nadzoru nad realizacją robót budowlanych. Skoro

Zamawiający wchodzi w tak szczegółowe badanie i ocenę realności ceny oferty, to należy zadać pytanie czy równie dobrze przedmiotem badania mogłoby być czy Odwołujący I założył zakup środków czystości, które jako pracodawca jest zobowiązany zapewniać.

W dalszej kolejności Zamawiający podważa przedstawione przez Odwołującego I dowody potwierdzające możliwość obniżenia kosztów realizacji zamówienia poprzez otrzymanie z PFRON dofinansowania z tytułu zatrudnienia osoby niepełnosprawnej. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie KIO 1728/24 (wyrok wydany w analogicznym stanie faktycznym jak w niniejszej sprawie) wskazała, że w takiej sytuacji Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawcy, że przedstawi dowody w postaci decyzji o udzieleniu dofinansowania czy też dowodów o otrzymywaniu wypłat z tego tytułu. Złożone przez wykonawcę oświadczenia osób o chęci podjęcia współpracy stanowią miarodajny dowód na potwierdzenie zasadności przyjętej kalkulacji.

Decyzja o udzieleniu dofinansowania zostanie wydana po zatrudnieniu danej osoby na stanowisko członka Personelu biurowego. Zamawiający nie wymagał, aby wykonawca składając ofertę w Postępowaniu posiadał już zawarte umowy o pracę z pracownikami. Taki wymóg prowadziłby do konieczności ponoszenia nieuzasadnionych kosztów utrzymywania personelu w okresie trwania Postępowania, które może nie zakończyć się udzieleniem zamówienia wykonawcy.

Odwołujący I podkreślił, że umowy o pracę zostaną zawarte po uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający na etapie realizacji zamówienia zgodnie z § 13 ust. 6 wzoru umowy będzie posiadał uprawnienie do kontrolowania czy dana osoba jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę oraz na jakich zasadach. Jednocześnie wskazać należy, że żądanie przedstawienia tego rodzaju decyzji wiąże się z koniecznością ujawnienia danych wrażliwych pracownika. Informacje dotyczące stanu zdrowia danej osoby stanowią informacje chronione prawem. Żądanie przedstawienia przez Odwołującego I takiej decyzji jest zatem działaniem nadmiernym i niezgodnym z ustawą Pzp.

Dalej, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego I wskazuje, że: "Kwota dofinansowania w wysokości 500 zł na osobę z lekkim stopniem niepełnosprawności jest kwotą maksymalnego dofinansowania, jakie pracodawca może otrzymać na pracownika zatrudnionego na pełen etat. Brak informacji na jakiej podstawie Wykonawca stwierdza, że przysługuje mu prawo do otrzymania maksymalnej kwoty dofinansowania. Ostatecznie wyliczenie kwoty

miesięcznego dofinansowania (formularz INF-D-P — poz. 55) odbywa się zgodnie z objaśnieniem do formularza INF-D-P. Warunki ubiegania się o dofinansowanie są szczegółowo określone na stronie informacyjnej PFRON. Cała procedura ubiegania się o dofinansowanie do wynagrodzeń jest szczegółowo rozpisana włącznie z procedurą rejestracji pracodawcy. Wykonawca nie przedstawił decyzji uprawniającej do uzyskiwania dofinansowania z PFRON. Na wykonawcy ciążył obowiązek dowodowy, choćby w zakresie podnoszonej okoliczności umożliwiającej mu obniżenie ceny oferty związanej z uzyskaniem stosownego dofinansowania z PFRON z uwagi na zatrudnianie pracowników ze stopniem niepełnosprawności. Wskazać należy, iż jeżeli wykonawca w ramach prowadzonej działalności zatrudnia osoby ze stopniem niepełnosprawności, to brak było jakichkolwiek przeszkód, aby taka okoliczność została udowodniona."

Odwołujący I nie zgadza się ze ww. stanowiskiem Zamawiającego wskazując, że po pierwsze, do wyjaśnień z dnia 19 lutego 2024 r. zostały dołączone dowody w postaci oświadczeń osób, które są zainteresowane podjęciem współpracy z Odwołującym I, oraz które zadeklarowały możliwość pełnienia funkcji personelu biurowego i pomocniczego. Z oświadczeń wynika, że osoby te posiadają orzeczenie o lekkim stopniu niepełnosprawności. Zatem twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący I nie przedstawił żadnych dowodów są niezgodne z przedstawionymi Zamawiającemu dokumentami.

Po drugie, nie jest prawdą, że kwota 500 zł jest kwotą maksymalną dofinansowania z PFRON, jaką może uzyskać pracodawca. Zamawiający buduje narrację, że kwota dofinansowania jest ustalana na podstawie wytycznych określonych na stronie informacyjnej PFRON i nie jest ostatecznie przesądzona, jaka będzie jej ostateczna wysokość. Tymczasem podstawą przyjętej kalkulacji Odwołującego I nie były materiały informacyjne, na które powołuje się Zamawiający (o bliżej nieokreślonym brzmieniu), ale przepis art. 26a ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tj. j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44; dalej jako: "ustawa PFRON"), zgodnie z którym: "Miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, zwane dalej "miesięcznym dofinansowaniem", przysługuje w kwocie: (...) 500 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności."

W ustawie PFRON brak jest jakichkolwiek regulacji, które kształtowałyby uprawnienie organów administracyjnych do indywidualnego ustalania wysokości przyznanej dotacji. W formularzu INF-D-P, na którego treść powołuje się Zamawiający, wskazano, że kwota dotacji może zostać pomniejszona w przypadku, gdy pracodawca korzysta jednocześnie z dofinansowania z PFRON oraz pomocy publicznej w związku z zatrudnieniem osoby niepełnosprawnej (zbieg przepisów). Odwołujący I nie wskazał w wyjaśnieniach, że korzysta z dodatkowego wsparcia. Wysokość otrzymanego dofinansowania będzie zatem wynosić 500 zł (gdyż ustawa PFRON nie określa innej możliwości).

Po trzecie, Zamawiający zarzuca Odwołującemu I, że ten nie przedstawił dowodu w postaci uzyskania decyzji uprawniającej do uzyskiwania dofinansowania z PFRON. Odwołujący pragnie wskazać, że na ten moment nie zatrudnia w swojej firmie osób niepełnosprawnych, a zostaną one dopiero zatrudnione po udzieleniu Odwołującemu I zamówienia. W konsekwencji Odwołujący I obiektywnie nie dysponował (i nie mógł dysponować) dowodami, że otrzymuje dofinansowanie z PFRON na potrzeby tego Postępowania.

Po czwarte, celem wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny jest przedstawienie Zamawiającemu metody wyliczenia kosztów wykonania zamówienia, która to metoda ma potwierdzać, że koszty będą mogły zostać pokryte z wynagrodzenia umownego wykonawcy. Dodatkowo, z udzielonych wyjaśnień powinno wynikać, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna. Odwołujący w swojej ocenie w przedstawionych wyjaśnieniach wskazał szczegółowo, w jaki sposób wyliczył koszty zatrudnienia Personelu biurowego. Zakładana przez niego kwota dofinansowania z PFRON jest zgodna z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu oraz ustawą PFRON. W konsekwencji zaoferowana przez Odwołującego I stawka miesięcznego wynagrodzenia jest obiektywnie realna (możliwa do osiągnięcia).

Zaangażowanie osób niepełnosprawnych do wykonywania zadań biurowych i pomocniczych jest częstym rozwiązaniem wykorzystywanym przez wykonawców realizujących usługi nadzoru inwestorskiego. Niejednokrotnie również na kanwie postępowań prowadzonych przez Zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się za dopuszczalnością zatrudnienia osób niepełnosprawnych do pełnienia obsługi biura inżyniera. Powyższe z kolei potwierdza rynkowość zakładanego przez Odwołującego I rozwiązania.

W tym miejscu wskazania wymaga okoliczność świadcząca o naruszeniu przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. EKO-INWEST w swoich wyjaśnieniach w zakresie sposobu kalkulacji ceny z dnia 19 lutego 2024 r. wskazał, że również założył optymalizację kosztów zatrudnienia Personelu Biurowego i Pomocniczego, wskazując, że: "Na stanowiska Personel biurowy oraz Personel pomocniczy planujemy zatrudnić osoby, które osiągnęły wiek wynoszący co najmniej 55 lat dla kobiet i co najmniej 60 lat dla mężczyzn, dla których zgodnie z art. 104b ust. 2 ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (...) oraz art. 9b ust. 2 ustawy z 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (...) pracodawca nie opłaca składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych."

EKO-INWEST nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów, że dysponuje lub będzie dysponował osobami w takim wieku, które osiągnęły wiek emerytalny i są zainteresowane udziałem w realizacji zamówienia. Pomimo tego Zamawiający nie miał wątpliwości, że EKO-INWEST deleguje do realizacji zamówienia takie osoby, spełnia warunki opisane w przywołanych powyżej przepisach, a osoby te będą zainteresowane realizacją zamówienia. W przypadku oferty EKO-INWEST Zamawiający przyjął zgola odmienny niż w przypadku Odwołującego I miernik oceny sposobu kalkulacji kosztów wykonania zamówienia.

Dalej Zamawiający przedstawia szeroki wywód na temat rzekomego nieuwzględnienia w cenie oferty kosztów zastępstw

Personelu Biurowego: "W związku z czym Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia zastępstwa na co najmniej 1 miesiąc, w każdym roku trwania umowy. Jednocześnie podkreślić należy, iż przyjęta przez Wykonawcę kwota na pokrycie kosztów zatrudnienia Personelu biurowego i pomocniczego powinna pozwalać również na sfinansowanie wymaganych przez Zamawiającego kosztów zastępstw (np. w okresie choroby pracownika)."

Odwołujący I wskazuje, że kwestia związana z koniecznością uwzględnienia w cenie oferty kosztów zastępstw pracowników personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego w postępowaniach na usługi nadzoru prowadzonych przez Zamawiającego była wielokrotnie przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą (przykładowe orzeczenia: KIO 675/22, KIO 1969/22 i inne). We wszystkich wydanych wyrokach w postępowaniach Izba wyraziła pogląd, że wykonawca nie jest zobowiązany do uwzględnienia w cenie oferty kosztów urlopów czy zastępstw Personelu Biurowego i Pomocniczego

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego I cytuje fragmenty § 11 ust. 16 oraz § 13 ust. 4-6 wzoru umowy, który określa obowiązek ustanawiania zastępstw personelu na czas urlopu czy choroby. Zamawiający jednakże pomija fakt, że regulacje te dotyczą "Personelu Konsultanta", którym zgodnie z definicją zawartą we wzorze umowy nie jest Personel Biurowy i Pomocniczy.

Zamawiający kwestionuje wysokość przyjętej przez Odwołującego I stawki wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu oraz Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej na poziomie 300 zł/dzień, 6.300 zł/miesiąc. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego Odwołujący I w pierwszej kolejności wskazuje, że w przypadku usług nadzoru nie ma jednolitych stawek ("rynkowych"), które wyznaczałyby kierunek dla oceny ofert pod kątem rażąco niskiej. Wysokość dniówki jest uzależniona od tego czy wykonawca dysponuje własnym personelem oraz czy jest w stanie wynegocjować z danym specjalistą / inspektorem korzystną stawkę wynagrodzenia tego pracownika. Na wysokość wynagrodzenia wpływ ma szereg czynników takich jak doświadczenie danej osoby, atrakcyjność/prestiżowość danego zamówienia, dodatkowe benefity, powiązania osobowe i finansowe z wykonawcą etc. W przypadku każdej osoby i każdego wykonawcy inne czynniki będą wpływać na wynik negocjacji wynagrodzenia. Dokonywanie porównania stawek ze stawkami oferowanymi przez inne podmioty w postępowaniu może prowadzić do mylnych wniosków.

Potwierdzeniem niemożliwości uchwycenia poziomu realności stawek jest zestawienie porównawcze stawek oferowanych przez Odwołującego I oraz EKO-INWEST. Zestawienie pokazuje, że w przypadku wielu stanowisk to oferta EKO-INWEST wydaje się rażąco niska w stosunku do oferty Odwołującego (podobna sytuacja ma miejsce w przypadku pozostałych wykonawców).

Po drugie, wartość poszczególnych pozycji Formularza Cenowego wyznaczają dwie (2) składowe: (i) umówione z członkiem personelu wynagrodzenie oraz (ii) zakładana marża. Odwołujący przedstawił wyliczenia i składowe wszystkich pozycji. W konsekwencji twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji nie są prawdziwe.

Po trzecie, Zamawiający kwestionuje fakt, że Inżynier Kontraktu oraz Inspektor nadzoru w specjalności drogowej mają otrzymywać to samo wynagrodzenie. Odwołujący I pragnie jednakże podkreślić, że w Formularzu Cenowym Odwołującego I, jak i innych wykonawców, znajdują się pozycje zawierające takie same kwoty "dniówek". Takie uśrednienie nie jest wyjątkiem i wynika w głównej mierze z konieczności zachowania limitów procentowych poszczególnych pozycji, które zostały narzucone przez Zamawiającego.

Po czwarte, Zamawiający zarzuca Odwołującemu I, iż ten nie wziął pod uwagę, że wynagrodzenie członków zespołu personelu musi być adekwatne do pełnionych przez nich funkcji. Odwołujący I oświadcza, że osoby które zostaną oddelegowane do realizacji zamówienia posiadają wymaganą przez Zamawiającego wiedzę i doświadczenie oraz będą realizować usługę w sposób określony w dokumentacji przetargowej. Odwołujący I w żadnym miejscu nie oświadczył (ani nawet nie zasugerował), że wykona zamówienia w sposób niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. To wyjaśnienia wykonawcy, a nie "wiedza życiowa" Zamawiającego określa kierunek badania i oceny realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

Zamawiający kwestionuje oświadczenie p. G. M. dołączone do wyjaśnień z dnia 19 lutego 2024 r. wskazując, że p. M. nie pełni już funkcji Prezesa Zarządu, a zatem argumentacja o możliwości pełnienia przez niego jednocześnie funkcji Inspektora Nadzoru jako czynnika zmniejszającego koszty wykonania zamówienia uległa dezaktualizacji. Ma to świadczyć o tym, że Odwołujący nieprawidłowo skalkulował cenę oferty.

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności Odwołujący I wskazał, że przedmiotem wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny jest wskazanie okoliczności, jakie zostały wzięte przy obliczaniu ceny oferty. Na moment ustalania ceny p. M. piastował funkcję Prezesa Zarządu, a spółka nie planowała dokonywania modyfikacji personalnych.

Po drugie, Zamawiający w pierwotnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego I jako argument przemawiający za tym, że cena oferty Odwołującego I jest rażąco niska wskazywał na niemożliwość pogodzenia przez p. M. dwóch ważnych funkcji jednocześnie. Kiedy to Odwołujący I dokonał zmian personalnych umożliwiających pełne zaangażowanie się p. M. w zamówienie Zamawiający całkowicie zmienia swoje stanowisko w tej sprawie. Takie działanie wydaje się być nielogiczne ze strony Zamawiającego. Przyjęcie takiej optyki de facto prowadzić będzie do sytuacji, w której żadne wyjaśnienia Odwołującego nie będą dla Zamawiającego wystarczające oraz odpowiednie.

Dalej, Zamawiający wskazuje, że zaoferowane przez Odwołującego I stawki dniówek dla Inżyniera Kontraktu oraz Inspektora Nadzoru odbiegają od stawek przyjętych w SEKOCENBUD. Zamawiający zamieścił screen tabeli odnoszącej się do stawki jednej roboczodniówki specjalisty w branży inżynierskiej drogowej. Z informacji nie wynika z jakiego okresu pochodzą dane, jednakże stawki w branży inżynierskiej zaczęły być ujmowane w biuletynie SEKOCENBUD dopiero w I

kw. 2024 r. (kwiecień 2024 r.). Wcześniej biuletyn nie odnosił się do kosztów świadczenia usługi nadzoru (ujmowano tylko koszty projektowania i wykonania robót budowlanych).

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że po pierwsze i najważniejsze, w dacie składania ofert (grudzień 2023 r.), jak i przedstawienia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny (luty 2024 r.) ani Zamawiający ani Odwołujący I nie dysponowali przedmiotowym dokumentem, gdyż ten jak podnosi sam Zamawiający został opublikowany dopiero w dniu 1 kwietnia 2024 r. (przy czym realnie jego realna dostępność to maj 2024 r.). Zatem Odwołujący I kalkulując cenę oferty, a Zamawiający szacując wartość zamówienia (3 miesiące przed wszczęciem Postępowania), nie miał możliwości zapoznania się z jego treścią w celu porównania oferowanych na rynku stawek oraz wyciągnięcia w tym zakresie odpowiednich wniosków. Sugestia, że Zamawiający wziął pod uwagę informacje zawarte w tym publikatorze są nieprawdziwe oraz mają jedynie na celu wzbudzenia błędnego przekonania o sposobie określenia kosztów świadczenia usługi nadzoru nad tego rodzaju projektami.

Po drugie, zgodnie z treścią z SEKOCENBUD opublikowane stawki nie pochodzą z notowań rynkowych, a ankiety i informacji przesłanych przez ZOPI (Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów). Jest to jedna z wielu organizacji zrzeszająca firmy, a Odwołujący I nie należy do tego związku i nie stosuje więc cen uzgodnionych przez Związek. Opublikowane stawki nie stanowią natomiast rzetelnego i niezależnego źródła wiedzy o cenach rynkowych. Wykazane więc przez ZOPI stawki należy traktować jako „życzeniowe” a nie rynkowe (Związek od lat formułuje postulaty dotyczące zwiększenia wysokości marż w usługach nadzoru inżynierskiego).

Po trzecie, badanie i ocena oferty pod kątem rażąco niskiej ceny opiera się o dane wynikające ze średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz szacunkowej wartości zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie wskazują jakoby takie badanie mogło być dokonywane w oparciu o inne wartości niepowiązane bezpośrednio z prowadzonym postępowaniem (zwłaszcza, gdy dane te zostały opublikowane po dacie składania ofert).

Po czwarte, Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie nawiązał i nakazał wykonawcom wziąć pod uwagę kalkulując cenę oferty dane zawarte w biuletynie SEKOCENBUD. Na dzień składania oferty publikator ten nie zawierał nawet rozdziałów poświęconych usługom inżynierskim. Zamawiający zatem działa już nie tylko w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, ale i zasadami określonymi w dokumentacji przetargowej, której jest autorem.

Po piąte, publikacja SEKOCENBUD nie jest bezpłatna i powszechnie dostępna (jak np. dane z GUS), a zapoznanie się z jej treścią wymaga zakupu (poniesienia kosztów), a także uzyskania stosownego dostępu (Odwołujący I nie jest członkiem ZOPI a więc nie jest legitymowany do posługiwania się zawartymi w dokumencie danymi). Wymóg, aby wykonawcy opierali się o informacje zawarte w SEKOCENBUD stanowi zatem element ograniczający dostęp do zamówienia, co stanowi rażąco i jawny przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący I, którym odmówiono pełnego dostępu do dokumentu nie mogą zapoznać się z tymi danymi, a zatem ustosunkować się do zarzutów ze strony Zamawiającego.

Po szóste, przyjęcie jako miarodajnych stawek zawartych w SEKOCENBUD wymusza na Zamawiającym zbadanie pod kątem rażąco niskiej ceny również oferty wykonawcy, która pierwotnie została uznana jako najkorzystniejsza (i co której Zamawiający nie ma wątpliwości, że została skalkulowana prawidłowo). Zważyć bowiem należy, że również i stawki oferowane przez ten podmiot znacząco odbiegają od wartości przyjętych w biuletynie, co powinno również wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, który przestrzega zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający kwestionuje przyjęty przez Odwołującego I model wykonania usługi, który przewiduje zaangażowanie weryfikatorów dokumentacji w okresie, w którym dokumentacja będzie przez Wykonawcę robót wykonywana. Odwołujący I w żadnym miejscu swoich wyjaśnień nie wskazał, że weryfikatorzy nie będą odpowiedzialni za weryfikację projektu wykonawczego. Zamawiający formułuje samodzielnie i subiektywne wnioski bazując na pojedynczych fragmentach wyjaśnień, nie odnosząc się przy tym do całości oświadczenia Odwołującego I.

Odwołujący I wskazał, że zakres zaangażowania weryfikatorów determinowany jest liczbą dniówek, którą określił sam Zamawiający w Formularzu Cenowym. Na podstawie tej informacji Odwołujący I obliczył wartość swojej ceny. Zamawiający nie kwestionuje zarówno wysokości dniówki, ani liczby dniówek przyjętych do wyliczeń.

Harmonogram prac (podlegający akceptacji Zamawiającego) zostanie przygotowany po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli nie będzie on uwzględniał weryfikacji projektu wykonawczego, to Zamawiający nie zaakceptuje takiego dokumentu, wstrzymując wypłatę wynagrodzenia Odwołującego I. Na etapie składania wyjaśnień Odwołujący I przedstawia szacunkowy, przykładowy rozkład zaangażowania – w celu wykazania, że kalkulacja ujmuje cały proces inwestycyjny. Zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert przedstawienia koncepcji wykonania usługi, zatem nie może przyjmować, że Odwołujący I tę usługę wykona nieprawidłowo.

W ocenie Zamawiającego przyjęty przez Odwołującego I zysk na poziomie 2,5% jest niewystarczający. W kwestii wysokości przyjmowanego przez Odwołującego I zysku w kontekście realności zaoferowanej ceny w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego wypowiedziała się już Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt: KIO 1728/24 (w przedmiotowej sprawie zysk

Odwołującego I został przewidziany na poziomie 1,5%). Izba wskazała, że sam fakt uwzględnienia w cenie oferty zysku świadczy o tym, że zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego I formułuje stanowisko, że Odwołujący I dokonał transferu kosztów pomiędzy pozycjami Formularza Cenowego. Mowa tutaj o kosztach (i) wyposażenia biura oraz (ii) przeprowadzenia szkolenia BHP pracowników, które Odwołujący przewidział w pozycji 1.1. (Biuro Konsultanta)

Formularza Cenowego a nie w pozycji 1.5, 1.6., 4.5, 4.6 (Personel Biurowy i Pomocniczy).

Odwołujący I nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. W Formularzu Cenowym Odwołującego I nie doszło do rzekomo niedozwolonego przeniesienia kosztów pomiędzy pozycjami. Odwołujący I założył, że w pozycji 1.5 Formularza cenowego należało wskazać koszty ponoszone w związku z zatrudnieniem osoby na stanowisko Personelu Biurowego. Natomiast koszty związane z zapewnieniem wyposażenia oraz dopuszczeniem pracownika do korzystania z tego wyposażenia należy wliczyć w pozycję 1.1 Formularza cenowego. Przemawiało za tym szereg okoliczności.

Po pierwsze, sugerowała to sama treść cytowanej przez Zamawiającego uwagi. Zgodnie z uwagą zawartą w Tomie IV SWZ Formularz cenowy (Uwagi Zamawiającego, pkt 1, ppkt 2) pozycja 1.5 Formularza cenowego przedstawia koszty związane z "zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta". Treść uwagi referuje do obecności/zaangażowania personelu (Wykonawca "zapewni osoby"), a nie zapewnienia stanowiska pracy.

Po drugie, wymagania dotyczące wyposażenia biura zostały opisane w pozycji 2.2.1 OPZ pn. "Biuro Konsultanta" i miały one następującą treść: "Konsultant zobowiązany jest zapewnić (np. dostarczyć, wynająć) oraz zorganizować, urządzić, wyposażyć i utrzymywać, na własny koszt biuro na potrzeby Personelu Konsultanta i Personelu biurowego. (...) Zaplecze będzie wyposażone we wszystkie elementy wymagane dla prawidłowego wykonania Usługi, (...)."

Po trzecie, stanowisko pracy dla pracownika biurowego jest stałym wyposażeniem Biura i nie stanowi wyposażenia osobistego. Stworzone stanowisko pracy może służyć kilku pracownikom jednocześnie (pracującym w systemie wielozmianowym), jak również nie zmienia się w przypadku zatrudnienia nowych pracowników w miejsce poprzedników.

W konsekwencji, skoro wymagania dotyczące wyposażenia biura zostały ujęte w rozdziale zatytułowanym "Biuro Konsultanta", to Odwołujący I nie miał podstaw do przyjęcia, że koszty w tym zakresie należało ująć w innej pozycji Formularza Cenowego niż do tego dedykowanej. Warto wskazać, że znaczna część wyposażenia (o ile nie wszystkie sprzęty i meble) będzie służyła nie tylko Personelowi Biurowemu, ale całemu zespołowi Odwołującego I. Wydzielenie zatem kosztów, które są związane z zakupem sprzętu, z którego będzie korzystał pracownik biurowy, a z którego pozostałe osoby, byłoby niemożliwe.

Odnosząc się do szkoleń BHP to wskazać należy, że wymagania dotyczące przestrzegania przepisów BHP również zostały ujęte w pozycji OPZ "Biuro Konsultanta". Szkolenia BHP jako koszty przypisane osobowo, w przypadku oferty Odwołujący I mają marginalne i pomijalne znaczenie w kontekście ceny oferty, a Wykonawca jest w stanie przeprowadzić je bezkosztowo. Odwołujący I jest Pracodawcą zatrudniającym mniej niż 10 pracowników i zadania w zakresie szkoleń BHP wykonuje samodzielnie bez korzystania z podmiotów zewnętrznych. Koszt przeprowadzenia szkoleń wynosi 0 zł,

a więc de facto faktycznie nie jest ujmowany w żadnej pozycji Formularza Cenowego. Skoro koszt ten nie wystąpi to nie może być przeniesiony pomiędzy pozycje. Pozostałe koszty wynikające z przepisów BHP, takie jak wyposażenie w apteczkę nie są kosztami osobowym przypisanym do pracownika. Stanowią wyposażenie Biura i w konsekwencji zostały przypisane do jego wyposażenia.

W wyjaśnieniach z dnia 19 lutego 2024 r. Odwołujący I nie powoływał się na sposób kalkulacji kosztów w zakresie medycyny pracy, a zatem Odwołujący I nie posiada wiedzy na jakiej podstawie Zamawiający przyjął, że zostały one w kalkulowane w pozycję 1.1 Formularza Cenowego. Zamawiający formułuje wnioski, które nie wynikają z oświadczenia Odwołującego I w tym zakresie.

Po czwarte, Zamawiający prowadzi postępowania przetargowe na świadczenie usług nadzoru w oparciu o tzw. dokumentację bazową, co oznacza, że dokumentacja przetargowa dla każdego postępowania zawiera takie same wymagania i regulacje, które są dostosowywane w niewielkim stopniu do specyfiki danego przedsięwzięcia. Doświadczenie oraz wiedza Odwołującego I z innych postępowań Zamawiającego wykazuje, że wszyscy wykonawcy – uczestnicy postępowań Zamawiającego -w odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny tego rodzaju koszty wliczają w pozycję 1.1 Formularza Cenowego (który dla większości postępowań Zamawiającego jest identyczny) koszty związane z wyposażeniem Biura Konsultanta czy koszty szkoleń z obsługi tych urządzeń. Zamawiający nigdy wcześniej nie kwestionował takiego sposobu budowania ceny oferty przez wykonawców, który to sposób jest determinowany treścią OPZ.

Co więcej również EKO-INWEST zapytany o kalkulacje kosztów w pozycjach 1.5, 1.6, 4.5, 4.6 Formularza Cenowego nie wskazał, że pozycje te obejmują także wyposażenie Biura Konsultanta. Jeśli Zamawiający uważa, że wyposażenie powinno zostać ujęte w tych pozycjach to oferta EKO-INWEST również powinna zostać uznana za niezgodną z warunkami zamówienia i zostać odrzucona na podstawie tych samych regulacji, co oferta Odwołującego I.

Po piąte, skoro Zamawiający nie określił wprost jakiego rodzaju koszty należy wliczyć do pozycji 1.5 Formularza Cenowego to na tym etapie Postępowania nie ma możliwości arbitralnego przyjęcia, że przyjęty przez Odwołującego I sposób wypełnienia Formularza Cenowego narusza jakiegokolwiek wymogi określone w SWZ. Takie działanie stanowiłoby niedozwoloną na gruncie ustawy Pzp zmianę treści dokumentacji przetargowej po terminie składania ofert. Dodatkowo wszelkie nieścisłości czy też nieprecyzyjne wymagania zawarte w SWZ należy poczytywać na korzyść wykonawcy.

W świetle powyższego w ocenie Odwołującego I nie sposób uznać, że podnoszone przez Zamawiającego wątpliwości mogą stanowić podstawę do uznania, że oferty Odwołującego I podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Usług

Inwestycyjnych EKO-INWEST spółka akcyjna z siedzibą w Szczecinie. Wykonawca ten ponadto w dniu 11 września 2024 r. przesłał pismo procesowe zawierające argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania wraz z dowodami.

W dniu 11 września 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

KIO 3153/24

W dniu 30 sierpnia 2024 r. wykonawca TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym II”) wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia, obejmującej „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi S10 Szczecin – Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu – początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszycy”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, odcinek 4, węzeł „Recz” (bez węzła) – węzeł „Cybowo” (bez węzła)” (dalej: „Postępowanie”).

Odwołanie zostało wniesione wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty Wykonawcy BBF Sp. z o.o. (dalej: „BBF lub „wykonawca BBF”) jako najkorzystniejszej;
2. niezgodnego z przepisami Ustawy zaniechania wezwania wykonawcy BBF do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym do wykazania samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonej w SWZ pkt. 8.2.4 – dla części 1;
3. niezgodnego z przepisami Ustawy zaniechania odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a BBF nie złożył wyjaśnień obalających domniemanie rażąco niskiej ceny;
4. niezgodnej z przepisami Ustawy oceny oferty BBF – poprzez przyznanie nieprawidłowej liczby punktów w kryterium jakościowym;
5. niezgodnego z przepisami Ustawy zaniechania wykluczenia wykonawcy MGGP S.A. (dalej „MGGP”) oraz odrzucenia oferty MGGP, pomimo iż wykonawca ten podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd;
6. niezgodnego z przepisami Ustawy zaniechania odrzucenia oferty MGGP, pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący II postawił Zamawiającemu następujące zarzuty:

1. Naruszenie przepisu art. 122 Ustawy PZP w zw. z 118 ust. 2 i 4 Ustawy PZP w zw. z art. 119 Ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 Ustawy PZP poprzez uznanie, że wykonawca BBF spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.2.4 SWZ i zaniechanie wezwania wykonawcy BBF do uzupełnienia dokumentów w zakresie tego warunku, który wykonawca BBF wykazuje poprzez powołanie się na potencjał techniczny podmiotu udostępniającego zasoby, tj. IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. (dalej „IDOM”), podczas gdy ze zobowiązania IDOM nie wynika, by IDOM ta na etapie realizacji Zamówienia wykonać miał usługi, co do których nastąpiło udostępnienie doświadczenia wykonawcy BBF, co przesądza o nieskutecznym udostępnieniu doświadczenia i błędnym uznaniu przez Zamawiającego, że wykonawca BBF spełnia przedmiotowy warunek
2. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy PZP i w związku z art. 16 PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez BBF i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
3. Zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 - Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy PZP i w związku z art. 16 PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez BBF i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
4. Zarzut naruszenia przepisu art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP w związku z art. 240 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 16 pkt 2 PZP poprzez dokonanie czynności oceny oferty BBF w kryterium jakościowym „Podkryterium 2.1 Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej” w sposób nieprawidłowy, tj. przyznanie 7 punktów zamiast 0 punktów.
5. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd i/lub przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd poprzez nie wskazanie w dokumencie JEDZ w Części C „PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI”, iż znajduje się w sytuacji, w której nałożono odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje, podczas gdy w przypadku przynajmniej 3 umów MGGP naliczono kary umowne.

6. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 PZP oraz w związku z art. 110 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał okoliczności wskazanych w art. 110 ust. 2 PZP dla nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umów.

7. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 PZP oraz w związku z art. 120 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP, pomimo iż wykonawca ten nie udowodnił Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 PZP.

W związku z powyższym Odwołujący II wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) wezwania wykonawcy BBF do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;
- 4) Przyznanie ofercie BBF 0 punktów w Kryterium „Podkryterium 2.1 Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej”
- 5) Wykluczenia Wykonawcy MGGP;
- 6) Odrzucenia oferty wykonawcy MGGP;
- 7) Ponowną ocenę ofert.

Odwołujący II wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP. Odwołujący II ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał istotnych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek

czego Odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia. Oferta Odwołującego II jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący II w zakresie pierwszego z zarzutów wskazał na brak wykazania samodzielnego spełnienia warunków udziału przez wykonawcę BBF przy braku odpowiedniego zakresu podwykonawstwa. W ramach spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawca BBF skorzystał bowiem z uprawnień, jakie daje art. 118 ust. 1 ustawy PZP, tj. uprawnienie wykonawcy do powołania się na zasoby podmiotu udostępniającego (tzw. podmiotu trzeciego) w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący II podkreślił, że w przypadku skorzystania z przedmiotowego uprawnienia to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego będzie miało realny charakter, a zatem, że wykonawca faktycznie tymi zasobami będzie dysponował na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający natomiast posiada obowiązek zweryfikowania i zbadania, czy udostępnione zasoby podmiotu trzeciego pozwalają na wykazanie spełnienia warunku jak również są wystarczające jakie zasoby, w jakiej formie i w jaki sposób zostaną udostępnione.

Jakkolwiek możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego stanowi uprawnienie wykonawcy, to jednocześnie jest to wyjątek od zasady, że to BBF, jako wykonawca składający ofertę powinien posiadać niezbędne zasoby potrzebne do realizacji umowy. Mając to na uwadze ustawodawca przewidział szczególną regulację, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp).

W związku z powyższym to na wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego i nie budzącego wątpliwości wykazania, że będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a w przypadku gdy wykonawca polega na zdolnościach podmiotu trzeciego w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia - obowiązek jednoznacznego i nie budzącego wątpliwości wykazania, że podmiot ten zrealizuje roboty lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przenosząc to na ofertę BBF należy z całą stanowczością stwierdzić, że BBF nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, jaki jest zakres użyczonego potencjału i w jaki sposób będzie dysponował użyczonym potencjałem. Po pierwsze należy wskazać na zakres podwykonawstwa wskazany w dokumencie oferty - w pkt 5 Formularza oferty wskazano:

„5. ZAMIERZAMY powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:

Dla Części nr 1 zamówienia:*

Obsługę geodezyjną, zarządzanie realizacją w branżach drogowej i mostowej”

Wedle powyższego złożonego w ofercie oświadczenia bezspornym jest, że BBF w ramach podwykonawstwa:

- a) Zleca jedynie obsługę geodezyjną i zarządzanie realizacją w 2 branżach;
- b) Nie zleca usługi związanej z nadzorowaniem robót budowlanych, a więc głównego elementu przedmiotowej usługi.

Zarządzanie realizacją tożsame jest z koordynowaniem działań lub zadań, a nie nadzorowaniu procesu budowlanego w sposób fizyczny, zgodnie z wymaganiami SWZ.

W dalszej kolejności Odwołujący² podniósł, iż zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu zawartymi w SWZ pkt. 8.2.4 Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się 3 projektami w ciągu ostatnich 5 lat:

- „a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto,
- b) budowy lub przebudowy 3 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,
- c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonych pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,”

BBF na 2 z 3 wykazanych w wykazie referencji wykazał referencje użyczone od IDOM, które dotyczyły następujących zadań:

- a) Projekt sprawowanie nadzoru nad realizacją inwestycji pn. „Budowa drogi ekspresowej SE-40. Sektor południowo-zachodni. Odcinek: węzeł SE-648 (Almensilla) – węzeł A-49 (Espartinas)” na rzecz Ministerio de transportes, movilidad y agenda urbana (MINISTERSTWO TRANSPORTU, MOBILNOŚCI I ROZWOJU MIAST, Hiszpania)
- b) Projekt Usługa Inżyniera Kontraktu dla pozostałych prac wykonania Kontraktu i wykonania Drugiej Fazy „Rozwoju drogi Abi Bakr As Siddeiqe Road, Rijad, Arabia Saudyjska dla Królewskiej Komisji Miasta Rijad.

Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu zadań referencyjnych w postaci nadzoru nad drogą klasy GP i 5 obiektami mostowymi. Tymczasem Odwołujący II podniósł, iż BBF posiada doświadczenie tylko w nadzorze nad jednym obiektem mostowym, wobec czego udział IDOM w realizacji przedmiotowej usługi musi być znaczący, co najmniej 50% oraz obejmujący istotną część zamówienia, nie zaś jak wskazano w ofercie - ma polegać na bliżej niekreślonym „zarządzaniu realizacją”, bez świadczenia konkretnych usług objętych przedmiotem zamówienia.

Warto też zanalizować treść zobowiązania podmiotu udostępniającego – IDOM (który udostępnia wiedzę i doświadczenie, którego BBF nie posiada) - stwierdzono w nim bowiem:

„b) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania ww. zasobów będzie następujący:

Bezpośrednie zaangażowanie podmiotu udostępniającego zasoby poprzez bieżące wsparcie merytoryczne zespołu wykonawcy z zespołem Podmiotu Udostępniającego Zasoby mające na celu udostępnienie Wykonawcy wiedzy i doświadczenia Podmiotu Udostępniającego Zasoby nabytej podczas realizacji usługi, o której mowa w pkt. a powyżej, w szczególności przez udostępnienie wzorów pism, identyfikację obszarów problemowych i zagrożeń, przeszkolenie kluczowego personelu BBF sp. z o.o. przed przystąpieniem do realizacji zamówienia. Bieżące konsultacje udzielane personelowi BBF sp. z o.o. w trakcie realizacji zamówienia, zwłaszcza poprzez delegowanie pracownika na stanowisko Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej

- c) zrealizuję usługi, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie:

Użyczeniu będą podlegać know-how Podmiotu Udostępniającego Zasoby, nabyte podczas realizacji usługi o której mowa w pkt. a powyżej przez cały okres realizacji zamówienia, zgodnie z przyszłą umową o zamówienie publiczne. Podmiot udostępniający zasoby weźmie udział w realizacji Zamówienia jako

podwykonawca w zakresie zarządzania inwestycją w zakresie wymaganym dla skutecznego przeniesienia know – how oraz nadzorowania robót budowlanych w kluczowych dla realizacji zamówienia branżach mostowej i drogowej.”

Jak wynika z powyższego – firma IDOM w zakresie bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia jedynie oddeleguje Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej. Żadnych innych czynności przy realizacji zamówienia nie będzie wykonywać – a jedynie będzie świadczyć konsultacje dla personelu BBF i przeszkoli ten personel.

Potwierdzenie co do iluzorycznego użyczenia znajduje się również w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny. W żadnym punkcie nie pojawia się informacja o udziale IDOM jako podwykonawcy. Tymczasem IDOM – ze względu na użyczenie zasobów – takim podwykonawcą musi być. Nie wskazano żadnego udziału, ani żadnego kosztu z tym związanego. Jedyne stwierdzenie w zakresie kalkulacji ceny zawierająca jakieś śladowe oznaki udziału podwykonawstwa znajdują się na str. 3 wyjaśnień z dnia 8 lutego 2024 r:

„Każdemu stanowisku przyporządkowano płacę, ustaloną na podstawie jednego z trzech poniższych kluczy:

1. Oferty potencjalnego podwykonawcy, który wyraził chęć uczestniczenia w realizacji Usługi.

2. Stawki wynagrodzenia osób zatrudnionych na tożsamych stanowiskach na kontraktach obecnie realizowanych przez firmę BBF.
3. Stawki wynagrodzenia stałych pracowników firmy BBF zajmujących tożsame stanowiska na kontraktach obecnie realizowanych przez firmę BBF."

W ocenie Odwołującego II z powyższego wynika, iż mamy w przedmiotowym przypadku do czynienia tylko i wyłącznie z iluzorycznym „użyczeniem referencji”, związanym z przekazaniem know-how. Podmiot udzielający nie weźmie udziału w realizacji usługi.

Jak stwierdzono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 lutego 2022 (sygn. akt KIO 334/22) „zobowiązanie się podmiotu udzielającego zasoby jedynie do udzielania doradztwa i konsultacji nie jest wystarczające do tego, by wykazać, że przystępujący ma realny dostęp do zasobów ww. podmiotu i że w efekcie spełnia warunek udziału w postępowaniu. Raz jeszcze należy podkreślić, że w świetle art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, dla wykazania realnego dostępu do zasobów danego podmiotu, niezbędne jest, aby podmiot ten zobowiązał się do zrealizowania tych robót lub usług, które są wymagane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w praktyce sprowadza się najczęściej do zobowiązania się do podwykonawstwa. Skoro podmiot udzielający przystępującemu zasobów zobowiązał się jedynie do doradztwa i konsultacji, to zobowiązanie takie należy uznać za wadliwe, co skutkuje koniecznością stwierdzenia, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu”.

Z kolei w wyroku z 17 lutego 2020r. (sygn. akt KIO 201/20) Izba wskazała: „w przypadku m.in. zasobu wiedzy i doświadczenia – prawodawca unijny i ustawodawca krajowy wprowadzili pewne daleko idące ograniczenia. Manowicie dopuszczalność polegania na m.in. takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe oznacza obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi”. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku z dnia 21 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO 3761/21)

gdzie uznała wprost, że: „podmioty udostępniające zasoby muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy, wykonując usługi do realizacji których zdolności były wymagane i określone przez zamawiającego”.

Podmiot udzielający referencje w zakresie nadzoru nad budową drogi oraz obiektu mostowego zgodnie z zobowiązaniem, przekaże do realizacji dwóch asystentów i know-how. Trudno tu mówić o rzeczywistym udziale w realizacji zamówienia przy tak niskim i nieistotnym zaangażowaniu rzeczowym (nie wyszczególnionym nawet w wyjaśnieniach z zakresu rażąco niskiej ceny, co świadczy że nie stanowiły one istotnego elementu cenowego).

Takie stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13 grudnia 2021 (sygn. akt KIO 3471/21), w którym uznała za nieskuteczne powołanie się wykonawcy na doświadczenie innego podmiotu w wykonaniu drogi o wartości min. 800 000 zł brutto, w tym min. 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych, ponieważ z treści złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wynikało, że zakres rzeczowy powierzony podwykonawcy części robót obejmuje jedynie profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcyjnej nawierzchni (co stanowiło 4% wartości robót) oraz konsultacje i doradztwo w zakresie żądanym przez wykonawcę. Izba podkreśliła, iż: „zgodnie z art. 7 pkt 27 ustawy Pzp, przez umowę o podwykonawstwo należy przez to rozumieć umowę (...), na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Oznacza to, że w przypadku robót budowlanych podwykonawstwo polega na wykonaniu określonej części tych robót. Nie można więc uznać, że poprzez bliżej nieokreślone konsultacje i doradztwo podmiot udostępniający zasoby wykonuje roboty, do których potrzebne jest doświadczenie wymagane w warunku udziału w postępowaniu”.

W zakresie 2 z zarzutów Odwołujący II podkreślił na wstępie, iż działając w oparciu o art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) oraz 223 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z podejrzeniem złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający pismem z dnia 1 lutego 2024 r., wezwał Wykonawcę BBF do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty - w celu ustalenia, czy zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę oraz czy uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Zamawiający wezwał Wykonawcę BBF m.in. w zakresie wyceny pozycji 2.2.2 Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej Działu 2 Formularza cenowego „Usługi nadzoru i zarządzanie”, do złożenia kalkulacji oraz wyjaśnień w zakresie obliczenia ceny ww. pozycji Formularza cenowego, a w szczególności wskazania, czy wysoko wyspecjalizowany Personel będzie pełnił usługę w przyjętych stawkach oraz czy przyjęta stawka wynagrodzenia zapewnia uzyskanie minimalnej stawki godzinowej, w związku z wejściem w życie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. z 2023 poz. 1893).

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca BBF pismem z dnia 8 lutego 2024 r. złożył wyjaśnienia i dowody, na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny oferty. Wykonawca BBF w zakresie wyceny m.in. pozycji 2.2.2 Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej wskazał, że „Dokonując kalkulacji kosztów osób wchodzących w skład poszczególnych zespołów, Wykonawca uwzględnił rzeczywiste koszty poszczególnych członków Personelu ustalone na podstawie przykładowych

niżej wymienionych dokumentów dla wybranych stanowisk, które załączamy jako dowody do wyjaśnienia(...) Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej – oświadczenie pracownika przewidzianego do realizacji zamówienia”. Na potwierdzenie powyższego Wykonawca BBF złożył m.in. oświadczenie z dnia 9 lutego 2023 r. podpisane przez Panią E. G.

W złożonych wyjaśnieniach BBF wprost wskazał, że jest to oświadczenie pracownika przewidzianego do realizacji zamówienia. Wskazać należy, że Wykonawca BBF wraz z ofertą złożył Formularz 2.2. Kryteria pozacenowe, w którym w Podkryterium 2.1. na stanowisko Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej wskazał Pana P. L., a nie p. E. G.

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 18 kwietnia 2024 r. zwrócił się do Wykonawcy BBF o wyjaśnienia rozbieżności w zakresie Oświadczenia osoby deklarującej swój udział w realizacji zamówienia na stanowisku Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, innej niż została wskazana przez Wykonawcę w Formularzu 2.2. Kryteria pozacenowe Podkryterium 2.1. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego, BBF przesłał wyjaśnienia, w których poinformował, że „(...)termin pierwotnych wyjaśnień przypadł w okresie ferii zimowych. W związku z tym część personelu Wykonawcy, w tym P. P. L. nie była dostępna ze względu na urlopy i nie mogła podpisać oświadczeń”. Do ww. wyjaśnień Wykonawca BBF nie załączył dowodów na potwierdzenie, że zadeklarowana cena jednostkowa w formularzu cenowym dla pozycji 2.2.2 Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej została prawidłowo skalkulowana, będzie miała swoje odzwierciedlenie w rzeczywistości oraz, że osoba wskazana w złożonym wraz z ofertą Formularzu 2.2. Kryteria pozacenowe Podkryterium 2.1., na stanowisku Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Pan P. L. deklaruje swój udział w realizacji niniejszego zamówienia za wspomnianą stawkę ceny jednostkowej. W treści wyjaśnień bowiem, wykonawca BBF sam założył, iż koszt zatrudnienia osób skierowanych do realizacji zamówienia wykaże oświadczeniami tych osób, a w zakresie p. P. L., takiego oświadczenia nie przedłożył ani też w żaden inny sposób nie wykazał gotowości p. P. L. do udziału w realizacji zamówienia za wynikającym z wyjaśnień kosztem.

Mając na uwadze powyższe oferta Wykonawcy BBF powinna w ocenie Odwołującego II zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6.

Odwołujący II w dalszej kolejności na wypadek nieuwzględnienia pierwszego z zarzutów i uznania, że udostępnienie zasobów jest prawidłowe wskazał, że w takiej sytuacji nieprawidłowe są złożone przez wykonawcę BBF wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 8 lutego 2024 roku (dalej „Wyjaśnienia RNC”), gdyż nie odnoszą się one w ogóle do stanu faktycznego postępowania.

W sytuacji bowiem, gdyby uznać zobowiązanie IDOM za prawidłowe, to IDOM musi być podwykonawcą wykonawcy BBF i musi wykonać ten element przedmiotu zamówienia, dla którego doświadczenie posiada IDOM, a nie posiada go wykonawca BBF. Zaś koszty tego podwykonawstwa powinny być uwzględnione w cenie oferty oraz szczegółowo opisane w Wyjaśnieniach RNC.

Tymczasem kwestia podwykonawstwa została w Wyjaśnieniach RNC ujęta tylko w 2 miejscach tj. na stronie 1:

Doświadczenie BBF Sp. z o.o. umożliwia w szczególności precyzyjne i rzetelne przygotowanie budżetów oraz cen ofertowych dla realizowanych zamówień. Ponadto, wdrożone w firmie standardy zarządzania w zakresie procesu ustalania cen ofertowych zakładają, dla uniknięcia omyłek, iż wyceny dokonywać będzie

dwóch niezależnych od siebie ekspertów z wieloletnim doświadczeniem, bazując m.in. na materiałach przesyłanych przez ewentualnych podwykonawców i dopiero w ostatecznej fazie sporządzania oferty wyniki ich kalkulacji zostaną ze sobą zestawione. System taki zastosowany został również w przedmiotowym przetargu.

oraz na stronie 3

Każdemu stanowisku przyporządkowano płacę, ustaloną na podstawie jednego z trzech poniższych kluczy:

1. Oferty potencjalnego podwykonawcy, który wyraził chęć uczestniczenia w realizacji Usługi.
2. Stawki wynagrodzenia osób zatrudnionych na tożsamych stanowiskach na kontraktach obecnie realizowanych przez firmę BBF.
3. Stawki wynagrodzenia stałych pracowników firmy BBF zajmujących tożsame stanowiska na kontraktach obecnie realizowanych przez firmę BBF.

Jak zatem wynika z treści Wyjaśnień RNC – wykonawca BBF w ogóle nie uwzględnił w cenie oferty udziału firmy IDOM. W szczególności nie załączono do Wyjaśnień RNC żadnej oferty podwykonawczej, nie wskazano, jaki jest koszt usług realizowanych przez IDOM, itd.

Odwołujący II wskazuje, że nie jest możliwe, aby obecnie BBF twierdził, że koszty personelu pokrywają koszty podwykonawstwa. Czym innym jest bowiem zatrudnianie personelu bezpośrednio przez BBF i przedłożenie na tę okoliczność oświadczeń, a czym innym – powierzenie realizacji części zamówienia podwykonawcy IDOM. W tym zakresie jedynym dowodem, który może potwierdzić koszty podwykonawstwa – jest oferta podwykonawcza załączona do Wyjaśnień RNC. Jak zostało jednak wykazane powyżej – Wyjaśnienia RNC zupełnie pomijają kwestię podwykonawstwa.

W dalszej kolejności Odwołujący II podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 240 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 16 pkt 2 PZP poprzez dokonanie czynności oceny oferty BBF w kryterium jakościowym „Podkryterium 2.1 Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej” w sposób nieprawidłowy, tj. przyznanie 7 punktów zamiast 0 punktów. Wykonawca BBF wraz z ofertą złożył Formularz 2.2. Kryteria pozacenowe, w którym w Podkryterium 2.1. na stanowisko Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej wskazał

Pana P. L. Z kolei w Wyjaśnieniach RNC Wykonawca BBF wskazał: „Dokonując kalkulacji kosztów osób wchodzących w skład poszczególnych zespołów, Wykonawca uwzględnił rzeczywiste koszty poszczególnych członków Personelu ustalone na podstawie przykładowych niżej wymienionych dokumentów dla wybranych stanowisk, które załączamy jako dowody do wyjaśnienia (...)3. Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej – oświadczenie pracownika przewidzianego do realizacji zamówienia”.

Na potwierdzenie powyższego Wykonawca BBF złożył Oświadczenie z dnia 9 lutego 2024 r. podpisane przez Panią E. G. Jak wynika z powyższego - w Wyjaśnieniach RNC wykonawca BBF wprost wskazał, że oświadczenie Pani E. G. to oświadczenie pracownika przewidzianego do realizacji zamówienia. Tym samym – BBF złożył oświadczenie, że to Pani E. G., a nie Pan P. L. będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Wydaje się, że Zamawiający przy drugiej ocenie ofert nie wziął pod uwagę oświadczeń składanych przez wykonawcę BBF w toku postępowania, w tym powyższego oświadczenia – że to Pani E. G. będzie brała udział w realizacji zamówienia.

Wobec powyższego – wykonawca BBF nie powinien otrzymać punktów za doświadczenie wskazane dla Pana P. L. – gdyż Pan P. L. nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Brak przyznania punktów w tym kryterium powoduje, że w ogólnej ocenie ofert BBF otrzyma tylko 93 punkty. Tymczasem Odwołujący II otrzymał 96,34 pkt – przyznanie punktów nie jest przez nikogo kwestionowane – i to oferta Odwołującego II otrzymała najwyższą liczbę punktów.

W kolejnej grupie zarzutów Odwołujący II podnosił zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty MGGP na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 PZP oraz w związku z art. 110 ust. 2 PZP.

W zakresie stanu faktycznego Odwołujący II wskazał, że w dniu 2 lutego 2023 roku w toku realizacji usługi pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) – Elk (S61), odc. Borki Wielkie - Mrągowo Wykonawca MGGP został obciążony karą umowną w wysokości 96 875,24 PLN. Podstawą faktyczną naliczenia kary umownej był brak zapewnienia wymaganego w SWZ personelu kontraktowego, przy czym okres braku personelu trwał aż 44 dni. Jednocześnie umowa dotycząca zadania „Modernizacja ewidencji gruntów i budynków na obszarze obrębów ewidencyjnych: Gogołowa, Mszana i Połomia, położonych w jednostce ewidencyjnej Mszana Powiatu Wodzisławskiego” nie została należycie wykonana przez firmę MGGP ze względu na nie dochowanie terminu realizacji prac. Z tego tytułu naliczona została kara umowna w wysokości 68.346,18 zł z tytułu opóźnienia w zakończeniu prac I etapu zadania, co stanowi ponad 10% całej wartości umowy. Z kolei w toku realizacji umowy na Usługę wsparcia oraz pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją Kontraktu: „Budowa obwodnicy Smolajń w ciągu drogi krajowej nr 51” wykonawcy MGGP naliczono karę umowną w wysokości 33.775,85 zł.

Odwołujący II wskazał, że w ramach niniejszego postępowania raz z ofertą MGGP przedłożył dokument JEDZ podpisany w dniu 15 grudnia 2023 roku, w którym w ramach Części C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi” udzielił odpowiedzi przeczącej na zawarte tam pytanie:

Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

W dniu 15 maja 2024 r. Zamawiający wezwał MGGP do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa a art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia. MGGP dnia 28 maja 2024 r. złożył podmiotowe środki dowodowe oraz dołączył oświadczenie o aktualności informacji, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Oba oświadczenia złożone przez MGGP w JEDZ w zakresie w/w Części C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi” są zdaniem Odwołującego sprzeczne ze stanem faktycznym. MGGP nie poinformował Zamawiającego, że w ramach realizowania w/w

umów zostało obciążane karami umownymi za nienależyte wykonywanie zobowiązania umownego w znaczącym stopniu.

W dniu 21 czerwca 2024 roku oferta MGGP została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący II wniósł odwołanie KIO 2304/24, w którym podniósł zarzuty analogiczne jak powyższe. Zamawiający unieważnił czynność wyboru MGGP, w związku z czym postępowanie odwoławcze zostało umorzone. W toku ponownej oceny ofert Zamawiający – z zupełnie niezrozumiałych przyczyn – nie wykluczył MGGP z postępowania. Co interesujące – nie wystąpił też do MGGP o żadne wyjaśnienia w zakresie zarzutów podnoszonych w odwołaniu KIO 2304/24. W dokumentacji postępowania udostępnionej Odwołującemu nie zawarto żadnej korespondencji z MGGP w przedmiotowym zakresie. Wobec powyższego – Odwołujący ponownie podnosi przedmiotowe zarzuty.

Jak wskazano w opisie stanu faktycznego powyżej – MGGP zostało wielokrotnie obciążone przez Zamawiających istotnymi karami umownymi. W toku realizacji usługi pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) – Elk (S61), odc. Borki Wielkie - Mrągowo realizowanej przez MGGP za kwotę 8 950 034,77 PLN netto, wykonawca ten przez 44 dni nie zapewnił wymaganego SWZ personelu kontraktowego. Przedmiotowa zwłoka skutkowałą naliczeniem kary umownej w wysokości 96 875,24 PLN,

Zgodnie z treścią umowy zawartej w ramach w/w usługi (§ 36 ust. 1) „Istotne uchybienia lub uchylenie się Konsultanta od

obowiązków zawartych w Umowie będzie skutkowało zastosowaniem przez Zamawiającego sankcji przewidzianych w Umowie i przepisach prawa (...). Przedmiotowy zapis jednoznacznie potwierdza istotność uchybienia MGGP w ramach przedmiotowej usługi.

W toku realizacji usługi pn. „Modernizacja ewidencji gruntów i budynków na obszarze obrębów ewidencyjnych: Gogołowa, Mszana i Połomia, położonych w jednostce ewidencyjnej Mszana Powiatu Wodzisławskiego” naliczona została kara umowna w wysokości 68.346,18 zł z tytułu opóźnienia w zakończeniu prac I etapu zadania, co stanowi ponad 10% całej wartości umowy co również potwierdza istotność uchybienia MGGP w ramach przedmiotowej usługi.

Odwolujący II wskazał, że MGGP musiało sobie zdawać sprawę, że w dacie złożenia oferty w niniejszym postępowaniu istniały w obrocie prawnym czynności innych zamawiających publicznych (w tym GDDKiA Oddział w Olsztynie) polegające na nałożeniu kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy. Wobec czego MGGP jako profesjonalista, stale aktywnie uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – powinien wraz z ofertą zarówno złożyć w JEDZ stosowne oświadczenie o zaistnieniu sytuacji polegających na naliczeniu kar umownych, jak i – w celu uniknięcia sankcji wykluczenia – dołączyć dokumenty samooczyszczenia wskazane w art. 110 ust. 2 PZP.

Odwolujący II podkreślił, że dokument JEDZ ma charakter informacyjny - obowiązek informacyjny obciąża wykonawcę. Nie ma tutaj miejsca na przyzwolenie na dokonywanie przez danego Wykonawcę subiektywnej oceny tego, czy w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia, czy jednak nie zachodzą. Ocena tych okoliczności należy bowiem wyłącznie do zamawiającego. Pytanie wskazane w JEDZ jest proste, a jego formuła dotyczy obiektywnych zdarzeń i daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia – czy dany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia czy też nie daje. Dokonanie takiej weryfikacji przez Zamawiającego nie będzie możliwe, jeżeli wykonawca nie dokona odpowiednich notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ – czyli jeśli zataił przed

Zamawiającym istniejący stan faktyczny. A takie właśnie zatajenie miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Sama zatem okoliczność wskazania przez MGGP w JEDZ, że nie znajduje się w sytuacji, w której naliczono mu kary umowne – jest już zdaniem Odwołującego II wprowadzeniem w błąd i/lub przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd. Podkreślić też należy, że samo udzielenie pozytywnej odpowiedzi na przedmiotowe pytanie JEDZ nie oznacza wcale automatycznego wyeliminowania wykonawcy z postępowania. Takie wykluczenie miałoby miejsce tylko wtedy, gdy dany wykonawca nie dokonałby skutecznego samooczyszczenia, a zatem – nawet w sytuacji, w której dany wykonawca nie uznaje się za podlegającego wykluczeniu – nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o stanie faktycznym, który zaistniał.

Przyjęcie argumentacji odmiennej stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych – tj. zasady równego traktowania wykonawców. Skutkowałoby to możliwością przyjęcia stanu niezgodnego z zasadami uczciwego obrotu i w istocie stanu niemoralnego - stanowiącego swoistą nagrodę dla wykonawców nieuczciwych, zyskujących przewagę na rynku dzięki temu, że ukrywali przed zamawiającymi stan rzeczywisty, nie pozwalając podjąć prawidłowej decyzji w oparciu o wszystkie istotne informacje dotyczące stanu zdolności podmiotowej wykonawcy. Co więcej – nie ma znaczenia, czy dany wykonawca uznaje naliczenie kary umownej za zasadne czy też niezasadne. Przedmiotowy punkt JEDZ ma bowiem cel informacyjny dla Zamawiającego.

Pogląd taki reprezentuje też Krajowa Izba Odwoławcza – przykładowo w wyroku z dnia 27 listopada 2023 roku, KIO 3383/23 – gdzie Izba wskazała: Na wstępie należy zauważyć, że nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że skoro Odwołujący kwestionuje w całości, jakoby przy realizacji zamówienia publicznego na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z łączącej Odwołującego z tym zamawiającym umowy, z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, to nie był on zobowiązany do zaznaczania odpowiedzi twierdzącej w formularzu JEDZ w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Podkreślić należy, że pytanie zawarte w formularzu JEDZ, na które wykonawca musi udzielić rzetelnej odpowiedzi, dotyczy potwierdzenia lub zaprzeczenia zaistnienia w stosunku do tego wykonawcy obiektywnych faktów, zdarzeń mających miejsce w przeszłości w toku realizacji przez tego wykonawcę innych zamówień. Odpowiedź udzielona przez wykonawcę na to pytanie powinna być uczciwa i rzetelna. Opis zdarzeń dokonany przez wykonawcę w JEDZ powinien umożliwiać zamawiającemu dokonanie oceny, czy okoliczności, które wystąpiły w toku realizacji innych zamówień przez tego wykonawcę były na tyle istotne oraz wpływają na wiarygodność wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z danego postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Ocena taka z pewnością nie jest możliwa w przypadku, gdy wykonawca nie informuje zamawiającego w oświadczeniu JEDZ o zaistnieniu okoliczności, przytoczonych w treści pytania zawartego w JEDZ, a wręcz zaprzecza wystąpieniu rzeczonych okoliczności. Podkreślić też należy, że udzielenie przez wykonawcę pozytywnej odpowiedzi na omawiane pytanie zawarte w JEDZ nie powoduje automatycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania, ponieważ wykluczenie następuje

dopiero w wyniku oceny przez Zamawiającego całokształtu danej sytuacji faktycznej w kontekście przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Powyższe potwierdza także pogląd doktryny: "Co istotne, do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też nie ma jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] System prawa prywatnego, t. 1, Prawo

cywilne - część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2008, s. 397)." (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, red. A. Gawrońska - Baran, Warszawa 2023 r., art. 108 i art. 109).

W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że nawet jeśli MGGP sam nie uznaje się za spełniającego przesłanki wykluczenia, to spoczywa na nim bezwzględny obowiązek powiadomienia Zamawiającego w JEDZ, że w stosunku do tego wykonawcy wystąpiły okoliczności, o których mowa w treści pytania. Jest to obowiązek notyfikowania Zamawiającemu obiektywnych faktów, które miały miejsce w toku realizacji innego zamówienia przez wykonawcę, czyli wystąpienia określonych obiektywnych zdarzeń, które następnie podlegają ocenie zamawiającego. Pytanie nie dotyczy bowiem oceny takich zdarzeń przez MGGP w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, ale dotyczy notyfikacji obiektywnych faktów. Potwierdzenie tego stanowiska zostało jednoznacznie wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19, w którym Sąd wskazał m.in., że to wykonawca "musiał być transparentny w tym zakresie i "zaoferować" Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją". Transparentne i rzetelne udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pytanie JEDZ, jeśli dane okoliczności miały miejsce, otwiera zamawiającemu drogę do rzetelnego zbadania zdolności podmiotowych wykonawcy co do okoliczności, które mogą mieć znaczenie w kontekście podstawy wykluczenia, natomiast wykonawcy umożliwia uwiarygodnienie swojej postawy jako profesjonalnego wykonawcy, który pomimo zaistnienia pewnych trudności z realizacją zamówienia w przeszłości, działa w sposób odpowiedzialny i wiarygodny, aby tym samym przekonać zamawiającego, że gwarantuje pełne zdolności do prawidłowej realizacji zamówienia.

Tym samym zdaniem Odwołującego II od dnia 2 lutego 2023 roku wobec MGGP we wszystkich innych toczących się postępowaniach zaktualizowała się przesłanka wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP – MGGP miało obowiązek zaznaczać to w JEDZ, wskazując na okoliczności naliczenia kary umownej. Zgodnie z regulacją Prawa zamówień publicznych wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego podlega wykluczeniu, chyba że - zgodnie z art. 110 ust. 2 PZP - przedstawi tzw. samooczyszczenie i wykaże, że już po przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd podjął odpowiednie kroki, które będą zapobiegać nieprawidłowym zachowaniom w przyszłości. W stanie faktycznym niniejszego postępowania MGGP nie wykazało Zamawiającemu, że podjęło odpowiednie kroki po dniu 2 lutego 2023 roku. Tym samym – wobec zaniechania podjęcia czynności,

o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP – MGGP podlega w ocenie Odwołującego II wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący II podniósł, że skoro przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP ziściła się wobec MGGP, to MGGP podlega bezwzględnie wykluczeniu z postępowania – chyba że wykaże, że ma do niego zastosowanie przepis wyłączający wykluczenie, tj. art. 110 ust. 2 PZP. Aby to wykazać MGGP musi udowodnić Zamawiającemu, że podjął odpowiednie środki dla zapobiegania swojemu dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu. Podchodząc całkowicie formalnie do przedmiotowej kwestii – stwierdzić należy, że MGGP nie wykazał żadnych procedur ani środków.

Podkreślić należy, że nie jest możliwe samodzielne uzupełnienie samooczyszczenia przez MGGP na obecnym etapie postępowania – gdyż samooczyszczenie do swej skuteczności wymaga złożenia go przed powzięciem przez Zamawiającego informacji o przyczynach składania samooczyszczenia. Tak wskazano przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2023 r., KIO 3376/23, KIO 3388/23, KIO 3390/23: Na wstępie zaznaczyć należy, że wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Rozpatrując moment, kiedy wykonawca powinien wystąpić z procedurą samooczyszczenia, to co do zasady powinna zostać ona podjęta z inicjatywy samego wykonawcy, poprzez wskazanie w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. W procedurze powyżej progów uniżnych informacje o podjęciu działań naprawczych powinny więc znaleźć się już w oświadczeniu JEDZ (tak też: wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018r., sygn. akt KIO 531/18). W doktrynie podkreśla się, że wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu informacje o podjętych środkach naprawczych na jak najwcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w ofercie wykonawcy (M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022). Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym. W postanowieniu Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25 lipca 2016 r. (V Ga 135/16, niepubl.) sąd potwierdził, że podjęcie działań samooczyszczających musi mieć miejsce na etapie przed składaniem ofert. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1102/18, późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy:

- MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie, który ponadto w dniu 13 września 2024 r. przesłał pismo procesowe zawierające argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania wraz z dowodami
- BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, który ponadto w dniu 13 września 2024 r. przesłał pismo procesowe zawierające argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania wraz z dowodami.

W dniu 13 września 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 18 września 2024 r. Odwołujący2 złożył do akt pismo procesowe, w którym zawarł replikę w stosunku do pisma wykonawcy MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. wykonawca MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie (zwany dalej: „Odwołującym III”) wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia, obejmującej „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi S10 Szczecin – Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu – początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszyce”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, odcinek 4, węzeł „Recz” (bez węzła) – węzeł „Cybowo” (bez węzła)”, (dalej: „Postępowanie”).

Odwołanie zostało wniesione wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako: „BBF” lub „wykonawca BBF”), w sytuacji, w której to oferta Odwołującego III powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą;
- 2) zaniechania czynności wezwania BBF na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów spełniającego wymagania określone w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp oraz potwierdzającego, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie miał charakter realny oraz faktyczny;
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty BBF na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp pomimo tego, że treść oferty BBF jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt 2.2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ”);
- 4) zaniechania czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty BBF na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp pomimo tego, że oferta BBF zawiera rażąco niską cenę;
- 5) zaniechania czynności odrzucenia oferty BBF na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp pomimo tego, że przedstawione przez BBF wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny nie potwierdzają, że nie nosi ona znamion ceny rażąco niskiej oraz pomimo tego, że BBF w terminie określonym przez Zamawiającego nie udzielił odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień;
- 6) ewentualnie także: zaniechania czynności wezwania BBF na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny;
- 7) zaniechania czynności przeprowadzenia Postępowania w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący³ zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania BBF do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów spełniającego wymagania określone w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp oraz potwierdzającego, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie miał charakter realny oraz faktyczny;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF pomimo tego, że treść oferty BBF jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt 2.2.1 OPZ;
- 3) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF pomimo tego, że oferta BBF zawiera rażąco niską cenę;
- 4) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF pomimo tego, że przedstawione przez BBF wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny nie potwierdzają, że nie nosi ona znamion ceny rażąco niskiej oraz pomimo tego, że BBF w terminie określonym przez Zamawiającego nie udzielił odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień;
- 5) ewentualnie także: art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania BBF do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny;
- 6) art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia Postępowania w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący III wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty BBF jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) wezwanie BBF na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów spełniającego wymagania określone w art. 118 ust. 4 ustawy

Pzp oraz potwierdzającego, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie miał charakter realny oraz faktyczny;

3) odrzucenie oferty BBF na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;

4) ewentualnie także: wezwanie BBF na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny.

Odwolujący III wyjaśnił, że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający ich nie naruszył, oferta Odwołującego III zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Co za tym idzie, Odwołujący III mógłby uzyskać zamówienie objęte Postępowaniem. Odwołujący III posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Interes Odwołującego III w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący III oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględnienia Odwołania szanse Odwołującego III na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta Odwołującego III, która została odrzucona z Postępowania – zostanie przywrócona do Postępowania. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu III szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z niezyskanego zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący III wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W uzasadnieniu w pierwszej kolejności Odwołujący III wskazał, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o wyborze oferty BBF jako oferty najkorzystniejszej wskazując, że została ona podjęta z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego III deklarowany w zobowiązaniu

do udostępnienia zasobów zakres udziału IDOM w realizacji zamówienia, a także opisany sposób wykorzystania udostępnionych zasobów nie pozwala na uznanie, że IDOM będzie brał udział w realizacji zamówienia w sposób realny.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp: "Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych."

W ust. 4 cytowanego przepisu wskazuje się, że: "Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: (1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; (2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; (3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą."

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że skuteczne udostępnienie zasobów innemu wykonawcy wymaga wykazania, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie realny oraz faktyczny. Jako reprezentatywne wskazać można orzeczenia Izby wydane w sprawach:

a. KIO/KU 65/14: "Przekazanie potencjału przez inny podmiot, musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie zasobów, a jego zakres i forma winna jednoznacznie wynikać z pisemnego zobowiązania, lub innego dokumentu, po to, aby zamawiający mógł ocenić realność tego udostępnienia oraz ocenić, czy wskazana forma udostępnienia tego zasobu w realiach tego postępowania jest wystarczająca. Wykonawca, który nie udowodnił zamawiającemu realności dysponowania danym zasobem podmiotu trzeciego, lub wskazany zasób jest niewystarczający, to tym samym nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i winien być z postępowania wykluczony."

b. KIO 192/16: "Wymagane udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać. Wykazanie to następuje przy wykorzystaniu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. (...) Ocena realności udostępnionych zasobów każdorazowo dokonywana musi być z uwzględnieniem uwarunkowań danego zamówienia."

c. KIO 792/14: "Z dokumentów przedstawionych na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie

realizacji przedmiotu."

Z przywołanego powyższej stanowiska Izby wynika wniosek, że zamawiający jest zobowiązany zweryfikować i ocenić czy deklarowany przez podmiot trzeci zakres udziału w zamówieniu potwierdza, że udostępnienie zasobu będzie miało charakter realny, tj. czy podmiot trzeci będzie faktycznie realizował zamówienie w zakresie, w jakim nastąpiło udostępnienie zasobów.

Z zobowiązania IDOM wynika natomiast wprost, że podmiot ten nie będzie wykonywał zamówienia w zakresie udostępnionych przez siebie zasobów. Po pierwsze, z zobowiązania IDOM do udostępnienia zasobów wynika, że jego udział w głównej mierze będzie polegał na świadczeniu "wparcia merytorycznego", a nie faktycznym udziale w realizacji zamówienia. Zamawiający w OPZ określił szczegółowe wymagania dotyczące doświadczenia oraz wykształcenia członków Personelu Konsultanta. W świetle powyższego pojawia się wątpliwość na czym miałyby polegać wsparcie merytoryczne IDOM.

IDOM deklaruje również "udostępnienie wzorów pism, identyfikację obszarów problemowych i zagrożeń, przeszkolenie kluczowego". Odwołujący wskazuje, że dokumenty takie jak raporty, harmonogramy, korespondencja wewnętrzna etc. będą przygotowywane na podstawie wzorów dokumentów Zamawiającego. Z kolei identyfikacja obszarów problemowych i zagrożeń następuje zazwyczaj na spotkaniach czy naradach, w których IDOM nie deklaruje udziału. Pojawia się zatem pytanie, w jaki sposób ta "identyfikacja" będzie następować. Z zobowiązania nie wynika także jakiego rodzaju szkolenia personelu będą przeprowadzane (i kiedy) w kontekście wymogu Zamawiającego, aby Personel Konsultanta posiadał wiedzę w realizacji podobnych zamówień.

Deklarowany zakres udziału IDOM w realizacji zamówienia nie może zatem w niniejszej sprawie być kwalifikowany jako faktyczny udział w świadczeniu usługi nadzoru. IDOM w żaden sposób nie dokona bowiem transferu posiadanej wiedzy i doświadczenia, gdyż ten – jak wynika z orzecznictwa Izby – w przypadku usługi nadzoru może nastąpić wyłącznie przez delegowanie personelu do realizacji zamówienia. IDOM zobowiązuje się do delegowania do realizacji zamówienia wyłącznie jednej (1) osoby, która będzie pełniła funkcję Asystenta Inspektora Nadzoru w branży drogowej oraz mostowej. Łącznie Personel Konsultanta będzie natomiast składał się z ok. pięćdziesięciu (50) osób. Zatem liczba personelu, który IDOM zamierza oddelegować do realizacji zamówienia będzie wynosić ok. 2% całego Personelu Konsultanta. Powyższe wskazuje znaczącą dysproporcję pomiędzy zasobem użyczonym (100% wymaganej w pkt 8.4.2.1 SWZ wiedzy oraz doświadczenia), a zasobem wykorzystanym do realizacji zamówienia (ok. 2%).

W ocenie Odwołującego III zobowiązanie IDOM do realizacji zamówienia ma charakter blankietowy, a faktycznie firma nie będzie brała udziału w świadczeniu usługi nadzoru. IDOM co najwyżej będzie firmą doradcą BBF, a nie jego podwykonawcą.

Po drugie, realizacja zamówienia polegającego na świadczeniu usługi nadzoru polega w głównej mierze na zapewnieniu udziału w realizacji zamówienia odpowiedniego personelu. IDOM deklaruje przekazanie BBF wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji zamówienia obejmującego swoim zakresem wykonanie robót w branży drogowej oraz mostowej (warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.4.2.1 SWZ). Przekazywana wiedza i doświadczenie obejmuje także doświadczenie w "zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości". IDOM deklaruje oddelegowanie do realizacji zamówienia jednej (1) osoby, która nie będzie pełniła funkcji członka Personelu Kluczowego, a więc nie będzie realnie brała udziału w działaniach dotyczących zarządzania czy pełnieniu kontroli. IDOM nie będzie brał zatem udziału w procesie kierowania inwestycją. Udostępniony zasób nie zostanie zatem wykorzystany na potrzeby realizacji zamówienia.

Warto przy tym wskazać na całkowity brak konsekwencji w działaniach Zamawiającego, który w równoległe prowadzonym postępowaniu pn. "Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa obwodnicy Sanoka – etap II w ciągu DK nr 28 Zator – Medyka (dł. ok. 3,0 km) wraz z infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi", odrzucił ofertę Prokom Consulting Sp. z o.o. uznając, że wykonawca nie wykazał, że dysponuje w sposób realny zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia udostępnionym przez inną firmę. Do oferty Prokom Consulting Sp. z o.o. dołączył zobowiązanie podmiotu trzeciego, w którym zadeklarowano oddelegowanie do realizacji zamówienia pięciu (5) członków Personelu Konsultanta (zarówno Personelu Kluczowego, jak i Asystentów Inspektorów). Podmiot trzeci zadeklarował również udział w czynnościach takich jak narady, spotkania, jak również przygotowywanie sprawozdań. Pomimo tak szeroko deklarowanego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia Zamawiający uznał, że jest to niewystarczające do uznania, że zasób został realnie udostępniony. Tymczasem w przedmiotowej sprawie uznał, że jeden (1) członek Personelu Konsultanta jest wystarczający.

Z dołączonego do odwołania dowodu wynika, że Zamawiający, co do zasady, dostrzega problem związany z koniecznością badania realności udostępniania zasobów w postępowaniach na świadczenie usługi nadzoru. Zamawiający w innych postępowaniach uznaje, że jedynie oddelegowanie do realizacji zamówienia Kluczowego Personelu pozwala uznać, że faktycznie dojdzie do transferu wiedzy i doświadczenia na rzecz wykonawcy. W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający przyjął zgoła odmienną optykę, co świadczy o jego niekonsekwencji oraz arbitralnej ocenie ofert wykonawców.

Po trzecie, Odwołujący III zwraca uwagę, że BBF zarówno w Wykazie osób, jak i wyjaśnieniach w zakresie sposobu kalkulacji ceny z dnia 8 lutego 2024 r., oświadczył, że zamierza samodzielnie zaangażować do realizacji zamówienia Personel Konsultanta w branży drogowej oraz mostowej (zarówno Weryfikatorów dokumentacji, jak i Inspektorów Nadzoru). Skoro zaś BBF zamierza oddelegować do realizacji zamówienia w całości własny personel (co w wyjaśnieniach w zakresie sposobu kalkulacji ceny zostało wskazane jako czynnik umożliwiający jej zmniejszenie), to

pojawia się pytanie jaką rolę będzie faktycznie pełnił IDOM w trakcie realizacji zamówienia oraz czy w ogóle będzie brał udział w pełnieniu usługi nadzoru zgodnie z deklaracją złożoną w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów. W ocenie

Odwolującego powyższe dodatkowo świadczy o nierealności udostępnionego zasobu oraz o fasadowym charakterze deklaracji IDOM o udziale w realizacji zamówienia.

Po czwarte, zobowiązanie IDOM do udostępnienia zasobów jest wewnętrznie sprzeczne. W zobowiązaniu zadeklarowano udział IDOM w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez pełnienie nadzoru nad robotami w branży drogowej oraz mostowej. Jednocześnie nadzór w tym samym zakresie będzie świadczyło również BBF, które zadeklarowało oddelegowanie do realizacji zamówienia wszystkich członków Personelu Konsultanta (z wyjątkiem (1) członka). Zatem to BBF, a nie IDOM, będzie pełnił nadzór w tych branżach. Z opisu udziału IDOM w realizacji zamówienia wynika, że IDOM nie będzie brał udziału w nadzorze nad inwestycją w okresie projektowania, gdyż Weryfikatorzy dokumentacji projektowej w branży drogowej i mostowej stanowić będą personel własny BBF. Nie będzie on zatem brał udziału w realizacji zamówienia w całym okresie świadczenia usługi. Powyższa kwestia jest o tyle istotna, że z zobowiązania nie wynika na jaki okres zostały udostępnione przez IDOM zasoby. Powyższe powoduje, że sama treść zobowiązania nie spełnia wymagań określonych w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp (brak jest w nim informacji o okresie, na jaki zasoby zostały udostępnione).

W świetle powyższego Zamawiający był w ocenie Odwołującego III zobowiązany do wezwania BBF na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów, które spełniać będzie wymagania określone w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp i będzie potwierdzać, że udział IDOM w realizacji zamówienia będzie mieć charakter realny i faktyczny.

BBF nie potwierdził zatem, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Nie powinno budzić wątpliwości, że Odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

W dalszej kolejności Odwołujący III podniósł zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zakresie niezgodności oferty BBF z pkt 2.2.1 OPZ

Zamawiający w pkt 2.2.1 OPZ określił następujące wymaganie:

"W ciągu 14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu, Konsultant zapewni pomieszczenia biurowe na okres projektowania, na okres wykonywania Robót oraz na okres 15 miesięcy od wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, które będą w odległości nie większej niż 10 km od terenu budowy."

Zamawiający w dniu 1 lutego 2024 r. skierował na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do BBF wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty.

Zamawiający w wezwaniu wskazał, że prosi o złożenie wyjaśnień oraz przedłożenie dowodów (np. wstępnych umów najmu, dzierżawy budynku, lokalu, wykonania usługi, itp.) na potwierdzenie, że za zadeklarowaną w Formularzu Cenowym cenę jednostkową Wykonawca jest w stanie zapewnić Biuro Konsultanta zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Jednocześnie prosimy o wskazanie lokalizacji biura

Konsultanta wraz z wykazaniem, iż spełniony jest wymóg lokalizacji w odległości nie większej niż 10 km od terenu budowy."

BBF w udzielonych w dniu 8 lutego wyjaśnieniach przedstawił propozycje lokali biura Konsultanta oraz Zamawiającego: (i) Piła – ul. Sikorskiego 29; (ii) Szczecin – dzielnica Pogodno, Zachód; (iii) Szczecinek – centrum miasta; (iv) Wałcz - centrum; (v) Wałcz, ul. Kościuszkowców.

Zamawiający dokonał wyboru oferty BBF jako oferty najkorzystniejszej pomimo tego, że oferta BBF jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt 2.2.1 OPZ w brzmieniu zacytowanym powyżej, gdyż żadne z proponowanych lokalizacji Biura Konsultanta nie spełnia bowiem wymogu dotyczącego odległości od terenu budowy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: "Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanemu przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego. Zastosowanie ww. podstawy odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania niezgodności oferty z warunkami zamówienia i nie może budzić wątpliwości." (KIO 11/24)

W wyroku o sygn. KIO 3536/23 stwierdzono: "Przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Nie jest jednak tak, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy p.z.p., w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której zostaną spełnione łącznie przesłanki określone art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 8 p.z.p. Powyższe wymaga jednak szczegółowej analizy ad casum."

Zdaniem Izby: "Za treść oferty uważa się także zadeklarowane spełnienie wymagań zamawiającego co do zakresu,

ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, oraz treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia." (KIO 125/24)

W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z ewidentną niezgodnością treści oferty BBF z warunkami zamówienia. Roboty budowlane będą realizowane na odcinku węzeł „Recz” – węzeł „Cybowo”. Teren budowy został zdefiniowany w § 1 wzoru umowy, za który uznaje się teren budowy określony w Kontrakcie na roboty budowlane. Zamawiający w wezwaniu z dnia 1 lutego 2024 r. wyraźnie wskazał, że oczekuje wskazania proponowanych przez BBF lokalizacji biura w celu wykazania, że spełniają one określone w pkt 2.2.1 OPZ wymagania. BBF udzielając odpowiedzi na wezwanie zaproponował pięć (5) lokalizacji, z czego żadna nie spełnia kryterium odległości od terenu budowy. Odległości te wynoszą bowiem odpowiednio: ok. 41 km, ok. 62 km, ok. 68 km oraz ok. 72 km.

W świetle powyższego należy uznać, że BBF oferuje wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Różnica pomiędzy wymaganą przez Zamawiającego odległością dla Biura Konsultanta, a proponowanymi przez BBF lokalizacjami jest tak znacząca, że trudno uznać, że może ona zostać uznana jako mieszcząca się w granicach dopuszczalnego błędu obliczeniowego czy też zakrzywienia płaszczyzny ziemi. Odwołujący III wskazuje, że w okolicach terenu robót znajdują się głównie niewielkie wsie oraz pola, a dostęp do infrastruktury, która mogłaby posłużyć jako biuro jest istotnie ograniczona. Dlatego też Zamawiający skierował do BBF wezwanie do złożenia wyjaśnień celem uprawnienia się, że BBF dysponuje lub będzie dysponować lokalem spełniającym wymogi OPZ. Zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował, że proponowane lokalizacje są zgodne z założeniami projektowymi, czym doprowadził do naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp tj. zaoferowania przez BBF rażąco niskiej ceny, Odwołujący III w pierwszej kolejności zaznaczył, że Zamawiający w pkt 8.2.4.1 SWZ wskazał, że wymaga od wykonawców zainteresowanych udziałem w Postępowaniu legitymowania się doświadczeniem "w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: (a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto, (b) budowy lub przebudowy 3 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I, (c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu."

BBF w Formularzu Ofertowym wskazał, że na etapie realizacji zamówienia będzie korzystało z podwykonawców. Do oferty zostało dołączone zobowiązanie podmiotu trzeciego IDOM do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ.

Zamawiający w dniu 1 lutego 2024 r. wezwał BBF w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty. W wezwaniu zostało wskazane, że: "Zamawiający zwraca się o przedstawienie szczegółowej i wyczerpującej informacji na temat sposobu skalkulowania ceny całej oferty w zakresie następujących Działów w Formularzu Cenowym: (...) Dział 2 Formularza Cenowego – „Usługi nadzoru i zarządzanie"

Mając na uwadze konieczność zaangażowania poszczególnych osób przy realizacji niniejszego zamówienia oraz zakres ich obowiązków, Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, czy koszty „dniówek” w szczególności dla każdej wymienionej niżej pozycji są prawidłowo skalkulowane oraz zgodnie z postanowieniami SWZ.

Biorąc pod uwagę wymagany sposób świadczenia usługi Zamawiający ma uzasadnione wątpliwości odnośnie prawidłowości kalkulacji ww. pozycji, kwestionuje czy zaproponowana cena jest realna i odzwierciedla realną strukturę kosztów związanych ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Każda pozycja w dziale "Usługi nadzoru i zarządzania" obejmuje

całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia poszczególnych rodzajów ekspertów niezbędnych do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ. (...)

Zamawiający prosi o przedstawienie szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień, dotyczących sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę ofertową ogółem, jak również innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia kosztu a także zakładany poziom zysku. (...)

Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia.

Przy ocenie wyjaśnień Zamawiający będzie brał pod uwagę w szczególności czynniki wskazane w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczące: (...) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przedstawione przez Państwa wyjaśnienia nie mogą budzić jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego."

BBF w dniu 8 lutego 2024 r. przedstawił odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, w której nie odniósł się do kwestii związanej z zadeklarowanym udziałem podwykonawców w realizacji zamówienia. Mając oświadczenie zawarte w

Formularzu Ofertowym, BBF był obowiązany odnieść się do obliczenia stawek Asystentów Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej oraz Geodety z uwzględnieniem ofert podwykonawców, czego nie uczynił. Pomimo wyraźnego wyartykułowania przez Zamawiającego treści wezwania do złożenia wyjaśnień, BBF nie przedstawiło wyjaśnień w jaki sposób będą kształtować się koszty podwykonawstwa.

W związku z powyższym wobec BBF zachodzi przesłanka odrzucenia z Postępowania, o której mowa w art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. BBF nie udzielił bowiem odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów ponoszonych w związku z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Dodatkowo w niniejszej sprawie zachodzi również przesłanka odrzucenia oferty BBF na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Ze złożonych w toku Postępowania wyjaśnień wynika bowiem, że BBF w cenie oferty nie uwzględnił kosztów podwykonawstwa. Nawet jeśli koszt ten został "zaszyty" w stawce danego członka personelu to powinien zostać wskazany przez BBF.

Warto zauważyć, że Zamawiający zobowiązał BBF do wykazania, że oferowane stawki nie są niższe, niż wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Skoro Asystenci Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej będą zatrudniani przez IDOM to BBF był zobowiązany przedstawić oświadczenie podmiotu trzeciego, że wysokość wynagrodzenia jego pracowników będzie zgodna z tymi przepisami. Podobny obowiązek istniał wobec podwykonawcy, który będzie świadczył usługę w zakresie geodezji.

Odwołujący III wskazał, że poza powyższymi okolicznościami w stosunku do oferty BBF zachodzi podstawa odrzucenia na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Złożone przez BBF wyjaśnienia nie obalają bowiem domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Wyjaśnienia są przy tym wewnętrznie sprzeczne oraz niezgodne z informacjami zawartymi w Formularzu Cenowym.

Na wstępie należy zaznaczyć, że zgodnie z utrwaloną wykładnią art. 224 ust. 6 ustawy Pzp (oraz jego poprzednika na gruncie PZP z 2004 r. – czyli art. 90 ust. 3 PZP z 2004 r.) brak wyjaśnienia przez wykonawcę wszystkich zagadnień objętych wezwaniem do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wystosowanym przez zamawiającego de iure jest równoznaczny z brakiem wyjaśnień i jako taki jest podstawą do odrzucenia oferty. Jak zasadnie wskazała KIO w wyroku z dnia 13 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1679/21) "Dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o udzielone wyjaśnienia ocena czy zaoferowana cena jest rażąco niska, w sposób nierozłączny związana powinna być z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, to treść wezwania co do zasady determinuje bowiem treść udzielonych wyjaśnień. Zamawiający poddając analizie wiarygodność, rzetelność i kompletność wyjaśnień powinien sprawdzić czy referują one do zagadnień, których wyjaśnienia Zamawiający żądał od wykonawcy w treści wezwania oraz czy odpowiadają swojej szczegółowością wymaganiom w tym wezwaniu wskazanym."

Ponadto, zgodnie z orzecznictwem KIO: "Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. To wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą." (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 178/24).

Jednocześnie, jak słusznie podniosła to KIO w wyroku z dnia 20 października 2023 r. (sygn. akt KIO 2956/23): "Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić, w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie określonych okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Analogicznie w wyroku z dnia 13 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1679/21) KIO

stwierdziła, iż Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona."

Analiza złożonych przez BBF wyjaśnień ceny rażąco niskiej wskazuje, że są to wyjaśnienia niewyczerpujące, niekonkretne i w istocie pozbawione argumentacji dotyczącej rzeczywistego wpływu powoływanych przez BBF okoliczności na możliwość uzyskania przez tego wykonawcę korzystnej ceny.

Po pierwsze, BBF w wyjaśnieniach z dnia 8 lutego 2024 r. przedstawia szeroki wywód na temat tego, że posiadane przez niego doświadczenie pozwoliło mu obniżenie ceny oferty. Powyższa informacja stoi w sprzeczności z

podmiotowymi środkami dowodowymi BBF, z których wynika, że BBF w przedmiotowym Postępowaniu w całości polega na wiedzy i doświadczeniu innego wykonawcy, firmy IDOM. Wskazywane przez BBF argumenty mające stanowić okoliczności przemawiające za obniżeniem ceny ofertowej są zatem niezgodne ze stanem faktycznym.

Po drugie, w wyjaśnieniach z dnia 8 lutego 2024 r. pojawia się szereg wewnętrznych niespójności. Na stronie 6 wyjaśnień BBF wskazuje, że koszty wynagrodzenia personelu będą wynosić 8.560.070 zł netto. Natomiast już na stronie 10 pojawia się kwota "kosztów personelu" w wysokości 9.724.491 zł netto. Podobna rozbieżność pojawia się w kwestii zakładanej rezerwy. Dodatkowo BBF przedstawił dowody dotyczące wyceny kosztów zatrudnienia jedynie dla (9) dziewięciu (9) z prawie pięćdziesięciu (50) wymaganych członków Personelu Konsultanta. BBF nie przedstawił zatem dowodów na wyliczenie kosztów wynagrodzenia swojego personelu pomimo tego, że zadeklarował, iż zamierza oddelegować do realizacji zamówienia w głównej mierze personel własny. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby przedstawił dowody w postaci oświadczeń własnych pracowników, listy płac, danych księgowych czy innych dokumentów potwierdzających, na jakim poziomie kształtują się płace w firmie BBF. Pomimo wezwania Zamawiającego do szczegółowego wyjaśnienia w tym zakresie oraz o przedstawienia dowodów BBF ograniczył się do ogólnych i lakonicznych oświadczeń.

Co więcej, do wyjaśnień z dnia 8 lutego 2024 r. zostało dołączone oświadczenie o wysokości przyjętego wynagrodzenia osoby, która ma pełnić funkcję Inspektora Nadzoru, która – jak wynika już z wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2024 r. – ma nie brać udziału w realizacji zamówienia. BBF wskazało, że oświadczenie innej osoby zostało złożone wraz z pierwotnymi wyjaśnieniami, ponieważ w dacie przygotowywania tych wyjaśnień członek zespołu personelu BBF wskazany w Wykazie osób przebywał na urlopie. BBF był zobowiązany jeszcze przed złożeniem oferty pozyskać od poszczególnych członków personelu oświadczenia o zainteresowaniu podjęciem współpracy za określoną stawkę. Bez informacji w tym zakresie nie miał bowiem możliwości oszacowania kosztów wykonania usługi. Okoliczność, iż wykonawca na etapie składania wyjaśnień nie mógł pozyskać stosownego oświadczenia od członka personelu świadczy o tym, że dowody dołączone do wyjaśnień były kreowane oraz tworzone na potrzeby sytuacji BBF w Postępowaniu, a na etapie określania ceny oferty de facto nie istniały.

Po trzecie, w zakresie proponowanych lokalizacji Biura BBF nie dołączył do wyjaśnień dowodów ofert najmu lokalu, tylko ograniczył się do zamieszczenia hiperlinków (odnośników do stron www) do ogłoszeń portali ogłoszeniowych. Ustawa Pzp wymaga przedstawienia dowodów dotyczących sposobu kalkulacji ceny. Zamieszczenie w wyjaśnieniach odniesienia do stron internetowych nie może zostać uznane jako uczynienie zadość obowiązkowi, o którym mowa w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Przyjęcie innej optyki przeczyłoby obowiązującej na gruncie zamówień publicznych zasadzie pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opierania badania i oceny ofert na dokumentach przedstawionych przez wykonawcę. BBF oświadczył również, że dysponuje wymaganym sprzętem biurowym, jednakże nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Okoliczność ta, pomimo tego, że pozwoliła na obniżenie kosztów wykonania zamówienia nie została w żaden sposób udowodniona.

Po czwarte, BBF w wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2024 r. dokonał modyfikacji wcześniejszych wyjaśnień w zakresie kalkulacji kosztów transportu (zmiana liczby spalnego paliwa przez środki transportu). Co więcej, w ramach przedstawionej kalkulacji nie uwzględniono m. in. kosztów związanych z opłatą abonamentową związaną z korzystaniem ze strefy płatnego parkowania. Powyższe świadczy o tym, że kalkulacja kosztów w tym zakresie była "szyta na miarę" w zależności od zakresu wątpliwości Zamawiającego.

Do wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2024 r. BBF dołączył dowody w postaci faktur wykupu pojazdu. Na fakturze z dnia 8 marca 2022 r. widnieje informacja, że samochód został wyprodukowany w grudniu 2019 r. Samochód ten nie może zostać wykorzystany na potrzeby realizacji zamówienia, gdyż nie spełnia wymogu dotyczącego wieku pojazdu (vide pkt 2.4 OPZ: "Konsultant może użyć samochód nowy bądź używany, jednak nie starszy niż czteroletni (4 lata liczone od pierwszej rejestracji) i z przebiegiem nie większym niż 80 tys. km. Wiek i przebieg samochodu będą liczone/ustalane na dzień podpisania Umowy."). Z przedstawionych dowodów nie wynika czy faktycznie pojazd, który BBF zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia spełnia wymagania określone w OPZ i może być wykorzystany na potrzeby świadczenia usługi. W konsekwencji przynajmniej jedno auto na potrzeby wykonania usługi będzie musiało zostać przez BBF zakupione lub wynajęte, co nie zostało przewidziane w kalkulacji ceny oferty.

Po piąte, BBF w wyjaśnieniach z dnia 8 lutego 2024 r. nie ustosunkował się do wezwania Zamawiającego w zakresie kalkulacji kosztów utrzymania Biura w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejścia do Wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności. BBF dopiero w odpowiedzi na kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2024 r. przedstawił wyliczenia w tym zakresie.

Po szóste, zgodnie z pkt 2.4 OPZ wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia odpowiedniej liczby środków transportu: "Konsultant niniejszego zamówienia wyposaży swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności (telefony komórkowe), zapewniającą sprawne pełnienie Usługi." Z zacytowanego fragmentu wynika, że Zamawiający użył liczby mnogiej formułując wymagania odnoszące się do pojazdów wykonawcy. Oznacza to, że Zamawiający wymaga, aby wykonawca zapewnił minimum dwa (2) środki transportu. W wyjaśnieniach z dnia 8 lutego 2024 r. BBF wskazał, że posiada jeden (1) pojazd, który zamierza przeznaczyć na ten cel. W kalkulacji BBF doszło zatem do niedoszacowania poprzez nieuwzględnienie wydatków związanych z zapewnieniem minimalnej liczby pojazdów. Powyższe stanowi

również przesłankę do uznania, że oferta BBF jest niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa powyżej.

Zatem, należy uznać, że zarzut odwołania zasługuje na uwzględnienie, a oferta BBF powinna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp z uwagi na fakt, że BBF nie przedstawił wyjaśnień, które obalałyby domniemanie, że nie nosi ona znamion rażąco niskiej.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazuje, że wyżej wskazane wątpliwości powinny stanowić przedmiot dodatkowych wyjaśnień skierowanych do BBF w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie powinno budzić zatem wątpliwości, że Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, który ponadto w dniu 13 września 2024 r. przesłał pismo procesowe zawierające argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania wraz z dowodami.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W dniu 13 września 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień:

- w postępowaniu o sygn. akt KIO 3067/24

1. wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST spółka akcyjna z siedzibą w Szczecinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

- w postępowaniu o sygn. akt KIO 3153/24

1. wykonawcy MGGP spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego
2. wykonawcy BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

- w postępowaniu o sygn. akt KIO 3160/24

1. wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
2. wykonawcy BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowań odwoławczych do których zgłosili przystąpienia.

Wobec braku spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz Promost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3067/24 po stronie zamawiającego. Tym samym Izba postanowiła uwzględnić opozycje zgłoszoną przez Odwołującego I w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z brzmieniem art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z kolei zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp Z kolei zgodnie z art. 526 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Sąd orzekający rozpoznając opozycję, po zapoznaniu się ze stanowiskiem wykonawcy zgłaszającego przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz Promost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, stwierdził że podmiot ten nie posiada interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie tj. na korzyść Zamawiającego. Takie rozstrzygnięcie oznaczałoby bowiem utrzymanie w mocy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w zakresie części 3 zamówienia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST spółka akcyjna z siedzibą w Szczecinie. Sam fakt złożenia oferty w postępowaniu oraz podnoszona przez zgłaszającego okoliczność, iż wybrany wykonawca może hipotetycznie nie przystąpić do podpisania umowy nie jest wystarczający do wykazania, iż oferent posiada interes w utrzymaniu rozstrzygnięcia o wyborze w dotychczasowej postaci, nawet przyjmując szeroki zakres rozumienia takiego interesu. Dodatkowo podkreślić należy, iż wybrany wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego co stanowi dodatkową okoliczność podważającą okoliczności przywoływane przez zgłaszającego przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz Promost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze na potwierdzenie posiadania interesu w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę należało uznać za uprawdopodobnione okoliczności przywołane przez Odwołującego I w

sprawie KIO 3067/24 w zgłoszonej opozycji w zakresie braku interesu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz Promost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze i w konsekwencji stwierdzić brak skuteczności przystąpienia ww. wykonawcy do

postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3067/24

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołania na rozprawę w zakresie, który nie podlegał umorzeniu w związku z cofnięciem zarzutów przez obu odwołujących.

Izba uznała, że odwołujący we wszystkich z rozpoznawanych spraw posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący II w sprawie o sygn. akt KIO 3153/24 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 2 września 2024 r. tj. przed otwarciem rozprawy oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania pkt. 1B, co należało rozumieć jako cofnięcie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 122 ustawy Pzp w związku z 118 ust. 2 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 119 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wykonawca BBF spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.2.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia i zaniechanie wezwania wykonawcy BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu do uzupełnienia dokumentów w zakresie tego warunku, w zakresie podniesionym w pkt. 1B uzasadnienia odwołania tj. dotyczącym niespełniania warunków SWZ przez projekt referencyjny wykonany przez wykonawcę BBF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś stosownie do art. 568 pkt 1) Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Skoro dyspozycja zawarta w art. 520 ust. 1 Pzp uprawnia odwołującego do cofnięcia odwołania w całości, wnioskowanie na zasadzie a maiori ad minus uzasadnia przyjęcie, że odwołujący może cofnąć odwołanie jedynie w części tj. w zakresie niektórych zarzutów.

Potwierdza to art. 522 ust. 3 Pzp, w którym jest mowa o wycofaniu pozostałych zarzutów (nieuwzględnionych przez zamawiającego) – co również stanowi wycofanie odwołania w części. Z treści art. 568 pkt 1 Pzp wynika, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania.

W związku z powyższym Izba była zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie, w jakim Odwołujący II wycofał odwołanie.

Tym samym Izba w punkcie 1 sentencji orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 3153/24, na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp, umorzyła postępowanie w sprawie oznaczonych sygn. akt KIO 3153/24 w zakresie powyżej opisanych zarzutów.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału

w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

- art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 224 ust. 5 Pzp – Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
- art. 224 ust. 6 Pzp – 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. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;
- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
 - 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
 - 2) przejrzysty;
 - 3) proporcjonalny.

KIO 3067/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności 48

oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania Zamawiającego. Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ).

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia, które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 69/20).

Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zauważyć przy tym należy, że zamawiający dokonujący czynności odrzucenia oferty z którejkolwiek podstawy prawnej przewidzianej w ustawie Pzp musi wykazać zasadność tej czynności, czyli przedstawić okoliczności faktyczne w sposób adekwatny wypełniające normę przepisu stanowiącego podstawę odrzucenia. Zamawiający nie może się przy tym opierać np. na przypuszczeniach i związanych z nimi obawach, ale powołując się na konkretne okoliczności musi dowieść ziszczenia się danej przesłanki. Dotyczy to także przesłanek odrzucenia oferty odnoszących się do rażąco niskiej ceny. Wskazując w uzasadnieniu odrzucenia oferty wyłącznie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający podjął się zatem obowiązku wykazania, że cena oferty Odwołującego I jest oderwana od realiów rynkowych i nie da się za nią wykonać zamówienia w sposób prawidłowy.

Odnosząc się w świetle powyższego do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego I na poparcie stawianych zarzutów, wskazać należy że w pierwszej kolejności argumentacja ta odnosiła się do dokonanej przez Zamawiającego oceny kalkulacji ceny jednostkowej Środki transportu Konsultanta i uznania ceny zaoferowanej w tej pozycji (500 zł miesięcznie) przez Odwołującego za rażąco niską. Podstawą teźże oceny były zapisy pkt 2.4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”), zgodnie z którym Konsultant wyposaża swój Personel w odpowiednią ilość środków transportu (samochody) i łączności (telefony komórkowe), zapewniającą sprawne pełnienie Usługi. Liczba samochodów będzie dostosowana do potrzeb Personelu Konsultanta oraz charakterystyki Robót do wykonania. W celu identyfikacji pojazdów samochody Konsultanta będą odpowiednio oznakowane i wyposażone w lampy ostrzegawcze.

W odniesieniu do powyższego w ocenie Izby zasadnie Odwołujący I podnosił, iż Zamawiający nie określił w ww. zapisach OPZ szczegółowych wymagań i wytycznych, które miały zostać spełnione w ramach przedmiotowego zakresu usługi. W szczególności Zamawiający – odmiennie niż w przypadku środków transportu Zamawiającego – nie określił średniego miesięcznego limitu kilometrów. Uznać zatem należy, iż Zamawiający pozostawił kwestię oszacowania kosztów w tym zakresie wykonawcom składającym oferty, a w konsekwencji zgodzić się należy z Odwołującym I,

że ustalanie na etapie badania i oceny ocen wymogów w tym zakresie i wskazywanie na błędne założenia Odwołującego I jest nieuprawnione w sytuacji, w której z zapisów dokumentacji postępowania nie wynika w sposób jednoznaczny skala kosztów w tym zakresie. Należy bowiem zauważyć, iż Zamawiający podnosząc kwestie przyjęcia błędnych założeń wskazuje w sposób ogólny na postanowienia OPZ w zakresie m.in. lokalizacji biura Konsultanta, wielkości terenu budowy oraz liczby zaangażowanego do realizacji zamówienia personelu Konsultanta oraz obowiązki wykonawcy zapisów umowy, bez konkretyzacji w jaki sposób obowiązki te przekładają się na zakres usługi w tym zakresie i w konsekwencji jej koszt. Za konkretyzację taką nie sposób uznać stwierdzenia zawartego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu Odwołującego I, iż powyższe obowiązki sprawowane będą w różnych okolicznościach, w różnym czasie, przez różnych Specjalistów, co wprost prowadzi do wniosku, że w czasie jednego dnia roboczego występować będzie potrzeba wielu wizyt, wielu osób na budowie, które poruszać się będą środkami transportu zapewnionymi przez Wykonawcę Konsorcjum PROKOM. Z powyższego w żaden sposób nie można jednoznacznie wywieść, że przyjęte przez Odwołującego I założenie ok. 200 km miesięcznie jest błędne.

Zgodzić się także należy z Odwołującym I, iż nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego że Odwołujący nie wyjaśnił w jaki konkretny sposób Wykonawca wyliczył ww. koszt. Jak wynika z treści odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny z dnia 19 lutego 2024 r. Odwołujący I przedstawił informacje na temat elementów składowych pozycji dotyczącej środków transportu Konsultanta (najem samochodu, utrzymanie, paliwo etc.), jak również przedstawił stosowne dowody (fakt najmu pojazdów oraz ponoszonych w tym zakresie kosztów). Z kolei w kolejnym wezwaniu Zamawiającego do uszczegółowienia złożonych uprzednio wyjaśnień z dnia 15 kwietnia 2024 r., Zamawiający w powyższym zakresie pytał jedynie czy Odwołujący I w kalkulacji oferty uwzględnił ryzyko związane z koniecznością pokonania przez środki transportu Konsultanta dystansu większego niż zakładane 200 km/miesiąc. Na tak sformułowane pytanie Odwołujący I udzielił odpowiedzi w piśmie z dnia 24 kwietnia 2024 r. w przypadku przekroczenia zakładanego zakresu pokonywanych odległości Wykonawca pokryje dodatkowe koszty z rezerwy lub zakładanego zysku. Odwołujący I wyjaśnił zatem przedmiotową kwestię w zakresie i stopniu szczegółowości jaki wynikał z treści skierowanych do niego pism o wyjaśnienia.

Podobnie należy potraktować podnoszoną przez Zamawiającego kwestię braku w treści wyjaśnień analizy lub kalkulacji ukazującej, że w świetle planowanego wynagrodzenia osób skierowanych do realizacji zamówienia odjęcie od wynagrodzenia kosztów transportu, które dana osoba ma ponosić pozwoli tej osobie wykonać zamówienie za oczekiwany przez nią wynagrodzeniem. Również w tym zakresie Zamawiający nie wskazał w treści wezwań na konieczność przedstawienia takiej analizy i kalkulacji, z kolei Odwołujący I przedłożył w charakterze dowodu oświadczenia osób planowanych do zatrudnienia z których treści wynikało potwierdzenie podnoszonych przez Odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności. Ponadto za zasadne należy uznać twierdzenia Odwołującego wskazujące, że z uwagi na charakter ról poszczególnych członków

zespołu oraz charakter usługi jednoznaczne ustalenie wartości kosztów transportu tych osób jest w istotny sposób utrudnione. Z kolei Zamawiający również nie wskazał zapisów dokumentacji, które wskazywałyby na konkretny, minimalny zakres który był wymagany do kalkulacji. Za taki nie można uznać z pewnością sformułowania, iż obowiązki sprawowane będą w różnych okolicznościach, w różnym czasie, przez różnych Specjalistów, co wprost prowadzi do wniosku, że w czasie jednego dnia roboczego występować będzie potrzeba wielu wizyt, wielu osób na budowie.

Za zasadną należało również uznać argumentację Odwołującego I odnoszącą się do stanowiska Zamawiającego, wskazującego na brak odpowiedzi na wezwanie o uszczegółowienie wyjaśnień w zakresie kosztów szkolenia BHP oraz medycyny pracy. W piśmie z dnia 15 kwietnia 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego I o uszczegółowienie sposobu wyceny Państwa pozycji 1.5 Personel biurowy oraz pozycji 1.6 Personel pomocniczy, czy i w jaki sposób wycena ww. pozycji uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę i minimalnym wynagrodzeniem, tj. koszty szkolenia BHP oraz medycyny pracy, itp. koszty, które pracodawca jest zobowiązany ponosić. W odpowiedzi na niniejsze wezwanie Odwołujący I w piśmie z dnia 24 kwietnia 2024 r. Odwołujący I w pierwszej kolejności przywołał treść wcześniejszych wyjaśnień z dnia 19 lutego 2024 r. tj.

- Strona 5 Wyjaśnień: "W kosztach prowadzenia biur ujęto również koszty ogólne działalności spółki, tj. (...) szkolenie i sprzęt bhp, (...) pozostałe niewymienione."
- Strona 11 Wyjaśnień: "Wyposażenie stanowiska i BHP zgodnie z wyjaśnieniami zostały uwzględnione w pozycji 1.1. formularza cenowego związanego z organizacją Biura Konsultanta."

Wyjaśnienia w brzmieniu cytowanym powyżej pozostają aktualne. Wykonawca oświadcza, że koszty związane z zapewnieniem odpowiedniego stanowiska pracy, a także formalnościami związanymi z dopuszczeniem pracownika do pracy zostały wliczone do kosztów organizacji Biura Konsultanta.

Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że koszt szkolenia BHP pracownika czy badań lekarskich to koszt jednorazowy rzędu ok. 100 złotych.

Odwołujący I udzielił zatem Zamawiającemu odpowiedzi w której wskazał że wskazywane przez Zamawiającego koszty zostały uwzględnione w wycenie, wskazano w której pozycji zostały one uwzględnione oraz jaka była wysokość kosztów o które pytał Zamawiający. Zgodzić się tym samym należy z Odwołującym I, iż twierdzenia Zamawiającego jakoby Odwołujący I nie odpowiedział na przedmiotowe wezwanie w przedmiotowym zakresie, w tym nie poparł składanych oświadczeń (wbrew wezwaniu) żadnymi dowodami należy uznać za bezpodstawne. Odpowiedź w zakresie uszczegółowienia rzeczowej kwestii została udzielona, w odniesieniu zaś do kwestii poparcia jej dowodami to podkreślenia wymaga, iż treść wezwania z dnia 24 kwietnia nie zawierała w swojej treści wezwania do przedłożenia dowodów w tym zakresie. Ponadto w odniesieniu do argumentacji wskazanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na

odwołanie, zgodnie z którą przeniesienie więc jakiegokolwiek elementu składowego kosztu „Personel biurowy” lub „Personel pomocniczy” do innych pozycji Formularza Cenowego lub nieujęcie w tych pozycjach wszystkich kosztów związanych z zapewnieniem ww. personelu, stanowi jednoznaczną sprzeczność z dokumentami zamówienia i niezależnie od wielkości tych kosztów, należy wskazać iż argumentacja ta nie była podstawą dla odrzucenia oferty Odwołującego I, stąd nie może być brana pod uwagę przy rozstrzyganiu przedmiotowego odwołania.

W odniesieniu do kwestii związanej z dofinansowaniem PFRON Izba podziela argumentację Odwołującego I, iż twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący I nie przedstawił żadnych dowodów są niezgodne z przedstawionymi Zamawiającemu dokumentami. Jak wynika z akt sprawy do wyjaśnień ceny dołączone zostały oświadczenia osób których zatrudnienie dawałoby Odwołującemu możliwość uzyskania dofinansowania do wynagrodzenia na podstawie ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44 ze zm.), a którego wysokość (tj. kwota 500 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności) w sposób jednoznaczny wynika z art. 26a ust. 1 pkt 3 tejże ustawy. Nie sposób zatem uznać jak wskazywał Zamawiający w informacji o odrzuceniu, że twierdzenia Odwołującego I w tym zakresie pozostawały gołosłowne i ogólnikowe, zaś Odwołujący I nie złożył żadnych dowodów, które w jakimkolwiek stopniu uprawdomocniałyby okoliczności umożliwiające mu obniżenie ceny oferty związanej z uzyskaniem stosownego dofinansowania z PFRON z uwagi na zatrudnianie pracowników ze stopniem niepełnosprawności. Tymczasem to brak wywiązania się z ciężaru dowodowego było podstawą dla odrzucenia oferty Odwołującego I, nie zaś nieprawidłowość kalkulacji w tym zakresie w odniesieniu do której Zamawiający nie wskazał okoliczności wskazujących na jej nierealność czy też rażąco niski charakter.

W odniesieniu do kwestii związanej z kosztami zastępstw i urlopów wskazać należy, że zapisy projektu umowy, które zostały przywołane w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego I odnoszące się do konieczności zapewnienia natychmiastowego zastępstwa, w tym zastępstwa na czas urlopu określone w § 11 ust. 16 projektu umowy referują do osób wchodzących w skład Personelu Konsultanta, który w § 1 projektu umowy został zdefiniowany odrębnie od Personelu biurowego i pomocniczego dla którego takich wymogów i sposobu ich spełnienia w dokumentacji postępowania nie przewidziano. Również z innych wymagań dokumentacji postępowania obowiązek taki nie wynika. Wobec powyższego Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 sierpnia 2022 r. sygn. akt KIO 1969/22, iż w takiej sytuacji brak jest obowiązku uwzględniania w kalkulowanej kwocie dla pozycji Personelu biurowego i Personelu pomocniczego kosztów pokrywających koszty zastępstwa na czas nieobecności pracowników Personelu pomocniczego i biurowego zatrudnionego na umowę o pracę.

Ponadto w odniesieniu do wszystkich ww. elementów ceny należy wskazać, że rażąco niska wycena pojedynczych elementów przedmiotu zamówienia może uzasadniać odrzucenie oferty jedynie w sytuacji, gdy dotyczy elementów istotnych, wpływających na możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia jako całości. Przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp należy bowiem interpretować z uwzględnieniem treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w świetle którego wątpliwości co do realności części składowych ceny uzasadniają wezwanie do wyjaśnień w sytuacji, gdy części te mają charakter istotny. Skoro ustawodawca zdecydował się objąć obowiązkiem wyjaśnień tylko takie części składowe ceny, które są istotne, to nie ma wątpliwości, że elementy o charakterze nieistotnym nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego I nie przedstawił żadnego uzasadnienia na okoliczność istotności kwestionowanych elementów składowych ceny ofertowej. Tymczasem zarówno wartość podnoszonych elementów jak również ich merytoryczne znaczenie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, w którym zasadniczym elementem jest koszt personelu wykonującego usługi merytoryczne nie przesądza o ich istotności.

Odnosząc się w dalszej kolejności do podniesionej w odwołaniu kwestii dotyczącej stawek za usługi nadzoru i zarządzania Izba ustaliła, że zaoferowana przez Odwołującego I cena za 1 dzień pracy Inżyniera Kontraktu oraz Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej wynosiła 300 zł (za 1 miesiąc 6300 zł) dla każdej z tych osób. W wezwaniu z dnia 15 kwietnia 2024 r. Zamawiający wskazał, iż ma uzasadnione wątpliwości odnośnie prawidłowości kalkulacji ww. pozycji. Zamawiający kwestionuje, czy zaproponowana cena jest realna i odzwierciedla realną strukturę kosztów związanych ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. (...) W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do złożenia kalkulacji oraz wyjaśnień w zakresie obliczenia ceny ww. pozycji Formularza Cenowego a w szczególności wskazania, czy wysoko wyspecjalizowany Personel będzie pełnił usługę w przyjętych stawkach oraz czy przyjęta stawka wynagrodzenia zapewnia uzyskanie minimalnej stawki godzinowej, w związku z wejściem w życie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. z 2023 poz. 1893). Na tak sformułowane wezwanie Odwołujący I udzielił odpowiedzi w której wskazał, przyczyny dla których w odniesieniu do zaoferowanego przez niego modelu realizacji przedmiotu zamówienia nie będą miały zastosowania przepisy w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz przywołał okoliczności na ich poparcie odnoszące się do osób wyznaczonych do pełnienia roli odpowiednio Inżyniera Kontraktu oraz Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej. Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za ogólnikowe, lakoniczne, nie zawierające odpowiedzi na pytania Zamawiającego oraz nie odnoszące się do obiektywnych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę. Wyjaśnienia Odwołującego I zdaniem Zamawiającego pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego wyliczenia ceny oferty, a także nie zawierały żadnych kalkulacji cen jednostkowych, w szczególności dotyczących wyszczególnionych przez Zamawiającego dniówek.

Na wstępie skład orzekający pragnie wskazać, iż podziela stanowisko wyrażone uprzednio m. in. w wyroku z dnia 27 czerwca 2024 r. sygn. akt KIO 1728/24, zgodnie z którym wykazanie rażąco niskiej ceny oferty nie może opierać się na przypuszczeniach, doświadczeniu życiowym czy obawach wskazywanych przez Zamawiającego. W świetle powyższego w pierwszej kolejności wskazać należy, że choć Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że podejrzenie dotyczące braku zgodności kalkulacji ceny jednostkowej zawartej w pozycji 2.1.1

Formularza Cenowego „Inżynier kontraktu” oraz pozycji 2.1.6 Formularza cenowego „Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej” z treścią SWZ, w tym w szczególności Instrukcją dla Wykonawców (IDW), Opiskiem Przedmiotu Zamówienia (OPZ), oraz Uwagami Zamawiającego do Formularza Cenowego (FC), to uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego I do powyższych zapisów się nie odnosi. W szczególności Zamawiający nie wykazał, aby w świetle zapisów któregośkolwiek z powyższych dokumentów cena oferty Odwołującego I była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia jak wymaga tego art. 226 ust. 1 pkt 8 dla uznania oferty za podlegającej odrzuceniu. Samo zaś wskazanie przez Zamawiającego, iż w jego ocenie przedstawione stawki budzą wątpliwości i w ocenie Zamawiającego są nierynkowe i nierealne bez odniesienia tych twierdzeń do konkretnych zapisów dokumentacji należy uznać za niewystarczające dla podjęcia czynności odrzucenia oferty wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę.

Uzasadnienia takiego nie stanowi również przywoływany przez Zamawiającego fakt, iż dla obu tych funkcji przewidziano taką samą stawkę dzienną wynagrodzenia. Poza ogólnym wskazaniem na zakres odpowiedzialności poszczególnych ról oraz kwestię adekwatności wynagrodzenia do zakresu obowiązków dla obu tych funkcji, nie zostało wykazane przez Zamawiającego aby zaoferowana stawka była w przypadku którejkolwiek z ról stawką rażąco niską czy też nie gwarantującą wykonania zamówienia w świetle wymagań określonych w dokumentacji postępowania. Jedynie zaś takie wymagania i odniesienie ceny do ich treści, nie zaś przywoływane przez Zamawiającego doświadczenie życiowe, szacowana wartość tej usługi czy porównanie z innymi stawkami złożonymi przez pozostałych wykonawców lub w publikacji SEKOCENBUD może stanowić podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego kwestii związanej ze zgodnością zaoferowanej stawki z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu dostrzeżenia wymaga, iż okoliczność ta nie stanowiła podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego I. Zamawiający nie wskazał bowiem aby zaoferowana stawka nie spełniała wymagań określonych we właściwych przepisach. Na brak stwierdzenia takiej niezgodności wskazuje również treść odpowiedzi na odwołanie, w której wskazano, iż zaoferowana przez Odwołującego I stawka balansuje na granicy zgodności lub niezgodności z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Z kolei odnosząc się do przywoływanego w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwa Izby wskazującego, iż niezgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi uznać należy przyjmowanie realizacji zamówienia przez osoby samozatrudnione za wynagrodzeniem poniżej poziomu wynagrodzenia minimalnego to należy zauważyć, że również ta kwestia nie została podniesiona czy to w treści wezwania czy to w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego I.

W odniesieniu do argumentacji związanej z osobą p. G. M. na wstępie Izba za wyrokiem z dnia 27 czerwca 2024 r. sygn. akt KIO 1728/24, pragnie wskazać, że wskazując w uzasadnieniu odrzucenia oferty wyłącznie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający podjął się zatem obowiązku wykazania, że cena oferty Odwołującego jest oderwana od realiów rynkowych i nie da się za nią wykonać zamówienia w sposób prawidłowy. Tymczasem jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego I zawartej w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 sierpnia 2024 r. podstawą do odrzucenia stanowiły wątpliwości Zamawiającego czy za zaoferowaną przez Odwołującego cenę znajdzie się kandydat, który podejmie się pracy na tym stanowisku w sytuacji, w której Pan G. M. wskazany jako kandydat na stanowisko Inżyniera Kontraktu podejmie pracę na tożsamym stanowisku dla innego Kontraktu np. w Bydgoszczy, a także okoliczność, iż argument powiązania stawki dziennej Pana G. M. jako Inżyniera Kontraktu oraz Prezesa jest nieaktualny, gdyż w KRS widnieje inna osoba na stanowisku Prezesa. Żadne z powyższych nie stanowi w ocenie Izby potwierdzenia, że cena oderwana jest od realiów rynkowych i nie da się za nią wykonać zamówienia w sposób prawidłowy.

Analogicznie należy potraktować podniesioną kwestię wskazywanego przez Odwołującego I zysku. Zamawiający wskazał, iż poziom zysku wskazywany przez Odwołującego I jest niewiarygodnie niski, a dodatkowo miałby być on dzielony na 2 podmioty tworzące konsorcjum. Założenie takiego zysku jest zdaniem Zamawiającego sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, a skalkulowanie przez Odwołującego I zysku na tak niezwykle niskim poziomie, Zamawiający uznaje jako działanie w celu wyeliminowania konkurentów. Jednocześnie sam Zamawiający przywołuje ugruntowane orzecznictwo Izby, zgodnie z którym za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych Wykonawcy,

niepozwalającą na wypracowanie zysku. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący I wskazał poziom wypracowanego zysku, zaś podstawą do odrzucenia oferty nie może być wyłącznie subiektywna ocena Zamawiającego, iż został on skalkulowany na zbyt niskim poziomie. Nie przedstawiono również argumentacji dla której Zamawiający działanie Odwołującego I uznał za działanie w celu eliminacji konkurentów, co stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 9 lutego 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 419), jak również nie wskazano art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego I.

Odnosząc się w dalszej kolejności do kwestii rzekomego przerzucenia kosztów zapewnienia Personelu biurowego oraz Personelu pomocniczego do pozycji zapewnienia Biura Konsultanta, w szczególności poprzez uwzględnienie w pozycji Biuro Konsultanta części kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników na podstawie umowy o pracę, za zasadne należy uznać stanowisko, iż z treści dokumentacji nie wynika w sposób jednoznaczny jakiego rodzaju koszty powinny zostać uwzględnione w poszczególnych pozycjach. Co więcej z treści uzasadnienia odrzucenia nie wynika w sposób jednoznaczny do przerzucenia jakiego rodzaju kosztów doszło, gdyż Zamawiający wskazał jedynie, iż chodzi tu o realne koszty zapewnienia stanowisk Personelu biurowego oraz Personelu pomocniczego. Ponadto w treści przywołanych przez Zamawiającego uwag do formularza cenowego wskazano, że pozycje Personel biurowy oraz Personel pomocniczy mają obejmować „całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta” (Personel biurowy) oraz całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego wykonania Usługi” (Personel pomocniczy). Należy zauważyć, że zapewnienie stanowisk oraz zapewnienie osób może oznaczać odmienny zakres działań oraz wynikających z nich kosztów, zaś wobec braku

konkretyzacji przez Zamawiającego których kosztów rzekome naruszenie dotyczy oraz braku wskazania jednoznacznych zapisów dokumentacji postępowania, które by poszczególne koszty kwalifikowały do poszczególnych pozycji, uznać należy że Zamawiający nie wykazał w tym zakresie podnoszonych przez siebie niezgodności oferty Odwołującego I z warunkami zamówienia. Tylko zaś taka jednoznaczna niezgodność może prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie potwierdził się natomiast zarzut odwołania kwestionujący decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego I z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia i nieprawidłową kalkulację oferty w zakresie zaangażowania weryfikatorów dokumentacji projektowej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego I podstawą do odrzucenia oferty nie było rzekome wskazanie przez Odwołującego I, że weryfikatorzy nie będą odpowiedzialni za weryfikację projektu wykonawczego, lecz podstawę tę stanowił fakt, iż Odwołujący I w sposób jednoznaczny oświadczył, że udział tych osób został przewidziany jedynie na etapie projektowania. Tymczasem jak jednoznacznie wynika z treści dokumentacji postępowania dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia udział weryfikatorów jest wymagany zarówno na etapie prac projektowych, jak również na etapie realizacji prac budowlanych. Zgodnie z treścią § 14 Projektu umowy Obowiązki Konsultanta w zakresie weryfikacji i koordynacji prac projektowych

1. Konsultant jest zobowiązany do dokonywania na bieżąco, w miarę postępu prac projektowych, przeglądu lub zatwierdzania Dokumentów Wykonawcy zgodnie z Kontraktem, sporządzanych przez Wykonawcę Kontraktu, zgodnie z Umową, postanowieniami Klauzuli 5 Warunków Kontraktu, wymaganiami

określonymi w Programie Funkcjonalno – Użytkowym oraz procedurami określonymi w Zarządzeniach wydanych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, a w szczególności do:

1) weryfikacji Projektu budowlanego i Projektu wykonawczego pod względem ich zgodności z wymaganiami zawartymi w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, obowiązującymi przepisami prawa, decyzjami administracyjnymi oraz wiedzą techniczną;”.

Z kolei zgodnie z § 3 ust. 2 projektu umowy

2. Konsultant z zastrzeżeniem § 4 ust.3 obowiązuje się świadczyć Usługę w terminie

uwzględniającym:

- 1) Okres projektowania, który trwa od daty rozpoczęcia świadczenia Usługi do dnia uzyskania przez Wykonawcę Robót decyzji ZRID uprawniającej do rozpoczęcia Robót minimum na trasie głównej tj. 17 miesięcy.
- 2) Okres wykonywania Robót, który trwa od daty uzyskania decyzji ZRID uprawniającej do rozpoczęcia Robót minimum na trasie głównej, do daty wskazanej w Ostatnim Świadczeniu Przejęcia (również w okresach zimowych w rozumieniu Kontraktu).
- 3) Okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu, który trwa od daty wskazanej w Ostatnim Świadczeniu Przejęcia, do daty wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, tj. 15 miesięcy.

Jak słusznie wskazał Zamawiający i co wynika wprost z charakteru usługi będącej przedmiotem postępowania wymagał on zatrudnienia weryfikatorów do wszystkich czynności związanych z weryfikacją dokumentacji projektowej, zaś części tej dokumentacji będą składane w trakcie prowadzenia prac, zatem to wymagane i konieczne jest zatrudnienie weryfikatorów i świadczenie przez nich usług, również w okresie realizacji robót.

Tym samym wobec jednoznaczne oświadczenie Odwołującego I, że osoby te zostały przewidziane jedynie na etapie projektowania co stanowi wprost o niezgodności oferty z warunkami zamówienia bez znaczenia jest podnoszony przez Odwołującego fakt, iż stawki wynagrodzenia tych osób oraz wskazana liczba dniówek nie jest kwestionowana, podobnie jak brak wymagania na etapie składania ofert przedstawienia koncepcji wykonania usługi przez Zamawiającego. Kwestie te mają bowiem charakter wtórny wobec potwierdzonej w sposób jednoznaczny niezgodności oferty z warunkami zamówienia i nieprawidłowości kalkulacji oferty w zakresie zaangażowania weryfikatorów dokumentacji projektowej.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądając od Odwołującego1 na rzecz Zamawiającego koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

KIO 3153/24

Izba biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W stanie faktycznym zaistniałym w rozpoznawanej sprawie w pierwszej kolejności uznać należało, że na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut w zakresie braku wykazania przez wykonawcę BBF spełniania warunku udziału w postępowaniu

określony w pkt 8.2.4 IDW poprzez powołanie się na potencjał techniczny podmiotu udostępniającego zasoby tj. wykonawcy IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. (dalej „IDOM” lub „PUZ”), podczas gdy ze zobowiązania IDOM nie wynika, by podmiot ten na etapie realizacji zamówienia wykonać miał usługi, co do których nastąpiło udostępnienie doświadczenia.

Treść warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 8.2.4 IDW brzmi:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

- Dla Części nr 1:

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto,
- b) budowy lub przebudowy 3 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,
- c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonych pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,

Uwagi: Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków. Za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania Zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.

Do oferty wykonawca BBF załączył zobowiązanie IDOM do udostępnienia zasobów z dnia 14 grudnia 2023 r. o treści:

a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

Dla Części nr 1: a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto, b) budowy lub przebudowy 3 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I, c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonych pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, (...)

b) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania ww. zasobów będzie następujący:

Bezpośrednie zaangażowanie podmiotu udostępniającego zasoby poprzez bieżące wsparcie merytoryczne zespołu wykonawcy z zespołem Podmiotu Udostępniającego Zasoby mające na celu udostępnienie Wykonawcy wiedzy i doświadczenia Podmiotu Udostępniającego Zasoby nabytej podczas realizacji usługi, o której mowa w pkt. a powyżej, w szczególności przez udostępnienie wzorów pism, identyfikację obszarów problemowych i zagrożeń, przeszkolenie kluczowego personelu BBF sp. z o.o. przed przystąpieniem do realizacji zamówienia. konsultacje udzielane personelowi BBF sp. z o.o. w trakcie realizacji zamówienia, zwłaszcza poprzez delegowanie

pracownika na stanowisko Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej.

c) zrealizuję usługi, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie:

Użyczeniu będą podlegać know-how Podmiotu Udostępniającego Zasoby, nabyte podczas realizacji usługi o której mowa w pkt. a powyżej przez cały okres realizacji zamówienia, zgodnie z przyszłą umową o zamówienie publiczne. Podmiot udostępniający zasoby weźmie udział w realizacji Zamówienia jako podwykonawca w zakresie zarządzania inwestycją w zakresie wymaganym dla skutecznego przeniesienia know – how oraz nadzorowania robót budowlanych w kluczowych dla realizacji zamówienia branżach mostowej i drogowej.

W tym stanie faktycznym Odwołujący II twierdził, że wykonawca BBF nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, jaki jest zakres użyczonego potencjału i w jaki sposób będzie dysponował użyczonym potencjałem. Powyższe wywodził w pierwszej kolejności z treści formularza ofertowego, w którego pkt 5 wykonawca BBF oświadczył, iż zamierza powierzyć podwykonawcom dla Części 1 zamówienia wykonanie następujących części zamówienia: obsługę geodezyjną, zarządzanie realizacją w branżach drogowej i mostowej. Odwołujący II wskazał, że wykonawca BBF nie zleca usługi związanej z nadzorowaniem robót budowlanych, a więc głównego elementu przedmiotowej usługi, zaś zarządzanie realizacją tożsame jest z koordynowaniem działań lub zadań, a nie nadzorowaniu procesu budowlanego w sposób fizyczny, zgodnie z wymaganiami SWZ. W odniesieniu do powyższego wskazać należy, że twierdzenia Odwołującego II w tym zakresie nie potwierdzają stawianego zarzutu. Jak bowiem jednoznacznie wynika z treści uwag do warunku określonego w pkt 8.2.4 IDW Zamawiający wskazał, że za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania Zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu. Tym samym uznać należy, iż powierzenie podwykonawstwa w zakresie zarządzania inwestycją pokrywa się z przedmiotem wymaganego w ramach wspomnianego warunku doświadczenia i dotyczy zdolności w nim wymaganych. Jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wymagane doświadczenie opisane w treści warunku w postaci nadzoru nad robotami drogowymi i mostowymi, nie jest szersze niż zakres zamówienia jaki BBF zamierza powierzyć IDOM do realizacji jako podwykonawcy. Argumentację w tym zakresie należy zatem uznać za nietrafioną.

Podobnie na akceptację nie zasługują twierdzenia Odwołującego II, iż udział IDOM w realizacji przedmiotowej usługi musi być znaczący, co najmniej 50% oraz obejmujący istotną część zamówienia, nie może zaś polegać na bliżej

niekreślonym „zarządzaniu realizacją”, bez świadczenia konkretnych usług objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazując na treść zobowiązania firmy IDOM podnosił, że podmiot ten w zakresie bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia jedynie oddeleguje Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej, nie będzie natomiast wykonywać żadnych innych czynności przy realizacji zamówienia nie będzie, a jedynie będzie świadczyć konsultacje dla personelu BBF i przeszkoli ten personel. W ocenie Izby powyższe twierdzenia nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji postępowania, w szczególności w treści złożonego zobowiązania. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż nie zostało wykazane w oparciu o jakie zapisy czy ustawowe czy to dokumentacji postępowania Odwołujący II wywodził wymagany znaczący, co najmniej 50 % udział PUZ w realizacji przedmiotowej usługi. W szczególności wymogi takie nie wynikają z przepisów art. 118 czy art. 119 ustawy Pzp regulujących sposób udostępniania zasobów przez podmioty trzecie. Po drugie nie sposób

uznawać, iż usługi zarządzania realizacją inwestycji stanowią bliżej nieokreślony zakres świadczeń nieobejmujący konkretnych usług objętych przedmiotem zamówienia. Jak bowiem wynika z zapisów pkt 6.1 IDW Przedmiotem zamówienia jest pełnienie przez Konsultanta obowiązków zgodnie z Umową, w oparciu o OWK i SWK, w szczególności zarządzanie, pełnienie nadzoru inwestorskiego oraz kontrolę nad realizacją robót aż do daty wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. Z kolei w pkt 1.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia jako cel zamówienia Zamawiający wskazał Pełnienie Usługi polegającej w szczególności na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzorze inwestorskim nad pracami projektowymi oraz Robotami, a także współpracy z Zamawiającym. Nie sposób zatem w świetle powyższego przyjąć argumentacji Odwołującego II odnośnie charakteru usług zarządzania, w sytuacji w której sam Zamawiający uznaje je w dokumentacji postępowania za istotny i podstawowy element zamówienia, które ma być realizowane.

Z kolei w odniesieniu do zakresu czynności realizowanych przez IDOM to wbrew twierdzeniom Odwołującego II z treści zobowiązania tego podmiotu nie sposób odczytać, iż będą się one ograniczać do przywoływanego przez Odwołującego II zakresu. Jak jednoznacznie wynika z brzmienia zobowiązania sposób i zakres udostępniania zasobów będzie znacznie szerszy, zaś przywoływane przez Odwołującego sposoby zostały przywołane jako przykładowe, na co wskazują zawarte w treści zwrotu „w szczególności” oraz „zwłaszcza”.

Tym samym sformułowany zarzut odwołania, iż w przedmiotowym przypadku o czynienia tylko i wyłącznie z iluzorycznym „użyczeniem referencji”, związanym z przekazaniem know-how, zaś podmiot udzielający nie weźmie udziału w realizacji usługi, nie znalazł potwierdzenia.

W zakresie zarzutu ewentualnego wskazującego – w przypadku uznania udostępnienia przez IDOM zasobów za prawidłowe – na nieprawidłowość złożonych przez wykonawcę BBF wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 8 lutego 2024 roku (dalej „Wyjaśnienia RNC”), gdyż nie odnoszą się one w ogóle do stanu faktycznego postępowania, w ocenie Izby zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący podnosił, że gdyby znać zobowiązanie IDOM za prawidłowe, to IDOM musi być podwykonawcą firmy BBF, zaś koszty tego podwykonawstwa powinny być uwzględnione w cenie oferty oraz szczegółowo opisane w Wyjaśnieniach RNC. Tymczasem jak w ocenie Odwołującego wynika z treści Wyjaśnień RNC – wykonawca BBF w ogóle nie uwzględnił w cenie oferty udziału firmy IDOM, w szczególności nie załączył do Wyjaśnień RNC żadnej oferty podwykonawczej czy też nie wskazał, jaki jest koszt usług realizowanych przez IDOM.

Jak podkreślano wielokrotnie w orzecznictwie Izby treść wezwania do wyjaśnień ma znaczenie dla oceny wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania realności zaoferowanej ceny, ponieważ to ono determinuje treść składanych wyjaśnień. Jeżeli zamawiający nie sprecyzował, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami, to nie można od wykonawcy oczekiwać działania wykraczającego poza zakres wezwania. Na zamawiającym ciąży obowiązek ukierunkowania wykonawcy, jakie konkretne okoliczności winien wyjaśnić. Co za tym idzie, braku w wyjaśnieniu danego elementu - o ile zamawiający o niego wprost nie zapytał - nie można odczytywać na niekorzyść wykonawcy. Jak zasadnie podnosił w tym zakresie Zamawiający, treść wyjaśnień ceny oferty BBF (dnia 8 lutego 2024 r. oraz z dnia 25 kwietnia 2024 r.) stanowiła odpowiedzi na wezwania kierowane przez Zamawiającego odpowiednio w dniu 1 lutego 2024 r. i 18 kwietnia 2024 r., których zakres determinowany był powziętymi przez Zamawiającego wątpliwościami co do kalkulacji ceny oferty w ściśle opisanych w wezwaniach obszarach. Wezwania nie obejmowały w swojej treści żądania

wyjaśnienia kosztów podwykonawstwa, a wobec tego nie można czynić BBF zarzutu z braku ujęcia w wyjaśnieniach kosztów podwykonawstwa. Ponadto brak ujęcia w treści wyjaśnień szczegółowej argumentacji czy wycień dotyczących kosztów podwykonawstwa ze strony firmy IDOM, nie oznacza bynajmniej, że koszty z tym związane nie zostały w ofercie BBF ujęte, zaś Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek okoliczności czy dowodów wskazujących na jednoznaczne pominięcie tego elementu kosztowego w wycenie wykonawcy BBF.

W odniesieniu do zarzutu wskazującego na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez BBF w zakresie wyceny pozycji 2.2.2 Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej, w ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Odwołujący II w żadnym stopniu nie kwestionuje wysokości stawki jaką wykonawca BBF zaoferował w zakresie tejże pozycji. Podstawą dla stawianego zarzutu była okoliczność, iż złożone w charakterze dowodu oświadczenie, potwierdzające realność wyceny całości kosztów dla ww. stanowiska pochodziło od innej osoby, niż ta która w treści oferty została wskazana jako przewidziana do realizacji zamówienia. W zakresie przedmiotowego zarzutu Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym zakres środków dowodowych jakimi wykonawcy mogą wykazać prawidłowość kalkulacji ceny nie stanowi katalogu zamkniętego i wykazując dany koszt osobowy, wykonawcy nie są zobowiązani do złożenia oświadczenia konkretnej osoby rozważanej na dane stanowisko, aby ustalić rynkowy poziom takiego wynagrodzenia. W świetle przepisów ustawy, za równie wiarygodny można uznać dowód w postaci oświadczenia innych osób, posiadających kompetencje do pełnienia analogicznej funkcji, również w

sytuacji gdy ostatecznie do realizacji zamówienia wskazane zostały inne osoby. Istotne w toku procedury mającej na celu weryfikację ceny jest bowiem ustalenie czy dane pozycje kosztowe nie zostały rażąco zaniżone. Wobec powyższego, jak również faktu, iż Odwołujący II nie kwestionował tego oświadczenia co do jego wiarygodności, czy możliwości wykonania zamówienia w tym zakresie za stawkę jaka wynika z tego oświadczenia, zarzut należało uznać za bezzasadny.

Za bezzasadny należało także uznać zarzut naruszenia przepisu art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP w związku z art. 240 ust. 1 i 2 PZP poprzez dokonanie czynności oceny oferty BBF w kryterium jakościowym „Podkryterium 2.1 Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej” w sposób nieprawidłowy, tj. przyznanie 7 punktów zamiast 0 punktów. Zdaniem Odwołującego II wykonawca BBF nie powinien bowiem otrzymać punktów za doświadczenie wskazane dla p. P. L., gdyż ta osoba nie będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia. Powyższe Odwołujący II wywodził z faktu, iż do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 8 lutego 2024 r. został załączony w charakterze dowodu dokument pn. 3. Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej – oświadczenie pracownika przewidzianego do realizacji zamówienia, zaś oświadczenie to pochodziło od innej osoby tj. p. E. G. Z powyższego Odwołujący II wywodził, że to p. E. G., a nie p. P. L. będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia, a tym samym niezasadne jest przyznanie punktów za doświadczenie wskazane dla p. P. L. W ocenie Izby powyższe zarzut jest bezpodstawny, gdyż Odwołujący w sposób nieuprawniony, wywiódł, że załączając do wyjaśnień ceny oferty oświadczenie p. E. G., dokonał zmiany w zespole skierowanym do realizacji zamówienia. Jak zasadnie podniósł Zamawiający wykonawca BBF nie oświadczył, aby dokonał zmiany osoby jaką zmierzał

skierować do realizacji zamówienia do pełnienia funkcji Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, a tym samym, aby jego oświadczenie w postaci skierowania do realizacji zamówienia i w konsekwencji powołania się na doświadczenie p. P. L. w celu pozyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert „Podkryterium 2.1 Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej” zostało zmienione lub stało się nieaktualnym.

W odniesieniu do grupy zarzutów odnoszących się do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MGGP, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd i/lub przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie zaistnienia sytuacji, w której wykonawca MGGP w ramach realizowania wcześniejszych umów został obciążony karami umownymi za nienależyte wykonywanie zobowiązania umownego w znaczącym stopniu, w ocenie Izby zarzuty te nie znalazły potwierdzenia. Zarzuty opierały się na podnoszonej okoliczności, iż wykonawca MGGP w złożonym wraz z ofertą formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (zwanym dalej „JEDZ”), w części III sekcja C formularza („Podstawy wykluczenia. Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”), udzielił odpowiedzi przeczącej na zawarte tam pytanie czy znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Tymczasem jak wskazuje Odwołujący II informacje te są sprzeczne ze stanem faktycznym, gdyż wykonawca MGGP nie poinformował Zamawiającego, że został obciążony karami umownymi za nienależyte wykonywanie zobowiązania umownego w znaczącym stopniu tj.:

- realizacji usługi pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) – Elk (S61), odc. Borki Wielkie - Mrągowo Wykonawca MGGP został w dniu 2 lutego 2023 roku obciążony karą umowną w wysokości 96 875,24 PLN. Podstawą faktyczną naliczenia kary umownej był brak zapewnienia wymaganego w SWZ personelu kontraktowego, przy czym okres braku personelu trwał aż 44 dni;
- realizacji umowy dotyczącej zadania „Modernizacja ewidencji gruntów i budynków na obszarze obrębów ewidencyjnych: Gogołowa, Mszana i Połomia, położonych w jednostce ewidencyjnej Mszana Powiatu Wodzisławskiego”, która nie została należyście wykonana przez firmę MGGP ze względu na nie dochowanie terminu realizacji prac. Z tego tytułu naliczona została kara umowna w wysokości 68.346,18 zł z tytułu opóźnienia w zakończeniu prac I etapu zadania, co stanowi ponad 10% całej wartości umowy;
- realizacji umowy na Usługę wsparcia oraz pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją Kontraktu: „Budowa obwodnicy Smolajów w ciągu drogi krajowej nr 51”, gdzie wykonawcy MGGP naliczono karę umowną w wysokości 33.775,85 zł.

W ocenie Odwołującego II sama zatem okoliczność wskazania przez MGGP w JEDZ, że nie znajduje się w sytuacji, w której naliczono mu kary umowne, jest już wprowadzeniem w błąd i/lub przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd.

Izba w zakresie powyższego podziela w całości argumentację przedstawioną w wyroku z dnia 9 września 2024 r. sygn. akt KIO 2987/24, iż nie stanowi samoistnej przesłanki (podstawy) wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp sam tylko fakt naliczenia

wykonawcy kary umownej oraz brak ujawnienia tego w dokumencie JEDZ. Izba podziela stanowisko, wynikające z licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym treści dokumentu JEDZ, a w szczególności poszczególnych zadawanych w nim pytań adresowanych do wykonawców, nie można odczytywać ani interpretować w sposób oderwany od całości tego formularza oraz jego funkcji, jako dokumentu służącego potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia danego wykonawcy z postępowania na podstawie przesłanek wykluczenia określonych w ustawie Pzp oraz przewidzianych w danym postępowaniu. Jak trafnie zauważono w wyroku KIO z dnia 21 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3293/23: „Dokument JEDZ nie służy przedstawianiu całej historii kontraktowej wykonawcy, w tym wszelkich zdarzeń, w

których realizacja umowy napotkała jakiejkolwiek trudności. Wykonawca zobowiązany jest podać w tym dokumencie informacje na temat takich nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania. Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych okoliczności. W związku z tym, że pytanie w dokumencie JEDZ służy weryfikacji istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania niezasadne jest założenie, że w odpowiedzi na to pytanie należy przedstawiać wszelkie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji wszelkich umów, bez względu na to, czy wyczerpują one znamiona działań uzasadniających wykluczenie. Zatem w sytuacji, gdy zamawiający nie wykaże, że w przypadku realizacji danej umowy miały miejsce zdarzenia wypełniające przesłanki wykluczenia związane z nienależytą realizacją obowiązków przez wykonawcę, to nie może twierdzić, że oświadczenie wykonawcy w dokumencie JEDZ stanowiło informację wprowadzającą w błąd".

Analogiczne stanowisko w tej kwestii zajął Urząd Zamówień Publicznych, który w opinii z dnia 2 listopada 2022 r., wypowiadając się w kwestii kar umownych w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ stwierdził: „Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności”.

W ocenie Izby wykonawca MGGP, w sposób zgodny z wyżej opisanym sposobem wypełniania dokumentu JEDZ przyjął, że wobec niego nie zaktualizował się obowiązek informacyjny co do kar umownych z tej przyczyny, że w treści JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności.

Izba podziela argumentację przedstawioną w wyroku z dnia 9 września 2024 r. sygn. akt KIO 2987/24, w którym rozpoznawane były analogiczne zarzuty w odniesieniu do tożsamyh kar umownych

nałożonych na wykonawcę MGGP. Analogicznie jak w ww. wyroku Izba wskazuje, że odwołanie mogło by zasługiwać na uwzględnienie jedynie wówczas, gdyby Odwołujący II wykazał spełnienie się wobec MGGP przesłanki wykluczenia z postępowania, określonej w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, w związku z naliczeniem mu kar umownych. Odwołujący II również w przedmiotowym postępowaniu nie uzasadnił w sposób dostateczny, nie mówiąc już o udowodnieniu, czy i dlaczego okoliczności leżące u podstaw naliczenia przedmiotowych kar umownych, na projektach opisanych w treści odwołania, miałyby spowodować ziszczenie się wobec przystępującego przesłanki wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp określa fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy. Składa się przy tym na niego kilka elementów, które muszą być łącznie spełnione, aby dany wykonawca podlegał wykluczeniu na jego podstawie tj.: wystąpienie niewykonania, nienależytego wykonania lub długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, znaczącego co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych oraz dotyczącego istotnego zobowiązania, które wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, czego konsekwencją było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przy tym, z uwagi na sankcję, jaką przewidział ustawodawca w postaci wykluczenia danego oferenta z postępowania, aby zastosować powyższą regulację wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie i muszą być interpretowane ściśle.

Odwołujący II, w odniesieniu do żadnej z podnoszonych realizacji, nie podjął nawet próby wykazania, że okoliczności związane z naliczonymi karami umownymi i charakter tych kar są tego rodzaju, że MGGP był obowiązany poinformować o nich Zamawiającego. Za takie uzasadnienie nie może zostać uznane przywołanie zapisów umownych na podstawie których nałożono karę czy też wskazanie wysokości kary. Sama tylko wysokość naliczonej wykonawcy kary nie jest wystarczająca do uznania, że doszło po stronie wykonawcy do zależnego od niego niewykonania, nienależytego wykonania lub długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań, wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego ani też, że naliczona kara miała charakter odszkodowawczy.

Nie sprostął także wykazaniu, że wobec przystępującego zaszyły przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i/ lub 10 ustawy Pzp. Łącząc oba przepisy w jednym zarzucie, nie uzasadnił nawet czy i w jaki sposób MGGP swoim działaniem wypełniło dyspozycję tych przepisów i którego z nich właściwie.

W konsekwencji powyższego brak było również podstaw do przyjęcia, że wykonawca MGGP był zobowiązany był dołączyć do oferty dokumenty samooczystczenia wskazane w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego II na rzecz Zamawiającego koszty

postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

KIO 3160/24

Izba biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do pierwszego z podniesionych w odwołaniu zarzutów, tj. zarzutu wskazującego, że deklarowany w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów zakres udziału wykonawcy IDOM w realizacji zamówienia, a także opisany sposób wykorzystania udostępnionych zasobów nie pozwala na uznanie, że IDOM będzie brał udział w realizacji zamówienia w sposób realny, Izba w całości podtrzymuje stanowisko wyrażone w tym zakresie w sprawie KIO 3153/24. Odnosząc się dodatkowo do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego III należy wskazać, iż w szerokim zakresie ogranicza się ono do stawiania pytań i wątpliwości odnośnie sposobu i zakresu udziału wykonawcy IDOM w realizacji zamówienia, bez wskazania okoliczności które potwierdzałyby że podmiot ten nie będzie wykonywał zamówienia w zakresie udostępnionych przez siebie zasobów. Potwierdzenia takiego nie sposób wbrew twierdzeniom Odwołującego III wprost odczytać z treści złożonego zobowiązania. W szczególności potwierdzenia nie znajduje wskazywana przez Odwołującego okoliczność, jakoby wykonawca IDOM nie deklarował udziału w spotkaniach czy naradach. Oświadczenia o takiej treści próżno szukać w treści zobowiązania, w szczególności zaś aby wykonawca IDOM wykluczył udział w spotkaniach czy naradach. O braku udziału w realizacji zamówienia nie przesądza również brak przedstawienia w treści zobowiązania programu i terminów szkoleń, które będą przeprowadzone w ramach deklarowanego przeszkolenia personelu wykonawcy BBF i nie świadczy o tym że do deklarowanego przeszkolenia nie dojdzie.

W ocenie Izby nieuzasadniona w kontekście treści zobowiązania jest argumentacja Odwołującego III, zgodnie z którą zakres i sposób transferu wiedzy ograniczać miałyby się rzekomo wyłącznie do delegowania do realizacji zamówienia wyłącznie jednej osoby, która będzie pełniła funkcję Asystenta Inspektora Nadzoru w branży drogowej oraz mostowej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego III z treści zobowiązania tego podmiotu nie sposób odczytać, iż będą się one ograniczać do przywoływanego przez Odwołującego III zakresu, lecz wskazano również szereg innych działań zmierzających do realizacji zamówienia przy udziale wykonawcy IDOM. Jak jednoznacznie wynika z brzmienia zobowiązania sposób i zakres udostępniania zasobów będzie znacznie szerszy, zaś przywoływane przez Odwołującego III sposoby zostały przywołane jako przykładowe, na co wskazują zawarte w treści zwroty „w szczególności” oraz „zwłaszcza”, zaś wymienione w treści konkretne działania należy ocenić jako przykładowe i oceniać je w kontekście całości treści oświadczenia o zobowiązaniu złożonego przez wykonawcę IDOM. W dalszej kolejności zgodzić należy się z Zamawiającym, iż sam fakt zadeklarowania przez wykonawcę BBF oddelegowania do realizacji zamówienia wszystkich członków Personelu Konsultanta nie oznacza, że IDOM nie będzie świadczył na rzecz BBF wymaganego wsparcia zgodnie ze zobowiązaniem, w szczególności że nie będzie mógł skierować do realizacji zamówienia własnego Zespołu uczestniczącego w realizacji zamówienia. Deklaracja wykonawcy BBF w tym zakresie nie podważa tym samym realności udostępnionego zasobu.

Z uwagi na powyższe oraz mając na uwadze treść zobowiązania IDOM za bezpodstawne należy uznać twierdzenia Odwołującego III, iż rzekomo firma IDOM nie będzie brała udziału w nadzorze nad

inwestycją w okresie projektowania. Jak wynika jednoznacznie z treści zobowiązania wykonawca IDOM zadeklarował swój udział przez cały okres realizacji zamówienia, co zostało wyrażone zarówno w sekcji oznaczonej lit. b) jak i c) złożonego zobowiązania.

Odnosząc się w dalszej kolejności do podnoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na zaproponowanie pięciu lokalizacji Biura Konsultanta, z czego żadna nie spełnia kryterium odległości od terenu budowy określonego w pkt 2.2.1 OPZ tj. odległości nie większej niż 10 km od terenu budowy, przedmiotowy zarzut nie potwierdził się. W wyjaśnieniach z dnia 8 lutego 2024 r. wykonawca BBF w sposób jednoznaczny wskazał cel przedstawienia ofert najmu we wskazanych lokalizacjach, którym to celem było zobrazowanie średniej stawki rynkowej wynajmu powierzchni biurowej w rejonie realizacji zamówienia oraz uzasadnienie stawki zaoferowanej w złożonej ofercie. W odniesieniu zaś do postawionego warunku wykonawca oświadczył, że zgodnie z zapisami pkt. 2.2.1. OPZ zapewni biuro zlokalizowane w odległości nie większej niż 10 km od terenu budowy. Wobec tak sformułowanej treści wyjaśnień nie sposób uznać, że w odniesieniu do przedmiotowego elementu zostało zaoferowane świadczenie niezgodne z warunkami zamówienia, a tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy uznać za niezasadny.

Za nieuzasadniony należało również uznać zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na brak odpowiedzi wykonawcy BBF na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów ponoszonych w związku z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy pomimo wyraźnego wyartykułowania przez Zamawiającego tej kwestii w treści wezwania do złożenia wyjaśnień. W tym miejscu Izba pragnie odwołać się do rozważań ogólnych przywołanych w sprawie KIO 3153/24, wskazując że treść wezwania do wyjaśnień ma znaczenie dla oceny wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania realności zaoferowanej ceny, ponieważ to ono determinuje treść składanych wyjaśnień. Jeżeli zamawiający nie sprecyzował, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami, to nie można od wykonawcy oczekiwać działania wykraczającego poza zakres wezwania. Na zamawiającym ciąży obowiązek ukierunkowania wykonawcy, jakie konkretne okoliczności winien wyjaśnić. Co za tym idzie, braku w wyjaśnieniu danego elementu - o ile zamawiający o niego wprost nie zapytał - nie można odczytywać na niekorzyść wykonawcy. Przenosząc powyższe na okoliczności podniesione w treści zarzutu wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego III z treści wezwania skierowanego do wykonawcy BBF w dniu 8 lutego 2024 r. nie wynikało wyraźne zobowiązanie do obliczenia stawek Asystentów Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej oraz Geodety z uwzględnieniem ofert podwykonawców, jak również przedstawienie w jaki sposób będą kształtować się koszty podwykonawstwa.

Przywoływany przez Odwołującego III fragment wezwania zawierał wskazanie co będzie brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie wyjaśnień Zamawiającego z odwołaniem od czynników wskazanych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp czyli m.in. wypełniania obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Fragment ten nie może zatem świadczyć o nałożeniu na wykonawcę BBF obowiązków co do zakresu wyjaśnień podnoszonych w treści zarzutu. W konsekwencji zarzut należało uznać za zasługujący na oddalenie.

W odniesieniu do zarzutu wskazującego na naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty BBF w sytuacji gdy zachodziła podstawa do jej odrzucenia, gdyż wyjaśnienia wykonawcy BBF nie obalają domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska, są wewnętrznie sprzeczne oraz niezgodne z informacjami zawartymi

w Formularzu Cenowym, Izba stwierdziła że nie zasługuje on na uwzględnienie. Podnoszone przez Odwołującego kwestie prowadzą do de facto do recenzowania wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BBF i wskazywania błędów i nieścisłości bez powiązania ich z naruszeniami przepisów przez Zamawiającego, które w konsekwencji miałyby prowadzić do uwzględnienia odwołania. Treść argumentacji odwołania w ocenie Izby ogranicza się do ogólnej polemiki z treścią wyjaśnień, obejmującej po pierwsze wskazywanie ich ułomności, ogólności oraz braków, bez wykazania uchwytnych i wymiernych podstaw poczynionych założeń, które uzasadniałyby, że wartości przedstawione w kalkulacji Uczestnika bądź zaoferowana przez niego cena całkowita zostały zaniżone i to w stopniu który czyniłby ją ceną rażąco niską. Odwołujący III nie przywołał również okoliczności wskazujących, że wycena poszczególnych elementów jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena tego elementu wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia. Taki charakter ma wskazywana w pierwszej kolejności przez Odwołującego okoliczność, jakoby deklaracja że posiadane przez wykonawcę BBF doświadczenie pozwoliło mu obniżenie ceny oferty stała w sprzeczności z podmiotowymi środkami dowodowymi, z których wynika, że w przedmiotowym postępowaniu w całości polega na wiedzy i doświadczeniu innego wykonawcy - firmy IDOM. Odwołujący III nie podjął jakiejkolwiek próby wykazania z jakich przyczyn oświadczenie miało być niezgodne ze stanem faktycznym oraz jaki miało to wpływa na realność wyceny dokonanej przez wykonawcę BBF.

Podobnie w zakresie wskazywanych niespójności pomiędzy kosztami wynagrodzenia personelu w wysokości 8.560.070 zł netto oraz kwotą "kosztów personelu" w wysokości 9.724.491 zł netto nie została przez Odwołującego odniesiona do ceny całkowitej czy też przesłanek uznania ceny za rażąco niską. Ponadto jak słusznie wskazał Zamawiający kwoty te odnoszą się do odmiennych i częściowo rozbieżnych kategorii czyli kosztów personelu i kosztów wynagrodzeń personelu.

W dalszej kolejności Odwołujący III podnosił fakt braku przedłożenia w toku wyjaśnień dowodów w zakresie wszystkich członków Personelu Konsultanta (oświadczeń własnych pracowników, listy płac, danych księgowych czy innych dokumentów potwierdzających, na jakim poziomie kształtują się płace u wykonawcy BBF), pisemnych ofert najmu lokalu (załączono jedynie hiperlinki do ogłoszeń) czy też dowodów na dysponowanie wymaganym sprzętem biurowym. W odniesieniu do powyższego Izba pragnie przywołać utrwalone w orzecznictwie stanowisko, zgodnie z którym nie należy oczekiwać od wykonawcy przedstawiania dowodów, w sytuacji, gdy zamawiający w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Normy ustawy pzp nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, ponieważ jest on zależny od danego stanu faktycznego, istotnym zaś jest, aby złożone dowody właściwie potwierdzały treść danych wyjaśnień kalkulacji ceny. Tym samym niezasadne jest stawianie zarzutu rażąco niskiej ceny na tej tylko podstawie, iż wykonawca BBF nie złożył określonej grupy dowodów w sytuacji w której Odwołujący nie wykazał, aby obowiązek ich złożenia wynikał wprost z treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego.

W odniesieniu do kwestii związanej ze złożeniem w toku wyjaśnień ceny w charakterze dowodu odnośnie kosztów dla pozycji Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej. oświadczenia p. E. G., nie zaś wskazanego w ofercie p. P. L. Izba podtrzymuje rozważania przedstawione w sprawie KIO

3153/24. Izba ponownie wskazuje, iż zakres środków dowodowych jakimi wykonawcy mogą wykazać prawidłowość kalkulacji ceny nie stanowi katalogu zamkniętego i wykazując dany koszt osobowy, wykonawcy nie są zobowiązani do złożenia oświadczenia konkretnej osoby rozważanej na dane stanowisko, aby ustalić rynkowy poziom takiego wynagrodzenia. W świetle przepisów ustawy, za równie wiarygodny można uznać dowód w postaci oświadczenia innych osób, posiadających kompetencje do pełnienia analogicznej funkcji, również w sytuacji gdy ostatecznie do realizacji zamówienia wskazane zostały inne osoby. Istotne w toku procedury mającej na celu weryfikację ceny jest bowiem ustalenie czy dane pozycje kosztowe nie zostały rażąco zaniżone. Wobec powyższego, jak również faktu, iż Odwołujący III nie kwestionował tego oświadczenia co do jego wiarygodności, czy możliwości wykonania zamówienia w tym zakresie za stawkę jaka wynika z tego oświadczenia, argumentację należało uznać za bezzasadną.

W odniesieniu do podnoszonej kwestii dotyczącej możliwości wykorzystania na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia auta którego dotyczy złożona w charakterze dowodu faktura wykupu z dnia 8 marca 2022 r., wskazać należy, że Odwołujący III przywołuje w tym zakresie wymóg pkt 2.4 OPZ w którym wiek pojazdu określa się na podstawie daty pierwszej rejestracji. Tymczasem jako uzasadnienie niespójności w tym zakresie Odwołujący przywołuje datę produkcji rzeczowego pojazdu. Tym samym z treści argumentacji przedstawionej przez Odwołującego nie wynika aby pojazd, który wykonawca BBF zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia nie spełniał wymagań określone w OPZ i nie mógł być wykorzystany na potrzeby świadczenia usługi.

W odniesieniu do kwestii braku ustosunkowania się przez wykonawcę BBF w wyjaśnieniach z dnia 8 lutego 2024 r. do

wezwania Zamawiającego w zakresie kalkulacji kosztów utrzymania Biura Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że kwestia ta została ujęta już w treści pierwszych wyjaśnień, gdyż wysokość tego kosztu była determinowana treścią samego Formularza Cenowego zgodnie z którym ta pozycja nie może przekraczać 50% kosztu biura do wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia. Wyjaśnienia złożone więc w zakresie kosztu biura do wystawiania ostatniego Świadcstwa Przejęcia obrazowały zatem koszty biura od wystawienia ostatniego Świadcstwa Przejęcia.

Ostatecznie w odniesieniu do podnoszonej przez Odwołującego III kwestii związanej z rzekomym niedoszacowaniem przez wykonawcę BBF ceny poprzez nieuwzględnienie wydatków związanych z zapewnieniem minimalnej liczby pojazdów, która wedle twierdzeń Odwołującego III zgodnie z brzmieniem pkt 2.4 OPZ wynosi dwa z uwagi na użycie w treści tego warunku liczby mnogiej, wskazać należy że argumentacja w tym zakresie jest nietrafiona. Świadczy o tym w szczególności treść wyjaśnień wykonawcy BBF, który w ad. 1 wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2024 r. przedstawił wyjaśnienia w zakresie kosztów związanych z ewentualną koniecznością zapewnienia środków transportu w ilości większej niż jeden pojazd.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od

odwołania oraz zasądzając od Odwołującego III na rzecz Zamawiającego koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.