Sygn. akt:KIO 2446/23

WYROK
z dnia 1 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Robert Skrzeszewski
Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę INKO Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Krakowie przy ul. Józefa Marcika 25D/2 (30-443 Kraków) 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 Szczecinie z siedzibą w Szczecinie przy ul. Bohaterów Warszawy 33 (70-340 Szczecin)

przy udziale:
A) wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST spółki akcyjnej
z siedzibą w Szczecinie przy ul. Jerzego Zimowskiego 20 (71-281 Szczecin),zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
B) wykonawcy BBC Best Building Consultants spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 155/U3 (02-326 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę INKO Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:
2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od wykonawcy INKO Consulting spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok –
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:…….
……..
……..

Sygn. akt:KIO 2446/23

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

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, działając na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą
w Warszawie zwanego dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi S11 Koszalin - Szczecinek. odc. w. „Bobolice” /bez węzła/ - w. „Szczecinek Północ” /z węzłem/”*, o numerze: GDDKiA O.Sz.D-3.2410.2.2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 072-220488.

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

W dniu 17 sierpnia 2023 r. wykonawca INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą
w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności zamawiającego, podjętych w prowadzonym postępowaniu, obejmujących:
- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy – Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie;
- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy – Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie (zwanego dalej jako: „EKO-INWEST”) pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;
- zaniechanie wykluczenia wykonawcy BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „BBC”) i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania i nie skorzystał skutecznie z procedury samooczyszczenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:
1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EKO-INWEST, pomimo iż rzeczona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu
z zamówienia, a EKO-INWEST w złożonych wyjaśnieniach nie obalił domniemania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską;

2) art. 226. ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 111 pkt 4 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8, 9 i 10 w zw. z art. 110 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BBC z postepowania oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty pomimo tego, że w stosunku do tego wykonawcy nie upłynął jeszcze trzyletni zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego a złożone przez wykonawcę oświadczenie o samooczyszczeniu nie wypełnia przesłanek określonych przepisem art. 110 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania;
- unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy EKO-INWEST jako najkorzystniejszej i odrzucenie oferty tego wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- wykluczenie wykonawcy BBC i odrzucenie jego oferty;
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ważną ofertę w postępowaniu, zaś na skutek zaskarżonej czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami Pzp, może utracić możliwość uzyskania zamówienia. Zwrócił uwagę, że złożona przez niego oferta jest ofertą trzecią najwyżej ocenioną wśród ofert złożonych w postępowaniu. W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu.

W uzasadnieniu dla pierwszego z zarzutów, odwołujący wskazał, że w świetle przepisu art. 224 ust. 5 Pzp ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym 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 specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. 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. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wynikający z art. 224 pkt 5 Pzp. W treści tego artykułu, ustawodawca wprowadził odwrócony ciężar dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Zdaniem odwołującego, wykonawca EKO-INWEST nie sprostał powyższemu obowiązkowi.
Jak zwrócił uwagę odwołujący, pismem z dnia 14 czerwca 2023 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień zgodnie z regulacją art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, oczekując na wyjaśnienie podstaw do obliczenia zaoferowanej przez odwołującego ceny z uwzględnieniem czynników cenotwórczych, dla których wymagania zostały opisane w SWZ. W szczególności zamawiający zobowiązał wykonawcę EKO-INWEST do wyjaśnienia, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w OPZ, a cena ofertowa zawiera wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty
w oparciu o Formularz cenowy, tj.:
1. Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia,
2. Usługa nadzoru i zarządzania,
3. Działania promocyjne,
4. Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności,
5. Majątkowe prawa autorskie.
Odwołujący wyjaśnił, że Formularz Cenowy składany w postępowaniu wraz z ofertą zawiera szereg szczegółowych pozycji, dla których wymagania zostały określone w SWZ, a zgodnie z pkt. 17.3 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. W świetle powyższego na wykonawcy EKO-INWEST spoczywał ciężar udowodnienia, że kalkulacja każdej z pozycji Formularza Cenowego uwzględnia wszystkie wymagania SWZ dla danej pozycji oraz przypisane im koszty.
W ocenie odwołującego wyjaśnienia wykonawcy z dnia 26 czerwca 2023 r. (zwanej dalej jako: „Wyjaśnienia") mają charakter wyjaśnień pozornych, gdyż zawarte w nich kalkulacje nie są poparte dostatecznymi dowodami pozwalającymi na przyjęcie, że sprostał ciężarowi dowodu i obalił domniemanie, że jego oferta zawiera cenę rażąco niską. Odnosząc się do wyjaśnień wykonawcy EKO-INWEST odwołujący wskazał w szczególności na następujące nieścisłości skutkujące skalkulowaniem oferty na rażąco niskim poziomie.
Biuro Konsultanta
Wykonawca jako podstawę swojej kalkulacji przyjął koszt, jaki ponosił z tytułu najmu powierzchni biurowych zlokalizowanych w miejscowości Będzino wykorzystywanych przy realizacji usługi pełnienia nadzoru nad projektem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku węzeł Kiełpino /bez węzła/ - węzeł Kołobrzeg Zachód /z węzłem/" oraz „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku węzeł Kołobrzeg Zachód /bez węzła/ - węzeł Ustronie Morskie /z węzłem/ oraz budowa obwodnicy m. Kołobrzeg w ciągu drogi krajowej nr 11" oraz „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku węzeł Ustronie Morskie/bez węzła/ - początek obwodnicy Koszalina i Sianowa". Przedstawiona umowa została zawarta w 2017 roku ze stawką czynszu 3.200,00 zł za cały lokal biurowy
o powierzchni 150 m^2. Tym samym cena za m^2 wynosiła 21,30 zł. Odwołujący wskazał, że czynsz najmu za lokal zlokalizowany 85 km od obecnie planowanej lokalizacji Biura Konsultanta ustalony w 2017 roku nie stanowi miarodajnej podstawy do ustalenia czynszu najmu obowiązującego w 2023 roku w innej miejscowości (Szczecinek). Odwołujący podkreślił również fakt, iż lokal, na najem którego wykonawca EKO-INWEST przedłożył umowę nie był wyposażony w klimatyzowaną salę konferencyjną na 40 osób, która wymagana jest w ramach Biura Konsultanta zgodnie z Tomem III SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ") (pkt 2.2.1.). Nie można również pomijać przy kalkulacji ceny ofertowej inflacji na przestrzeni lat 2017-2022. W ocenie odwołującego ceny na przestrzeni lat 2017-2022 wzrosły o 32%, do czego wykonawca EKOINWEST w żaden sposób się nie odniósł. Podobnie w przypadku kosztów eksploatacji wskazanych w załączniku nr 2 do Wyjaśnień wykonawca EKO-INWEST nie uwzględnił kosztów inflacji, które powinny zostać przyjęte zważywszy na fakt, że przedłożone dowody pochodzą z 2020 roku, a więc z okresu sprzed wzrostu cen energii elektrycznej oraz gazu. Wykonawca wskazał, że dysponuje umeblowaniem oraz sprzętem elektronicznym, który może

zostać rozdysponowany na potrzeby nowego Biura Konsultanta, nie przedstawił w tym zakresie żadnych wiarygodnych dowodów takich jak na przykład ewidencja środków trwałych potwierdzających, że wykonawca EKO-INWEST rzeczywiście dysponuje wymaganym wyposażeniem Biura Konsultanta.
Środki transportu Konsultanta
Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca EKO-INWEST wskazał, że w ramach środków transportu Konsultanta założył 2 pojazdy i przeznaczył na ich eksploatację i utrzymanie kwotę 3.500,00 zł. Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do kosztów utrzymania środków transportu Konsultanta Wykonawca nie przedłożył jakichkolwiek wiarygodnych wyliczeń i kalkulacji. Wykonawca EKO-INWEST nie wykazał nawet, że dysponuje odpowiednimi pojazdami, które będą mogły poruszać się po terenie budowy, a także jaki jest rzeczywisty koszt ich nabycia (np. amortyzacja, leasing), koszt ich eksploatacji (przeglądy, naprawy, ubezpieczenie, bieżące utrzymanie). Brak również jakiejkolwiek kalkulacji pozwalającej na ustalenia na jakiej podstawie wykonawca założył miesięczny koszt paliwa w kwocie 1.000,00 zł netto dla każdego z pojazdów. W ocenie odwołującego w zakresie powyższego kosztu
a tym samym ceny zaoferowanej na jago pokrycie wykonawca EKO-INWEST całkowicie nie sprostał ciążącemu na nim ciężarowi dowodu.
Personel biurowy i pomocniczy
Odnosząc się do kosztów zatrudnienia Personelu biurowego i pomocniczego odwołujący wskazał, że wykonawca EKO-INWEST założył koszt zatrudnienia jednej osoby w ramach Personelu Biurowego na kwotę 4.320,00 zł za miesiąc (pensja minimalna powiększona
o koszt pracodawcy) podczas gdy koszt ten od lipca 2023 roku wynosi 4.391,28 zł.
W konsekwencji miesięczny koszt wynagrodzenia Personelu biurowego i odpowiednio Personelu pomocniczego wynosi 8.782,56 zł miesięcznie zamiast założonych 8.640,00 zł miesięcznie. Wskazać przy tym należy, że kwota założona w Formularzu ofertowym jest nisza od powyższych kwot i wynosi 8.420,00 zł odpowiednio dla Personelu biurowego jak i Personelu pomocniczego. W konsekwencji każda z pozycji jest niedoszacowana jest
o 362,56 zł miesięcznie, co w okresie 38 miesięcy daje kwotę 13.777,28 zł dla jednej pozycji (27.554,56 zł dla obu pozycji). Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca EKO-INWEST nie wykazał, że Pozycja „Personel biurowy" obejmuje całość kosztów związanych
z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta
a Pozycja "Personel pomocniczy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem wszelkich innych osób niezbędnych do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową
i OPZ zgodnie z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w pkt 1.2 i 1.3 Formularza Ofertowego.
Koszty usługi nadzoru i zarządzania
a) Odnosząc się do wyjaśnień dotyczących kosztów usługi nadzoru i zarządzania wykonawca EKO-INWEST wskazał, że część Personelu zatrudniana jest na podstawie umowy o pracę, natomiast nie przedłożył jakichkolwiek wiarygodnych dokumentów (nawet zanonimizowanych umów o pracę) potwierdzających realność ponoszonego kosztu. Jednocześnie zauważyć należy, bazując na tabeli z wyliczeniami dniówek zawartymi
w Wyjaśnieniach, że dla części Personelu Konsultanta realny koszt zatrudnienia jest wyższy niż cena wskazana w Formularzu ofertowym za poszczególne dniówki. Dotyczy to prawnika, którego dniówka w Formularzu Ofertowym została skalkulowana na poziomie 200,00 zł natomiast wykonawca EKO-INWEST wskazuje na realny koszt pracy prawnika wynoszący 218,00 zł za dniówkę. Przyjmując 420 dniówek jakie zostały założone dla Prawnika
w formularzu ofertowym pozycja ta została niedoszacowana o:
koszt pracy prawnika – 420 dniówek x 218,00 zł = 91.560,00 zł
wynagrodzenie zgodnie z Formularzem ofertowym – 420 dniówek x 200,00 zł = 84.000,00 zł
Pozycja została niedoszacowana o 7.560,00 zł.
b) wykonawca EKO-INWEST w swoich wyjaśnieniach, wskazał że koszty zastępstw pracowników Konsultanta pokrywane będą przez pozostałe osoby z zespołu Konsultanta. Powyższe założenie zostało oparte o projektowane postanowienia § 11 ust. 17 Umowy zgodnie z którymi w przypadku, gdy członek Personelu Konsultanta nie może zostać zastąpiony lub zmieniony, Inżynier Kontraktu lub Konsultant jest zobowiązany najpóźniej
w tym samym dniu wskazać spośród Personelu Konsultanta osobę lub osoby wykonujące tymczasowo obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, przy czym stan taki nie będzie trwał dłużej niż 3 miesiące. Zdaniem odwołującego, wykonawca EKO-INWEST nie wskazał natomiast, że zgodnie z projektowanym postanowieniem § 11 ust. 18 Umowy Konsultant nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu tymczasowego wykonywania obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej (w zakresie dniówek osoby tymczasowo zastępowanej). Powyższe oznacza, że pomimo ponoszenia kosztów absencji danego członka Personelu Konsultanta Wykonawca nie uzyskuje z tego tytułu wynagrodzenia, tym samym koszty te powinny zostać uwzględnione w wyjaśnieniach. Przy takiej konstrukcji możliwości zapewnienia absencji członków Personelu Konsultanta wykonawca powinien uwzględnić stosowny koszt zarówno na nieobecności związane z wypoczynkiem jak i chorobą członków Personelu Konsultanta. Zakładając same absencje urlopowe w wymiarze 26 dniówek w skali roku należy założyć, że na średnio 250 dni pracujących w roku, Konsultant otrzyma wynagrodzenie tylko za 224 dniówki w odniesieniu do członków Personelu, dla których zamawiający będzie wymagał pełnego etatu. Zgodnie z wyliczeniami odwołującego szacowany koszt urlopów wyniesie kwotę 618.069,50 zł netto. Jest to kwota, o którą oferta wykonawcy EKO-INWEST została niedoszacowana.
Koszt transportu zamawiającego
Odwołujący zwrócił uwagę na fragment Wyjaśnień dotyczących zakupu samochodu typu SUV oraz podniósł, że jednocześnie w dalszej części wyjaśnień wykonawca wskazał, że założył, iż kwoty przyjęte do kalkulacji obejmują koszty ubezpieczenia, rejestracji, niezbędnych przeglądów technicznych i bieżących napraw, myjni itp. i wynoszą odpowiednio: 95.000,00 zł netto w okresie projektowania oraz realizacji robót oraz 1.000,00 zł netto/m-c
w okresie przeglądów. Kwota ta obejmuje również koszt abonamentu na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania dla miasta Szczecin – siedziby GDDKiA
w Szczecinie. Łączna kwota założonych kosztów związanych ze środkiem transportu zamawiającego w okresie realizacji zamówienia została oszacowana przez wykonawcę na kwotę 110.000,00 zł. Kwota wynagrodzenia wskazana w Formularzu Ofertowym to kwota 81.900,00 zł. Kwota ta pokrywa zakup samochodu o parametrach wskazanych w SWZ, natomiast wykonawca EKO-INWEST nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień pozwalających na przyjęcie, że wykonawca EKO-INWEST udowodnił, iż zaoferowana cena w pozycji 1.4 i 4.4. Formularza Ofertowego pokrywa wszystkie koszty samochodu zamawiającego zgodnie
z wymaganiami pkt 2.4 OPZ, a mianowicie koszt pojazdu zastępczego, koszt przeglądu technicznego, koszt

ubezpieczenia OC, NNW i Assistance. Wskazać należy, że zgodnie
z OPZ Konsultant ponosi koszt paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przechowywania opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy
w miesiącu (dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), sprzątania wnętrza samochodu raz w miesiącu, abonamentu na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania dla miasta Szczecin – siedziby GDDKiA w Szczecinie. Zdaniem odwołującego w powyższym zakresie wykonawca EKO-INWEST nie sprostał ciężarowi dowodu. Odwołujący wskazał, że zgodnie z OPZ zamawiający założył limit średnio 5.000 kilometrów na miesiąc (średnio 4.000 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności). Powyższe oznacza, że wykonawca w swojej kalkulacji powinien przyjąć 190.000 km
w okresie projektowania i realizacji robót (38 miesięcy x 5.000 km) i 60.000 km w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności (15 miesięcy x 4.000 km). Łączny limit kilometrów wynosi 250.000 km w okresie realizacji umowy. Zakładając średnie spalanie modelu przyjętego w wyjaśnieniach,
a mianowicie Dacia Duster Diesel 1.5 115KM jako 5,6 l na 100 km należy wskazać, że łączny koszt paliwa może wynieść około 91.000,00 zł w okresie całej realizacji Umowy. Podstawy kalkulacji:
Ilość km: 250.000
Spalanie 5,6 l/100km
Cena 1 l paliwa Diesel: 6,5 zł X = 2.500*5,6*6,5 = 91.000,00 zł
Ze względu na brak jakichkolwiek kalkulacji wykonawcy EKO-INWEST uwzględniających pozostałe koszty wymagane przez zamawiającego brak jest możliwości pełnego oszacowania o ile cena w pozycjach 1.4 i 4.4 została zaniżona.
Pozostałe koszty
Odwołujący wskazał, że w Wyjaśnieniach wykonawcy brak jakichkolwiek dowodów związanych z wyliczeniem kosztów następujących pozycji:
- Koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy
- Marża na Koszty Ogólne
- Koszty systemu działającego na zasadach „Help Desk”
- Koszty tłumaczeń
Waloryzacja i ryzyko związane ze wzrostem kosztów
Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca w swojej ofercie założył rezerwę na poziomie 14.000,00 zł. Zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 1 projektowanych postanowień Umowy Wynagrodzenie płatne Konsultantowi będzie korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztów w gospodarce narodowej, z zastrzeżeniem ust. 9. Zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 9 projektowanych postanowień Umowy łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy. Powyższe oznacza, że maksymalny poziom waloryzacji Umowy wynieść może dla wykonawcy EKO-INWEST 747.031,60 zł. W wyjaśnieniach wykonawcy brak jakichkolwiek wyjaśnień co do ryzyka związanego z koniecznością pokrycia kosztów związanych
z realizacją zamówienia, które nie zostaną pokryte przez waloryzację umowną. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, w której przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw w czerwcu 2023 roku w porównaniu z analogicznym okresem ubiegłego roku było wyższe o 11,9% a inflacja bazowa w czerwcu 2023 roku 10,3%.
Reasumując powyższe odwołujący podkreślił, że wykonawca EKO-INWEST nie sprostał ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Dla wielu pozycji, dla których wykonawca został zobowiązany do złożenia szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami, wykonawca EKO-INWEST nie złożył stosownych dowodów lub dowody te nie potwierdzają założonego kosztu lub nie są adekwatne w realiach postępowania. Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy EKO-INWEST powinna podlegać odrzuceniu a odwołanie jest w całości zasadne.
W uzasadnieniu dla drugiego zarzutu odwołujący wskazał, że w przypadku złożenia przez wykonawcę podlegającego obligatoryjnemu wykluczeniu samooczyszczenie zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. W ocenie odwołującego w postępowaniu zamawiający nie zastosował powyższych przepisów pomimo ich obligatoryjnego charakteru jak również
w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy BBC z postępowania przez co należy stwierdzić, że ocena złożonego samooczyszczenia nie uwzględnia wszystkich aspektów sprawy.
Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki odrzucenia oferty w SWZ w punkcie 9.2. IDW, w tym przesłankę odnoszącą się do art. 109 ust. 1 pkt 7 jak również art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że wykonawca BBC wraz z ofertą złożył m.in. załączniki o nazwach:
- samooczyszczenie_spk_04_2023.pdf_3675766,
- zalaczniki_do_samooczyszczenia_spk_04_2023.pdf_3675772,
- wyjasnienia_bbc_04_2023.pdf_3675770,
- zalaczniki_do_wyjasnien_04_2023.pdf_3675774.
Następnie w uzupełnieniu „samooczyszczenia” wykonawca w dniu 14 lipca 2023 roku złożył kolejne wyjaśnienia:
- samooczyszczenie_spolka_14.07.23,
- zalaczniki_do_samooczyszczenia_spolka_komandyt.
Z Załącznika D1 (plik Załączniki do Samooczyszczenia Spółka Komandyt.pdf.) wynika, że BBC (będący członkiem Konsorcjum) został w dniu 27 stycznia 2023 roku wykluczony
z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji przetargowej dla inwestycji pn. „Budowa obiektu laboratoryjno-dydaktycznego wraz*
z zapleczem technicznym, infrastrukturą towarzyszącą, przyłączami, ciągami komunikacyjnymi i zagospodarowaniem terenu na potrzeby Innowacyjnego Centrum Nauk Żywieniowych – ICNŻ”oraz pełnienie nadzoru autorskiego na etapie realizacji prac budowlanych, gdzie zamawiającym była Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego
w Warszawie. Podstawą wykluczenia był między innymi art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, że Konsorcjum (którego członkiem było BBC) nie wykonywało prawidłowo obowiązków z umowy zawartej pomiędzy Konsorcjum a SGGW. Skutkiem tego zamawiający odstąpił od tej umowy. BBC nie odwołało się od czynności wykluczenia. Oznacza to, że od dnia 7 lutego 2023 roku wykluczenie stało się skuteczne. Odstąpienie od umowy przez SGGW nastąpiło 9 czerwca 2022 roku, a zatem od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia

nie upłynął trzyletni okres wskazany w art. 111 pkt 4 Pzp. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu zachodzi wobec BBC przesłanka wykluczenia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.
Ponadto odwołujący wskazał, że z treści samooczyszczenia wynika, iż BBC (występujące samodzielnie lub jako członek Konsorcjum):
a. dnia 22 listopada 2022 roku zostało wykluczone na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp
z postępowania *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robot oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Zabierzowa w ciągu drogi krajowej nr 79"* (zamawiający: GDDKiA Oddział w Krakowie);
b. dnia 27 stycznia 2023 roku zostało wykluczone na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp z postępowania *Opracowanie dokumentacji przetargowej dla inwestycji pn. „Budowa obiektu laboratoryjno-dydaktycznego wraz z zapleczem technicznym, infrastrukturą towarzyszącą, przyłączami, ciągami komunikacyjnymi i zagospodarowaniem terenu na potrzeby Innowacyjnego Centrum Nauk Żywieniowych – ICNŻ" oraz pełnienie nadzoru autorskiego na etapie realizacji prac budowlanych"* (zamawiający: Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie);
c. dnia 17 marca 2023 roku zostało wykluczone na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8, pkt 9 i pkt 10 Pzp z postępowania *Pełnienie nadzoru realizacją zadania pn.: „Kontynuacja rozbudowy drogi krajowej nr 22 na odcinku Czarlin – Knybawa"* (zamawiający: GDDKiA Oddział
w Gdańsku);
d. dnia 11 lipca 2023 roku zostało wykluczone na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, pkt 8, pkt 9 i pkt 10 Pzp z postępowania *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy miejscowości Gąski w ciągu drogi krajowej nr 65"* (zamawiający: GDDKiA Oddział w Olsztynie);
e. dnia 24 lipca 2023 roku zostało wykluczone na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, pkt 8, pkt 9 i pkt 10 Pzp z postępowania *Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 65 na odcinku Gąski – Ełk (Zadanie nr 4) oraz na odcinku Nowa Wieś Ełcka - granica województwa (Zadanie nr 7)"*(zamawiający: GDDKiA Oddział w Olsztynie).
W ocenie odwołującego z analizy dokumentów samooczyszczenia należy wywieść, że podjęte przez BBC działania naprawcze są niewystarczające do wykazania jego rzetelności. Na gruncie poglądów doktryny i judykatury dopuszczalne jest dokonanie przez wykonawcę tzn. samooczyszczenia, na podstawie którego wykonawca może odzyskać uprawnienie do uczestnictwa w przetargu, poprzez złożenie stosownego oświadczenia, w którym udowodni, że zostały przez niego podjęte działania skutecznie gwarantujące wyeliminowanie na przyszłość działań będących podstawą wykluczenia. Powyższe pozwala wykonawcy na udowodnienie, że pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia podjęte przez niego działania świadczą o jego wiarygodności i pozwalają na uczestnictwo w postępowaniach przetargowych. Ustawa umożliwia wykonawcy wykazanie, że jest on zdolny do wykonywania zamówienia. Jednakże zgodnie z obowiązującymi przepisami, aby ta procedura była skutecznie zastosowana spełnione powinny zostać trzy przesłanki tj. powinno nastąpić naprawienie szkody, lub wykonawca powinien zobowiązać się do jej naprawienia, powinno nastąpić wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z sankcjonowanym zachowaniem oraz powinny zostać podjęte działania zaradcze w celu uniknięcia wystąpienia takich zachowań w przyszłości. Środki służące samooczyszczeniu zostały również określone
w dyrektywie 2014/24/UE z treści której wynika, że wykonawca w ramach procedury self-cleaning zobowiązany jest do udowodnienia, że zrekompensował wszelkie szkody, lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśniając fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami i podejmując konkretne środki techniczne, organizacyjne
i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom
w postępowaniach. Instytucja samooczyszczania ma zatem realizować zasadę proporcjonalności, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji
w zamówieniach publicznych, wobec czego nie ma podstaw do eliminowania z rynku zamówień publicznych przedsiębiorców, którzy są wprawdzie sprawcami określonych czynów popełnionych na szkodę zamawiających, ale podjęli określone działania naprawcze dające gwarancję wyeliminowania podobnych błędów w przyszłości. Podkreślić należy, że procedura samooczyszczenia może mieć zastosowanie jedynie w przypadku, gdy wykonawca zgadza się z faktem, że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia. Jeżeli kwestionuje zaistnienie podstaw wykluczenia, to nie można mówić o skutecznym samooczyszczeniu. Według odwołującego analiza treści samooczyszczenia BBC i pism (wyjaśnień) kierowanych do poszczególnych zamawiających (zawartych w pliku Załączniki do Samooczyszczenia Spółka Komandyt.pdf) wskazuje, że BBC nie uznaje zasadności wykluczenia:
a. w odniesieniu do wykluczenia przez GDDKiA Oddział w Krakowie w piśmie BBC z 28 października 2022 roku (str. 14 pliku Załączniki do Samooczyszczenia Spółka Komandyt.pdf) stwierdzono, że (…) nie może budzić żadnych wątpliwości, iż Wykonawca w żaden sposób nie wprowadził Zamawiającego w błąd;
b. w odniesieniu do wykluczenia przez SGGW w piśmie BBC z 10 lutego 2023 roku (str. 31 pliku Załączniki do Samooczyszczenia Spółka Komandyt.pdf) stwierdzono, że (…) stosowana forma samooczyszczenia Wykonawcy została uznana przez Krajową Izbę Odwoławczą za właściwą i przeprowadzoną w sposób prawidłowy;
c. w odniesieniu do wykluczenia przez GDDKiA Oddział w Olsztynie w dokumencie samooczyszczenia (str. 2 pliku samooczyszczenie_spolka_14.07.23) BBC stwierdza, że (…) Wykonawca nie wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż w czterech postępowaniach, toczonych równocześnie ze wspomnianym wyżej postępowaniem, Wykonawca przedstawił Zamawiającemu – tj. GDDKiA JEDZ (załącznik G2) oraz samooczyszczenie (załącznik G3 oraz G4). Dodatkowo w dniu 19 lipca 2023 roku BBC przesłało do GDDKiA Oddział
w Olsztynie Wniosek o reasumpcję, w którym wezwało Oddział (…) do uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia Wykonawcy-BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie z postępowania i dokonania ponownego badania
i oceny ofert. Co więcej, w dniu 21 lipca 2023 roku BBC złożyło odwołanie od dokonanej przez Oddział w Olsztynie czynności wykluczenia. Skoro BBC nie uznaje zasadności 3 z 4 przypadków wykluczenia opisanych w samooczyszczeniu to należy uznać, że procedura została przeprowadzona jedynie dla formalizmu. Jej celem nie jest zatem faktyczna „naprawa" działań BBC.
Odwołujący stwierdził, że w ramach trzeciej przesłanki wykonawca jest zobowiązany wskazać, iż podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom w postępowaniach. Środki zaradcze podjęte przez wykonawcę mogą dotyczyć budowy lub zmiany w budowie określonych struktur organizacyjnych, wprowadzania przejrzystego trybu podejmowania decyzji czy sposobu zarządzania kontraktami, wprowadzania systemów nadzoru i kontroli czy wprowadzania i egzekwowania wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane działania. Za środki organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, uznaje się np. wyciągnięcie konsekwencji dyscyplinarnych wobec

osób winnych popełnienia wykroczenia w postaci rozwiązania umowy o pracę, zatrudnienia dodatkowych specjalistów. Wykonawca może wykazać podjęcie środków mających świadczyć o jego rzetelności, np. poprzez złożenie pisemnego oświadczenia pokrzywdzonego o zrekompensowaniu szkody, dowodu uiszczenia grzywny, zapłaty zadośćuczynienia pieniężnego, dokonania przelewów wraz z notami obciążeniowymi na kwoty odpowiadające karom umownym lub złożenie oświadczenia inwestora o treści potwierdzającej, że szkoda została w całości naprawiona. Realizując tę przesłankę wykonawca musi wykazać, że implementując rozwiązania prowadzące do wyeliminowania błędów udowadnia, że podjęte przez niego działania świadczą o jego wiarygodności. W orzecznictwie podkreśla się, iż katalog środków służących do samooczyszczania się wykonawcy jest zamknięty. Jednakże, zawsze niezależnie od wykorzystanych środków wyjaśnienia wykonawcy muszą być wystarczające. Zgodnie
z orzecznictwem, KIO wskazuje, że w przypadku zastosowania procedury self-cleaning konieczna jest każdorazowa indywidualna ocena działań wykonawcy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Pomimo tego, że ciężar dowodu spoczywa w tej sytuacji na wykonawcy, to zamawiający powinien dokonać rzetelnej analizy przedstawionych środków naprawczych z uwzględnieniem stanu faktycznego. Zamawiający przy ocenie, czy podjęte zostały wystarczające czynności zmierzające do wyeliminowania błędów wykonawcy
w przyszłości jest zobowiązany ocenić wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania rzetelności, zamawiający nie wykluczy wykonawcy. Analiza samooczyszczenia doprowadziła odwołującego do stwierdzenia, że BBC wypracowało powtarzalny, sztampowy
i schematyczny proces „przeprowadzenia korekty" swojego działania. Sprowadza się on do trzech następujących po sobie elementów: (1) wyjaśnienia BBC przekazywane zamawiającemu po wykluczeniu z postępowania kwestionujące zasadność wykluczenia (w 3 z 4 przypadków wykluczenia wskazanych w samooczyszczeniu), (2) protokół z kontroli komisji ds. badania ofert (we wszystkich 4 przypadkach wykluczenia wskazanych
w samooczyszczeniu) oraz (3) szkolenie z radcą prawnym (we wszystkich 4 przypadkach wykluczenia wskazanych w samooczyszczeniu). Drugim etapem działań podejmowanych przez BBC jest kontrola komisji ds. badania ofert. Przeprowadzone kontrole ustaliły następujące przyczyny, które doprowadziły do wykluczenia BBC. W każdej z sześciu przeprowadzonych kontroli ustalono takie same powody, dla których BBC było wykluczane
z postępowania. Fakt ten jednoznacznie pokazuje, że żadne działania podejmowane przez BBC, po kolejnych przypadkach wykluczenia, nie przynoszą rezultatu. BBC na przestrzeni ostatnich 17 miesięcy (luty 2022 roku – lipiec 2023 roku) zostało 9 razy wykluczone
z postępowania. Po każdym z tych przypadków komisja ds. badania ofert w pkt VII protokołu przedstawiała wnioski pokontrolne/zalecenia dla wykonawcy. Z samooczyszczenia wynika, że BBC jedynie raz (uchwałą z 10 marca 2022 roku) formalnie wdrożył zalecenia z protokołu kontroli (z dnia 5 lutego 2022 roku). Nawet w tym przypadku brak jest jednak jakichkolwiek dowodów na to, że działania wskazane w uchwale realnie zostały przeprowadzone. Notoryczne popełnianie tych samych błędów skutkujących wykluczeniem z postępowania jest czytelnym potwierdzeniem, że kontrola ma wyłącznie charakter pozorny. Jej celem nie jest realne ustalenie przyczyn nieprawidłowości po stronie BBC, lecz sporządzenie dokumentu, który będzie można przedstawić zamawiającemu jako (wątpliwy) dowód na samooczyszczenie. Trzecim i ostatnim elementem opracowanego przez BBC schematu samooczyszczenia jest szkolenie pracowników przeprowadzone przez radcę prawnego.
W tym przypadku – podobnie jak w treści protokołów komisji ds. badania ofert – zauważalna jest powtarzalność tematyki szkoleń. Załącznikiem do protokołu z przeprowadzonego szkolenia pracowników były imiona i nazwiska dwóch osób, które uczestniczyły w szkoleniu. BBC nie wyjaśnia w samooczyszczeniu jaką funkcję pełnią szkolone osoby. Nie wiadomo nawet czy szkolone osoby biorą jakikolwiek udziału w przygotowaniu ofert. Nie sposób uznać, że fakt każdorazowego przeszkolenia dwóch osób, o których zakresie czynności nic nie wiadomo pozwala na uznanie skuteczności samooczyszczenia. Jak stwierdził odwołujący jednym z elementów skutecznego samooczyszczenia, stosownie do art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a Pzp, jest zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. BBC nie tylko nie zerwał takich powiązań, lecz nawet nie ustalił osób, których działania doprowadziły do wykluczenia z postępowania. Wydaje się, że w dobie elektronicznych zamówień publicznych pracodawca nie powinien mieć problemu z ustaleniem pracownika, którzy przygotował (a może nawet przekazał zarządowi do podpisu) dokumenty skutkujące późniejszym wykluczeniem wykonawcy. Abstrahując jednak od tego należy stwierdzić, że brak ustalenia takich osób stwarza ryzyko, że te same osoby mogą w dalszym ciągu uczestniczyć w postępowaniach i popełniać tożsame lub podobne błędy, narażając kolejnych zamawiających na podjęcie działań doprowadzających do wyboru ofert w sposób wadliwy. W ocenie odwołującego BBC pomimo braku skuteczności (o czym świadczą kolejne wykluczenia z postępowań) ciągle przeprowadza samooczyszczenie według jednego schematu (wyjaśnienia → kontrola komisji ds. badania ofert → szkolenie), którego celem jest jedynie stworzenie wrażenia, że BBC podejmuje działania służące „naprawieniu" swojego postępowania. Odwołujący wskazał, że już po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postepowaniu wykonawca BBC został wykluczony z kolejnego postępowania, a mianowicie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i Rozbudowa drogi krajowej nr 79 na odcinku Ciepielów – Lipsko wraz z budową obwodnicy Ciepielowa, w ciągu drogi krajowej nr 79 od km ok. 119+970 do km ok. 128+200. Odcinek 1. Projekt i budowa Obwodnicy Ciepielowa*
w km 119+970 do km ok. 121+836 Odcinek 2. Projekt i rozbudowa DK 79 w km 121+836 do km ok. 128+200" z powodów wskazanych powyżej. Również wyrokiem w sprawie o sygn. akt: KIO 2143/23, KIO 2147/23 z 14 sierpnia 2023 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie BBC wniesione od czynności wykluczenia go z postepowania i odrzucenia jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienie publicznego pn.: *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy miejscowości Gąski w ciągu drogi krajowej nr 65"* w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8, 9 i 10 w zw. z art. 110 ust. 3 Pzp. W obu postępowaniach wykonawca zastosował ten sam schemat działania jak w postępowaniu, co potwierdza, że wykonawca BBC składając oświadczenie o samooczyszczeniu nie wypełnia przesłanek określonych przepisem art. 110 ust. 2 Pzp, a jego działania mają charakter wyłącznie pozorny.
Mając na względzie powyższe, w ocenie odwołującego, wykonawca BBC w oparciu
o przywołane powyżej podstawy prawne powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona, a odwołanie uwzględnione w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili: wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą
w Szczecinie i wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą
w Warszawie.

W dniu 30 sierpnia 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

Podobnie tego samego dnia tj. 30 sierpnia 2023 r., także wykonawcy zgłaszający przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego złożyli do akt sprawy pisma procesowe wraz z załącznikami zawierające argumentacje dla wniosku
o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów, które dotyczyły tych wykonawców.

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

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:
- wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą
w Szczecinie (zwanego dalej jako: „EKO-INWEST"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego;
- wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „BBC"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.
W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 28 sierpnia 2023 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ") Tom I, II, III i IV;
- oferty złożone w postępowaniu przez przystępujących;
- wezwanie z dnia 14 czerwca 2023 r. skierowane do wykonawcy EKO-INWEST dotyczące rażąco niskiej ceny;
- wyjaśnienia z dnia 26 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami, złożone przez wykonawcę EKO-INWEST w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- pismo z dnia 6 lipca 2023 r. złożone w postępowaniu przez wykonawcę BBC w przedmiocie informacji o sprawach spornych dotyczących złożenia przez zamawiających oświadczeń
o odstąpieniu od umowy wraz z załącznikami;
- pismo z dnia 14 lipca 2023 r. złożone w postępowaniu przez wykonawcę BBC zawierające oświadczenie o przeprowadzeniu procedury samooczyszczania (self-cleaning) wraz
z załącznikami;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 4 sierpnia 2023 r.;
- informację o cofnięciu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 sierpnia 2023 r.;
2)załączniki złożone wraz z pismem procesowym przez wykonawcę EKO-INWEST;
3)załączniki złożone wraz z pismem procesowym przez wykonawcę BBC.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający w dniu 12 maja 2023 r. udzielił następującej odpowiedzi na pytanie 17 zadane do treści SWZ:
Odpowiedź na pytanie nr 17:
Zamawiający działając na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy PZP, dokonuje modyfikacji treści Tom III OPZ. Zmiana dotyczy pkt. 2.4.
Istniejący zapis: Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.4 oraz 4.4 Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio 5 000 kilometrów na miesiąc (średnio 4 000 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu
Zastępuje się następującym: Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.4 oraz 4.4 Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio 5 000 kilometrów na miesiąc (średnio 2 500 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu.
Wykonawca EKO-INWEST pismem z dnia 14 czerwca 2023 r. został wezwany, na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał m. in.:
W związku z powyższym prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia, a cena ofertowa zawiera wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty w oparciu
o Formularz cenowy tj.:
1. Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia
2. Usługa nadzoru i zarządzania
3. Działania promocyjne
4. Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności
5. Majątkowe prawa autorskie
Wyjaśnienia Wykonawcy będą oceniane przez Zamawiającego w oparciu o przedstawione czynniki obiektywne mające wpływ na zaoferowaną cenę. Wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska –

wyjaśnienia muszą być konkretne
i wyczerpujące a przedstawione dowody powinny potwierdzać, że zaproponowane ceny zostały skalkulowane w sposób rzetelny i umożliwiający wykonanie zamówienia zgodnie
z warunkami określonymi przez Zamawiającego. Wykonawca powinien mieć świadomość,
iż celem wyjaśnień jest umożliwienie dokonania przez Zamawiającego prawidłowej oceny, dlatego wyjaśnienia muszą zawierać informację przydatne dla owej oceny.
Wykonawca EKO-INWEST pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. złożył wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. Ww. wykonawca w wyjaśnieniach wymienił i opisał następujące grupy kosztowe:
1. Koszty administracyjne
2. Koszty usługi nadzoru i zarządzania
3. Koszty działań promocyjnych
4. Majątkowe prawa autorskie
5. Koszty transportu i telekomunikacji
6. Koszt ortofotoraportów
7. Koszty szkoleń
8. Koszty tłumaczeń
9. Koszty systemu działającego na zasadach „Help Desk"
10. Koszty polisy OC
11. Koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy
12. Koszty na inne nieprzewidziane wydatki (rezerwa)
13. Marża na Koszty Ogólne
14. Zysk

Ponadto wykonawca EKO-INWET załączył do wyjaśnień następujące dokumenty:
1. Umowę najmu pomieszczeń biurowych.
2. Wykaz kont syntetycznych nr 401 oraz 409 (Rozbudowa drogi S3/A6 odc. w. Kijewo).
3. Wykaz kont syntetycznych nr 401 oraz 409 (Budowa drogi S3 na odcinku Miękowo – koniec obw. Brzozowa wraz z rozbudową odcinka Miękowo – Rzęśnica).
4. Ofertę firmy transportowej.
5. Tabelę nr 1 - Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta.
6. Tabelę nr 2 - Kalkulacja ceny.
7. Oświadczenia personelu Konsultanta zatrudnionego na podstawie „umowy zlecenie".
8. Oświadczenie PUI EKO-INWEST S.A. w sprawie wynagrodzenia pracowników.
9. Ofertę na wykonanie zdjęć lotniczych oraz materiałów filmowych.
10. Ofertę na stworzenie strony internetowej.
11. Wydruki ze strony internetowej otomoto.pl – koszt zakupy pojazdu.
12. Oświadczenie wykonania ortofotoraportów.
13. Aktualną polisę OC.
14. E-mail od Towarzystwa Ubezpieczeniowego w sprawie polisy OC.

Wykonawca BBC pismem z dnia 6 lipca 2023 r. złożył zamawiającemu oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych dotyczących złożenia przez zamawiających oświadczeń o odstąpieniu od umowy wraz z załącznikami.
Dodatkowo ww. wykonawca pismem z dnia 14 lipca 2023 r. złożył zamawiającemu oświadczenie o przeprowadzeniu procedury samooczyszczania (self-cleaning) wraz
z załącznikami.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego EKO-INWEST. Oferta wykonawcy BBC została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu, natomiast oferta odwołującego – na trzeciej.

W dniu 7 sierpnia 2023 r. zamawiający opublikował informację o cofnięciu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomił o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty. Po powtórnym wyborze najkorzystniejszej oferty wynik się nie zmienił tj. jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego EKO-INWEST, natomiast oferty wykonawcy BBC oraz odwołującego zostały sklasyfikowane odpowiednio na drugiej i trzeciej pozycji
w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*;
- art. 224 Pzp – 1. *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie*
z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów
w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika
z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:
1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.
o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz
z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
7. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania*;
- art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 9 i 10 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*
7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, 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, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
8) 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;
9) który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności zamawiającego lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę
w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
10) 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. 111 pkt 4 Pzp – *Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa*
w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;
- art. 110 ust. 2 i 3 Pzp – *2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:*
1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu,
w szczególności:
a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
b) zreorganizował personel,
c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.
3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.
Zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania dotyczył oferty wykonawcy EKO-INWEST i koncentrował się wokół kwestii rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy.
W związku z tym dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu najistotniejsze znaczenie miały: wezwanie z dnia 14 czerwca 2023 r. skierowane do wykonawcy EKO-INWEST w celu udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia z dnia 26 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami złożone przez tego wykonawcę w odpowiedzi na powyższe wezwanie.
W ocenie składu orzekającego punktem wyjścia w procesie rozstrzygania było wezwanie do złożenia wyjaśnień, ponieważ to wezwanie determinuje treść złożonych wyjaśnień, co
w konsekwencji wpływa na ich ocenę w procesie badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. W ocenie składu orzekającego wezwanie było dość ogólnikowe. Sprowadzało się do zacytowania dyspozycji art. 224 ust. 3 Pzp, zwracało

uwagę na procentowy stosunek ceny wykonawcy do wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a także wskazywało rodzaje kosztów wynikających z formularza cenowego, które miały być niezbędne do poniesienia w celu realizacji zamówienia. Koszty wskazane w wezwaniu dotyczyły kosztów: administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia, usług nadzoru
i zarządzania, działań promocyjnych, administracyjnych od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności i majątkowych praw autorskich.
W odpowiedzi na powyżej opisane wezwanie, wykonawca EKO-INWEST złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do wszystkich kwestii będących przedmiotem wezwania. Ponadto do wyjaśnień zostały załączone dowody, które miały popierać argumentację w nich zawartą. Złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia Izba uznała za adekwatne do treści wezwania,
a w zestawieniu z załączonymi dowodami za uzasadniające w sposób wystarczający podaną w ofercie cenę. Tym samym zamawiający słusznie ocenił, że wykonawca EKO-INWEST wywiązał się należycie ze spoczywającego na nim ciężaru wykazania, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Brak było zatem podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy przez zamawiającego.
W dalszej kolejności skład orzekający odniósł się do poszczególnych pozycji kosztowych kwestionowanych w odwołaniu:
a) biuro konsultanta – jako punkt wyjściowy swojej kalkulacji wykonawca EKO-INWEST istotnie przyjął koszt jaki ponosił z tytułu najmu powierzchni biurowych w miejscowości Będzino w wysokości 3.200 zł netto miesięcznie. Ostatecznie jednak przyjęta do kalkulacji stawka czynszu wynosiła 3.800,00 zł netto miesięcznie, natomiast całkowity założony koszt funkcjonowania biura konsultanta wynosił 4.200 zł netto miesięcznie i zgodnie
z wyjaśnieniami zakładał ewentualny wzrost cen najmu i energii elektrycznej.
Poza tym wykonawca w wyjaśnieniach (str. 5-6) zwrócił uwagę na zakończone inwestycje znajdujące się w okolicy miejsca świadczenia usługi dla przedmiotowego postępowania. Na tej podstawie wykonawca dokonał oszacowania kosztów związanych z funkcjonowaniem biura konsultanta zarówno w zakresie kosztu najmu jak i kosztów materiałów eksploatacyjnych (media, materiały biurowe, catering, itp.), kosztów związanych
z wykorzystaniem mebli i sprzętu elektronicznego oraz kosztów transportu. Dodatkowo argumentacja wykonawcy w zakresie kosztów biura konsultanta została poparta dowodami nr 1-4, które zostały załączone do wyjaśnień.
Wobec powyższego skład orzekający uznał, że zamawiający uzyskał wystarczające informacje od wykonawcy w zakresie kosztów funkcjonowania biura konsultanta. Tym samym brak było podstaw do uznania oświadczenia EKO-INWEST w tym zakresie za niewiarygodne lub niewystarczające.
b) środki transportu konsultanta – wykonawca EKO-INWEST wyjaśnił, że przewiduje miesięczne koszty zakupu paliwa na kwotę 1.000 zł netto, a koszty eksploatacyjne
i ubezpieczenia na kwotę 500 zł netto, za jeden pojazd. Mając na uwadze konieczność dysponowania dwoma pojazdami, wykonawca sumaryczną kwotę 3.000 zł netto zwiększył dodatkowo do kwoty 3.500 zł netto miesięcznie, którą przedstawił w kalkulacji. Przedstawione wyliczenia skład orzekający uznał za przekonujące. Koszty zakupu pojazdu oraz koszty dowozu pracowników na miejsce budowy wykonawca zawarł natomiast
w osobnych pozycjach kalkulacji (pkt 5.1 i 5.2 w Tabeli nr 2 stanowiącej załącznik nr 6 do wyjaśnień).
Dodatkowo Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania kalkulacji ceny załączonej do wyjaśnień wykonawcy EKO-INWEST (jako załącznik nr 6). Co prawda ww. kalkulacja była dokumentem sporządzonym przez wykonawcę, niemniej powyższe nie przesądziło o tym, że była ona pozbawiona mocy dowodowej. Kalkulacja bowiem jak każdy dowód podlegała ocenie. Zdaniem składu orzekającego analiza treści kalkulacji potwierdziła, że zamawiający słusznie uznał, iż oferta wykonawcy EKO-INWEST nie podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę. Warto przy tym zwrócić uwagę, że odwołujący nie złożył żadnego dowodu, ani nie przedstawił szczegółowej argumentacji, które mogłyby podważyć ww. kalkulację. W związku z tym Izba, kierując się zasadą kontradyktoryjności postępowania odwoławczego uznała stanowisko odwołującego za niepotwierdzone.
c) personel biurowy i pomocniczy – wykonawca EKO-INWEST przyjął miesięczne wynagrodzenie jednego pracownika biurowego i pomocniczego w wysokości 3.600,00 zł brutto, tj. w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego od 1 lipca 2023 r. zgodnie z § 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. Koszt ten powiększono o narzut na koszty ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego. Tym samym Izba stwierdziła, że wykonawca EKO-INWEST przedstawił realne stawki rynkowe wynagrodzenia oraz kosztów pracy i nie wynikało z nich, aby zamierzał zatrudniać pracowników za wynagrodzeniem poniżej wartości wynagrodzenia minimalnego.
Dodatkowo odwołujący niesłusznie przyjął w wyliczeniach kosztów zatrudnienia wysokość stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe na poziomie 1,67%. Wykonawca EKO-INWEST wykazał, że obowiązująca wysokość stopy procentowej w jego przypadku wynosi 0,67%. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności koszt zatrudnienia personelu biurowego i pomocowego wynosił 4.169,85 zł (minimalne wynagrodzenie do czerwca 2023) oraz 4.301,28 zł (minimalne wynagrodzenie od lipca do grudnia 2023), a nie jak przedstawił odwołujący odpowiednio 4.257,10 zł oraz 4.391,28 zł. Wobec powyższego miesięczny koszt zatrudnienia personelu biurowego i odpowiednio pomocniczego wykonawcy EKO-INWEST wynosił 8.602,56 zł miesięcznie, a w kalkulacji została przyjęta kwota 8.640,00 zł miesięcznie. Tym samym zarzut odwołującego o niedoszacowaniu ww. pozycji okazał się bezpodstawny.
Co prawda wykonawca EKO-INWEST dopiero w trakcie trwania postępowania odwoławczego złożył dowód dotyczący obowiązującej u niego wysokości stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe, który potwierdził przedstawione w wyjaśnieniach wyliczenia, jednak Izba nie uznała tego dokumentu za spóźniony. Wykonawca EKO-INWEST w wyjaśnieniach złożył adekwatne do treści wezwania stanowisko, które potwierdziło zasadność przyjętych przez niego kosztów dotyczących personelu biurowego
i pomocniczego. Zamawiający w treści wezwania nie formułował szczegółowych wątpliwości w zakresie dotyczącym kosztów personelu biurowego i pomocniczego, stąd też wykonawca EKO-INWEST udzielił wyjaśnień w tym zakresie na poziomie szczegółowości, który uznał za stosowny. Takie działanie wykonawcy było adekwatne do treści wezwania, co oznaczało, że nie mogło skutkować dla niego tak daleko idącą konsekwencją jaką jest odrzucenie oferty. Wykonawca EKO-INWEST w odpowiedzi na argumentację odwołującego przygotował stanowisko, które zostało poparte dowodem, który nie zmieniał treści wyjaśnień, ale je potwierdzał, co w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie mogło skutkować pominięciem tego dowodu.
d) koszty usługi nadzoru i zarządzania – wykonawca EKO-INWEST przedłożył szczegółową kalkulację dotyczącą kosztów zatrudnienia wraz z podaniem imienia i nazwiska pracownika, stanowiska, rodzaju zatrudnienia oraz prognozowanego zaangażowania ekspertów

z podziałem na wymagane okresy wykonywania robót oraz okres przeglądów i rozliczenia kontraktu (załącznik nr 5 do wyjaśnień) oraz dowody potwierdzające, że wykonawca ma możliwość zatrudnienia personelu za wysokość wynagrodzenia przyjętą w kalkulacji (załączniki nr 7 i 8 do wyjaśnień). W ocenie składu orzekającego złożone wyjaśnienia należało uznać za wystarczające, a szczegółowa kalkulacja przedstawiała realne stawki rynkowe kosztów pracy i wynagrodzenia.
Ponadto nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja odwołującego odnosząca się do konieczności każdorazowego przedkładania przez wykonawcę umów o pracę. Przepisy Pzp nie określają katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentację przedstawioną
w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, że podane wyjaśnienia oraz dowody do nich załączone (załączniki nr 5, 6, 7 i 8) okazały się wystarczające do uznania, że wykonawca EKO-INWEST prawidłowo oszacował wartość kosztów dotyczących usług i nadzoru szczególnie, że odwołujący żadnej inicjatywy dowodowej w tym kierunku nie podjął.
Poza tym nie można było zgodzić się z twierdzeniem odwołującego jakoby realny koszt zatrudnienia części personelu zawarty w wyjaśnieniach wykonawcy EKO-INWEST był wyższy niż ceny wskazane w ofercie. We wskazanym w treści odwołania przykładzie dotyczącym stanowiska prawnika, jego dniówka podana w wyjaśnieniach w wysokości 218 zł, stanowiła średni koszt dniówki pracownika zatrudnionego na danym stanowisku
u wykonawcy, a nie rzeczywisty koszty zatrudnienia tego pracownika na tym zamówieniu. Argument ten nie podważał wiarygodności wyjaśnień, tym bardziej, że realny koszt zatrudnienia prawnika wskazany w ofercie (200 zł dniówki) był zbliżony do średniego kosztu zatrudnienia prawnika w firmie (218 zł dniówki).
e) koszt transportu zamawiającego – nie można było zgodzić się z twierdzeniem odwołującego jakoby łączna kwota założonych kosztów związanych ze środkiem transportu zamawiającego w okresie realizacji zamówienia oszacowana została na kwotę 110.000,00 zł. Wskazana kwota stanowiła wyłącznie pozycję z pkt. 5.1 załącznika nr 6 wyjaśnień wykonawcy EKO-INWEST i dotyczyła kosztów zakupu pojazdu oraz kosztów ubezpieczenia, rejestracji, niezbędnych przeglądów technicznych, bieżących napraw, myjni oraz koszt abonamentu na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania dla miasta Szczecin – siedziby GDDKiA w Szczecinie. Koszty zakupu paliwa związane ze środkiem transportu zamawiającego, do których odniósł się odwołujący uwzględnione zostały natomiast w pkt. 1.4 załącznika nr 6 wyjaśnień i wynosiły sumarycznie 86.450,00 zł.
Ponadto zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 17 z dnia 12 maja 2023 r. zamawiający zmodyfikował treść opisu przedmiotu zamówienia redukując limit średnio 4.000 km w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności do poziomu 2.500 km. W związku z powyższym wykonawca EKO-INWEST dokonał wyliczenia kosztu paliwa dla samochodu użyczonego zamawiającemu z należytą starannością, uwzględniając aktualne brzmienie postanowień opisu przedmiotu zamówienia.
f) pozostałe koszty – w tym zakresie argumentacja odwołującego była zupełnie gołosłowna. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do hasłowego wskazania, że w wyjaśnieniach wykonawcy brak było jakichkolwiek dowodów związanych z wyliczeniem kosztów następujących pozycji: kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy, marży na Koszty Ogólne, kosztów systemu działającego na zasadach „Help Desk" oraz kosztów tłumaczeń.
W kontekście tej argumentacji skład orzekający stwierdził, że wykonawca nie musi
w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania. Co oznacza, że wykonawca nie ma obowiązku każdorazowo udzielać wyjaśnień co do wszystkich składowych mających wpływ na cenę lub koszt oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiać wątpliwości zamawiającego przede wszystkim w tym zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień. W okolicznościach przedmiotowej sprawy wyjaśnienia wykonawcy EKO-INWEST odpowiadały treści wezwania, a Izba nie znalazła żadnych powodów do uznania ich na nieprawidłowe.
g) waloryzacja i ryzyko związane ze wzrostem kosztów – stanowisko odwołującego w tym zakresie okazało się chybione. Jak zauważył sam odwołujący projektowane postanowienia umowy w §6 przewidują waloryzację wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z tymi postanowienia wynagrodzenie będzie waloryzowane raz w miesiącu po upływie 6 miesięcy od daty rozpoczęcia świadczenia usługi. Wykonawca EKO-INWEST zabezpieczył także kwotę na nieprzewidziane koszty w wysokości 0,2% wartości oferty netto, tj. około 14.000 zł.
Na koniec należało zauważyć, że wykonawca przewidział zysk na poziomie 170.000,00 zł, co stanowiło 2,3% kosztów ogółem. W razie wystąpienia jakichkolwiek innych nieprzewidzianych kosztów wynikających czy to z inflacji, czy z błędnie przyjętych przez EKO-INWEST założeń do kalkulacji, wykonawca będzie miał możliwość sfinansowania ich
z planowanego zysku. Wykonawca powinien bowiem wykazać, że przychody, jakie spodziewa się osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia, co najmniej w całości pokryją koszty związane z jego realizacją. Nie jest warunkiem koniecznym, aby zysk ten był odpowiednio wysoki.
Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku
z art. 224 Pzp podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania.
Drugi zarzut podniesiony w odwołaniu odnosił się do oferty wykonawcy BBC.
W związku z oddaleniem zarzutów dotyczących oferty wybranego wykonawcy tj. oferty wykonawcy EKO-INWEST, rozstrzygnięcie zarzutu podniesionego wobec oferty wykonawcy BBC i tak nie miało wpływu na wynik postępowania. Jednakże Izba rozpoznała przedmiotowy zarzut i uznała, że nie znalazł on potwierdzenia.
W tym zakresie skład orzekający w pełnej rozciągłości przyjął i uznał za własne stanowisko zamawiającego oraz przystępującego wykonawcy BBC, które zostało zawarte w odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, złożonych w dniu 30 sierpnia 2023 r. Zarówno zamawiający oraz wykonawca BBC argumentowali, że zarzut ten był przedwczesny i Izba zgodziła się przedmiotową argumentacją.
W postepowaniu zamawiający zastosował tzw. „procedurę odwróconą" o której mowa w art. 139 Pzp, a oferta wykonawcy BBC nie była ofertą najwyżej ocenioną. Z uwagi na powyższe, zamawiający wyjaśnił, że na tym etapie nie dokonał jeszcze kwalifikacji podmiotowej wykonawcy BBC w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału
w postępowaniu. Poza tym zamawiający przewidział możliwość dokonania najpierw badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy w pkt VI.3) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z którym: *Będzie stosowana procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 Pzp* oraz w pkt. 4.2 SWZ: *Zamawiający będzie stosował procedurę, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (tj. tzw. procedurę odwróconą)*.
Zastosowanie powyżej wskazanej regulacji pozwalało zamawiającemu na ograniczenie weryfikacji podmiotowej wykonawców do tego podmiotu, którego oferta została przez niego oceniona jako najwyżej punktowana. Tymczasem żądanie odwołującego prowadziło

w istocie do próby narzucenia na zamawiającego obowiązku weryfikacji podmiotowej szerszego katalogu wykonawców pomimo braku ustawowego obowiązku w tym zakresie.
Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 28 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 128/22, KIO 158/22:*Należy wskazać, że niniejsze Postępowanie prowadzone jest w trybie art. 139 ustawy Pzp tj. tzw. „procedury odwróconej". Przy stosowaniu trybu opisanego w art. 139 ustawy Pzp ocena braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczy tylko tego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. (…) Odwołujący nie może więc na tym etapie czynić Zamawiającemu zarzutu z faktu, że skorzystał z przysługującego mu zgodnie z ustawą Pzp uprawnienia. Słusznie wskazał Przystępujący (…), że Odwołujący zarzucił zaniechanie dokonania oceny w zakresie warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający nie musiał tej oceny na tym etapie dokonywać*.
Tym samym Izba oddaliła zarzut wskazany w pkt 2 *petitum* odwołania.

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 na rzecz oraz zamawiającego uzasadnione koszty obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący:…….

…….

…….