

Sygn. akt KIO 2163/23
Sygn. akt KIO 2167/23
Sygn. akt KIO 2175/23

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Członkowie: Monika Kawa-Ogorzałek

Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 8 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2023 r. przez:

1. wykonawcę **INKO CONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – KIO 2163/23**
2. wykonawcę **BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – KIO 2167/23**
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDOM INŻYNIERIA, ARCHITEKTURA DORADZTWO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U siedzibą w Bilbao, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – KIO 2175/23**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie** przy udziale

1. wykonawcy **BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – **KIO 2163/23** oraz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – **KIO 2175/23**
2. wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – **KIO 2163/23, KIO 2167/23, KIO 2175/23**
3. wykonawcy **INKO CONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – **KIO 2167/23** oraz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – **KIO 2175/23**

orzeka:

1. Oddala odwołania
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża:
 - a) wykonawcę **INKO CONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (KIO 2163/23)
 - b) wykonawcę **BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (KIO 2167/23)
 - c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDOM INŻYNIERIA, ARCHITEKTURA DORADZTWO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U siedzibą w Bilbao, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (KIO 2175/23) i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołań przez:
 - a) wykonawcę **INKO CONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (KIO 2163/23) (15 000 zł 00 gr)
 - b) wykonawcę **BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (KIO 2167/23) (15 000 zł 00 gr)
 - c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDOM INŻYNIERIA, ARCHITEKTURA DORADZTWO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U z siedzibą w Bilbao, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (KIO 2175/23) (15 000 zł 00 gr)

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: ...

.....
Członkowie:

.....

KIO 2163/23, KIO 2167/23, KIO 2175/23

UZASADNIENIE:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu

nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku Tychy – Podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E30 i E65) na obszarze Śląska, Etap I: Linia E65 na odcinku Tychy – Most Wisław”, numer referencyjny: 9090/IRZR3/15215/04171/22/P.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 155-445927.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

KIO 2163/23

W postępowaniu tym wykonawca INKO CONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący 1”) 24 lipca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, tj.:

1.odrzuć ofertę Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku Tychy – podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E65 na odcinku Tychy – Most Wisła” (dalej: „Postępowanie”) prowadzonym przez Zamawiającego, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

2.wybór oferty wykonawcy TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo tego, że oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 p.z.p. w związku z art. art. 16 pkt 2 p.z.p poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż rzeczona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu z zamówienia, a co nastąpiło na skutek badania ofert złożonych w postępowaniu z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący 1 wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania,

2.unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej

3.unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty zawierającej cenę rażąco niską

4.nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i tym samym udzielenie Odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego,

ewentualnie

5.nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem konieczności uzupełnienia przez Odwołującego złożonych przez niego wyjaśnień ceny rażąco niskiej oraz złożonych dowodów.

Nadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w dalszej części odwołania na okoliczności tam wskazane.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący 1 wskazał m.in.:

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w dniu 12 sierpnia 2022 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu: Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku Tychy – podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E65 na odcinku Tychy – Most Wisła”.

W dniu 8 września 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 22 324 500,00 PLN brutto.

W dniu 8 września 2022 roku Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert i opublikował na

stronie Postępowania zbiorcze zestawienie ofert. W postępowaniu oferty złożyło 10 Wykonawców, z czego oferty 5 wykonawców były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W dniu 14 lipca 2023 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, oferty TPF

sp. z o.o. i poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego oraz ofert wykonawców: ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, konsorcjum w składzie Multiconsult sp. z o.o. i Koltech Infra sp. z o.o. oraz BBF sp. z o.o.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako ofertę zawierającą cenę rażąco niską wskazując, że jego decyzja podyktowana jest tym, że głównym cennikiem cenotwórczym ceny, są koszty zatrudnienia personelu. Jak wskazał Zamawiający, odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających wysokość kosztów związanych z personelem Wykonawcy.

Ponadto Zamawiający wskazał, że wynagrodzenia Personelu Zespołu Stałego tj. Inspektorów nadzoru i specjalistów są obiektywnie oceniając na bardzo niskim nierealnym poziomie, a dla dwóch kluczowych stanowisk poziom ten można uznać wręcz za abstrakcyjnie niski. Dotyczy to stanowisk Inżyniera Projektu oraz Inżyniera Rezydenta, dla których przewidziano wynagrodzenia na poziomie zdecydowanie niższym niż oferty konkurencyjne – odpowiednio 6500 zł oraz 6000 zł miesięcznie.

Zamawiający uznał również, że Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów i kalkulacji związanych z udziałem podmiotów trzecich udostępniających zasoby - Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. oraz MOSTY KRAKÓW Spółka Akcyjna, w realizacji zamówienia jako podwykonawcy.

Powyższe wnioski doprowadziły Zamawiającego do wniosku, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisu art. 224 ust. 1 pkt 1, a Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu w powyższym zakresie.

Mając na uwadze powyżej przywołane stanowisko Zamawiającego, nie można pominąć faktu, że Zamawiający w dniu 8 lutego 2023 roku wystosował do Odwołującego wezwanie w oparciu o przepis art. 224 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p. żądając wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia.

Jak podkreślił Zamawiający w swoim wezwaniu, Zamawiający żądał wyjaśnień, co najmniej w zakresie określonym w pkt 4 i 6 wezwania, a mianowicie zgodności zaoferowanej ceny 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 10.10.2002 r. i zgodności zaoferowanej ceny z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Odwołujący w określonym powyżej obszarze złożył szczegółowe wyjaśnienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i niezbitnie wykazał, że zaoferowana przez niego cena jest zgodna zarówno z przepisami w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, jak również minimalnej stawki godzinowej, jak również w zakresie przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, w szczególności wskazując, że stawki Personelu Inżyniera ujęte w Załączniku 1B do oferty są wyższe, niż wynikające ze wskazanych powyżej przepisów. W powyższym zakresie wyjaśnienia Odwołującego nie zostały zakwestionowane przez Zamawiającego, przyjąć należy więc, że Zamawiający uznał je za wiarygodne i rzetelne. Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że Odwołujący udzielił wyjaśnień w minimalnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego, a powyższe wyjaśnienia Zamawiający przyjął, skoro ich treść nie została zakwestionowana w piśmie Zamawiającego zawierającym uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Wskazać należy, że to treść zapytania wystosowanego przez Zamawiającego w zakresie złożenia wyjaśnień dotyczących tego, czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską determinuje zakres udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r., KIO 65/23; z dnia 18 stycznia 2023 r., KIO 33/23, z dnia 17 stycznia 2023 r., KIO 17/23; z dnia 13 stycznia 2023 r., KIO 3466/22; z dnia 9 września 2022 r., KIO 2225/22; z dnia 20 kwietnia 2022 r., KIO 913/22).

A na Zamawiającym spoczywa obowiązek analizy treści wyjaśnień Odwołującego w zgodzie z treścią wezwania. Jeżeli więc Zamawiający oczekuje wyjaśnienia, że zaoferowana cena nie narusza określonych przepisów prawa, czego Odwołujący zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego dowiódł w swoich wyjaśnieniach przedstawiając kalkulacje potwierdzające, że wynagrodzenie Personelu Inżyniera nie jest niższe niż minimalne wynagrodzenia za pracę, do czego w świetle treści Załącznika 1B nie były wymagane żadne dowody, niezgodnym z treścią art. 224 p.z.p. jest odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie, że nie przedstawił on swoich wyjaśnień w oczekiwanej przez Zamawiającego formie i zakresie, która nie została w żaden sposób wyartykułowana Odwołującemu.

Już powyższe przemawia za uznaniem, że Odwołujący składając wyjaśnienia zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego obalił ciężące na nim domniemanie, co prowadzi do uznania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Warto przy tym wskazać, że Zamawiający w postępowaniu badał pod kątem rażąco niskiej ceny nie tylko ofertę Odwołującego, lecz również ofertę TPF sp. z o.o. uznaną następnie za najkorzystniejszą oraz oferty ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, konsorcjum w składzie Multiconsult sp. z o.o. i Koltech Infra sp. z o.o. oraz BBF sp. z o.o., przy badaniu których w razie podjęcia wątpliwości co do treści wyjaśnień, Zamawiający wystosowywał drugie z wezwań

oczekując nie tylko wyjaśnienia drobnych kwestii lecz również uzupełnienia wyjaśnień o dodatkowe dowody czy też oświadczenia. W przypadku badania oferty Odwołującego, Zamawiający tego nie uczynił.

Odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazać należy, że jak wskazał Zamawiający: „... wskazane w zestawieniu kosztów wynagrodzenia personelu Zespołu Stałego tj. Inspektorów nadzoru i specjalistów są obiektywnie oceniając na bardzo niskim nierealnym poziomie, a dla dwóch kluczowych stanowisk poziom ten można uznać wręcz za abstrakcyjnie niski. Dotyczy to stanowisk Inżyniera Projektu oraz Inżyniera Rezydenta, dla których przewidziano wynagrodzenia na poziomie zdecydowanie niższym niż oferty konkurencyjne – odpowiednio 6500 zł oraz 6000 zł miesięcznie.” Przy czym Zamawiający nie przedstawia, żadnej argumentacji, która wskazywałaby, które konkretnie stanowiska Inspektorów i specjalistów są na niskim nierealnym poziomie, oraz dlaczego poziom ten uznać należy za nierealnie niski.

Nieprawdziwe jest również stwierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący przewidział dla Inżyniera Projektu wynagrodzenie w kwocie 6.500 zł miesięcznie, gdy z Załącznika 1B do oferty wynika bezspornie, że przewidziane dla Inżyniera Projektu wynagrodzenie wynosi 12.000 zł, a dla Inżyniera Rezydenta Odwołujący założył nie 6.000 zł a 10.000 zł.

Warte podkreślenia jest również, że na 47 stanowisk wymaganych do obsadzenia w ramach Personelu Inżyniera Odwołujący w 34 pozycjach zaoferował wynagrodzenie równe lub wyższe niż wynagrodzenie dla członków Zespołu Inżyniera wskazane przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (TPF sp. z o.o.), oraz Odwołujący w 30 pozycjach zaoferował wynagrodzenie równe lub wyższe niż wynagrodzenie dla członków Zespołu Inżyniera wskazane przez kolejnego w rankingu wykonawcę, po wykonawcy którego oferta została uznana za najkorzystniejszą a mianowicie Konsorcjum w składzie: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. i IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. (Partner).

Zamawiający w uzasadnieniu z dnia 14 lipca 2023 roku nie zawarł żadnej refleksji, dlaczego uznał, że wynagrodzenia przewidziane dla członków Zespołu tych Wykonawców niższe niż wynagrodzenia przewidziane przez Odwołującego nie są na niskim nierealnym poziomie natomiast w odniesieniu do Odwołującego już takie są pomimo tego, że w odniesieniu do większości tych stanowisk wykonawca TPF sp. z o.o. nie przedstawił w pierwszych swoich wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej jakichkolwiek dowodów, a uczynił to dopiero na drugie wezwanie Zamawiającego.

Nie można przy tym pominąć faktu, że oferta Konsorcjum w składzie: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. i IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. (Partner)) nie objęta, wszakże domniemaniem rażąco niskiej ceny wynikającym z przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p. pomimo tego „niskiego nierealnego poziomu” stawek wynagrodzenia dla części Personelu Inżyniera nie została uznana za rażąco niską, skoro Zamawiający w dniu 11 lipca 2023 roku wystosował do tego wykonawcy wezwanie w trybie przepisu art. 126 ust. 2 ustawy p.z.p. z terminem na 24 lipca 2023 roku (pomimo tego, że w dniu 14 lipca 2023 roku dokonał wyboru oferty innego wykonawcy).

Nie można również pominąć faktu, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a mianowicie TPF sp. z o.o. w pierwszych swoich wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej przedstawił jako dowód na realność założonych wynagrodzeń Personelu Inżyniera tylko trzy zanonimizowane umowy dla Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej mostowej, Inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, Inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (a więc dla 3 spośród 47 stanowisk przewidzianych dla Personelu Inżyniera), a Zamawiający w ramach kolejnego wezwania z dnia 26 października 2022 r. wezwał Wykonawcę do przedstawienia dowodów, z których wynikać będą założone przez Wykonawcę koszty personalne co najmniej dla stanowisk wchodzących w skład Zespołu Stałego Biura Inżyniera, Zespołu Stałego Przeglądu Dokumentacji i Zespołu Stałego Kontraktu Budowlanego, za wyjątkiem stanowisk dla których zostały już złożone dowody w poprzednim piśmie.

Odwołujący podkreślił, że jako załącznik do swoich wyjaśnień przedłożył ofertę E&C sp. z o.o. z dnia 7.09.2022 r. obejmującą aż 13 stanowisk Zespołu Inżyniera (tj. Zespołu zmiennego Przeglądu Dokumentacji) Zamawiający nie zwrócił się o uzupełnienie dowodów o pozostałych członków Personelu Inżyniera.

Takie działanie Zamawiającego stanowi niewątpliwie naruszenie wyrażonej przepisem art. 16 ust. 2 ustawy p.z.p. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, gdyż Odwołujący w takich samych okolicznościach nie został potraktowany w ten sam sposób jak inni wykonawcy (w szczególności wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a mianowicie TPF sp. z o.o.).

Brak jest również podstaw do przyjęcia, że kalkulacja dotycząca Okresu Wydłużonego przemawia za uznaniem, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną rażąco niską. Zamawiający zdaje się zapominać, że zgodnie z pkt 12 Instrukcji dla Wykonawców (tom I SWZ - IDW) cena za wykonanie zamówienia jest ceną ryczałtową, natomiast Zamawiający w załączniku 1A do Formularza Ofertowego narzucił wykonawcom biorącym udział w postępowaniu sposób kalkulacji wynagrodzenia w Okresie wydłużonym oraz w Okresie wykonywania robót wykraczającym poza Okres wydłużony przez pierwsze 3 miesiące. Taki sposób kalkulacji wynagrodzenia wymusza na wykonawcach uwzględnienie

części kosztów dla Okresu wydłużonego w kosztach Okresu podstawowego. Tym samym oczywistym jest, że zaoferowana w tej pozycji cena może nie pokrywać wszystkich kosztów zamówienia, które wszakże będą pokryte w ramach całego uzyskanego wynagrodzenia Wykonawcy. Powyższe zostało szczegółowo wyjaśnione w Wyjaśnieniach Odwołującego.

W ocenie Odwołującego brak jest podstaw do uznania, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisu art. 224 ustawy p.z.p., a domniemanie wynikające z przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p. zostało przez Odwołującego w zakresie, w jakim oczekiwał tego od niego Zamawiający w swoim wezwaniu obalone. (...)

Co więcej, Odwołujący niewątpliwie wykazał, czego również Zamawiający nie kwestionował, że Odwołujący osiągnie zysk z realizacji zamówienia. Pamiętać należy, że ceną rażąco niską jest cena nierealna, nierynkowa, nie pozwalająca na należyte wykonanie zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym niewątpliwie Odwołujący wykazał i potwierdził, że jego kalkulacja ceny opiera się na realistycznych założeniach pozwalających na potwierdzenie, że zaoferowana przez niego cena pozwala na osiągnięcie zysku.

Nadto, Zamawiający dokonując badania oferty Odwołującego badał ją w sposób odmienny niż w przypadku ofert innych wykonawców biorących udział w realizacji zamówienia, a mianowicie nie dokonał ponownego wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia pierwotnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo tego, że w podobnych okolicznościach wystosowywał takie wezwania do pozostałych wykonawców biorących udział w realizacji zamówienia.

Zamawiający bez jakichkolwiek ku temu podstaw uznał, że zaoferowane wynagrodzenie poszczególnych członków Personelu inżyniera jest nierealnie niskie w sytuacji, gdy dla większości członków Personelu Odwołujący przewidział wynagrodzenie wyższe niż założone przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W złożonej pismem z 07 czerwca 2023 odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

W toku postępowania, Odwołujący został wezwany pismem nr IRZR3.292.1.2022.IRE-01074-I.JJ.36 z dnia 08 lutego 2023 r. do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia powyższej ceny.

W dniu 09 lutego 2023 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiający o przedłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień do dnia 22 lutego 2023 r. Zamawiający wyraził zgodę i dokonał prolongaty terminu zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

Odwołujący pismem nr INKO/OG/DT/674/23 złożył wyjaśnienia wraz z dowodami w terminie wskazanym przez Zamawiającego tj. w dniu 21 lutego 2023 r. Dalej „Wyjaśnienia”. Odwołujący do Wyjaśnień dołączył dowody w postaci następujących dokumentów:

- 1) Załącznik nr 2 Biuro Inżyniera – Ogłoszenie z portalu aukcyjnego;
- 2) Załącznik nr 3 Środki transportu Inżyniera – Zdjęcia oraz skany dokumentów potwierdzających dysponowanie samochodami;
- 3) Załącznik nr 4 – Prolab Laboratorium – Oferta na obsługę laboratoryjną inwestycji;
- 4) Załącznik nr 5 – Oferta E&C Projektanci – Oferta na udostępnienie kadry projektowej;
- 5) Załącznik nr 6 – Oferta Brokerska Aspergo – Oferta na ubezpieczenie OC oraz gwarancję należytego wykonania;
- 6) Załącznik nr 7 Oferta najmu domów_noclegi – Oferty na najem lokali dla zapewnienia noclegu personelowi Inżyniera.

W dniu 14 lipca 2023 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wybierając ofertę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie w tym samym dniu Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego, gdyż nie obalił On domniemania rażąco niskiej ceny w swojej ofercie, a przez to nie wywiązał się z obowiązku ciążącego na Odwołującym zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. (...)

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący na etapie postępowania odwoławczego próbuje tłumaczyć swoje działania, jakoby złożył wyjaśnienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie nie może jednak prowadzić do wniosku, że jako profesjonalny wykonawca dochował wymogu złożenia rzeczowych i konkretnych wyjaśnień popartych dowodami, które mogły stanowić podstawę dla pozyskania przez Zamawiającego wiedzy o prawidłowości kalkulacji cenowej oraz osiągnięciu zysku.

Zamawiający przytoczył treść art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1, ust. 6 ustawy Pzp oraz tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2640/18; Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt. XIX Ga 128/08 dot. pojęcia rażąco niskiej ceny.

Z kolei w przedmiocie stosowania wymogów dotyczących wyjaśnień wykonawcy w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2023 r., sygn. akt. KIO 490/23; z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt. KIO 1197/21.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 8 lutego 2023 r. wprost wskazał, że żąda od Odwołującego udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla

przedmiotowego zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia powyższej ceny. Zamawiający wskazał również, że ww. wyjaśnienia powinny w sposób nie budzący wątpliwości wykazać, że zaoferowana cena umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia. Zamawiający wymagał również, aby wskazać istnienie konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników, towarzyszących realizacji zamówienia i mających wpływ na wysokość oferowanej ceny wraz z przedstawieniem ich opisu oraz skali tego wpływu (merytorycznego i finansowego). Zamawiający podkreślił, że przedstawione wyjaśnienia powinny zawierać, zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp co najmniej wyjaśnienia w zakresie określonym w pkt 4 i 6 niniejszego artykułu. Tylko na marginesie warto wspomnieć, że sformułowanie „co najmniej” oznacza „nie mniej niż”.

Wobec powyższego, nieprawidłowe jest stanowisko Odwołującego, który wskazuje że mając na względzie wezwanie Zamawiającego udzielił szczegółowych wyjaśnień tylko w minimalnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego tj. w zakresie dotyczącym zgodności zaoferowanej ceny z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej i zgodności zaoferowanej ceny w przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego. Zdaniem Odwołującego, powyższe oznacza, że złożone wyjaśnienia są wystarczające do uznania za wiarygodne, a przede wszystkim rzetelne. W żaden sposób nie można uznać również, że Odwołujący złożył wyjaśnienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Jak zostało wskazane powyżej w treści wezwania Zamawiający przedstawił konkretne okoliczności, które wymagają wyjaśnienia i poparcia dowodami w celu potwierdzenia wysokości zaoferowanej ceny.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż Odwołujący w swoich wyjaśnieniach sam potwierdza, że głównym czynnikiem cenotwórczym w niniejszym zamówieniu jest zapewnienie personelu:

„Główny czynnik cenotwórczy, a więc koszty zatrudnienia personelu, także zostały przez Wykonawcę zoptymalizowane – dzięki własnej pracy, doświadczonego i zgranego zespołu, który z powodzeniem realizuje zadania kontraktowe w zakresie infrastrukturalnym, niewielkiej odległości inwestycji od miejsca zamieszkania inspektorów branżowych oraz niewielkiemu zyskowi finansowemu zaplanowanemu w naszej kalkulacji, jesteśmy w stanie z powodzeniem prowadzić prace nadzoru inwestorskiego.”

Tym samym, w sytuacji, jeżeli Odwołujący nie przedstawia dowodów dla wyliczenia najistotniejszego wartościowo elementu oferty, pomimo treści wezwania Zamawiającego, należy uznać, że stanowi to istotne uchybienie Odwołującego, w szczególności gdy wskazane w zestawieniu kosztów wynagrodzenia kluczowych stanowisk tj. Inżyniera Projektu oraz Inżyniera Rezydenta dla których przewidziano wynagrodzenie na poziomie znaczenie niższym niż oferty konkurencyjne – odpowiednio 6.500 zł oraz 6.000 zł miesięcznie.

Odwołujący ograniczył się jedynie do twierdzeń o możliwości zapewnienia tych członków personelu za wskazane kwoty. Nie przedstawiono chociażby dowodów z innych kontraktów np. faktur czy umów cywilno-prawnych, które potwierdzałyby, że we wcześniejszych umowach koszt zatrudnienia był na podobnym poziomie.

Zamawiający wskazuje treść § 9 ust. 7 WU. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazuje, że *„w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wynikające z wymagań opisanych w SWZ.”* Wskazując wynagrodzenie Inżyniera Projektu i Inżyniera Rezydenta przez cały okres realizacji zamówienia na tym samym poziomie był również świadomy, że podczas trwania realizacji umowy osoby nie będą mogły podjąć żadnego dodatkowego zajęcia zarobkowego. W związku z powyższym, Odwołujący powinien mieć świadomość, że przyjęte wynagrodzenie dla kluczowych stanowisk będą budzić wątpliwości Zamawiającego, a więc tym samym powinien dążyć do ich udowodnienia.

W tym miejscu należy odnieść się do rzekomego nieprawdziwego stwierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący przewidział dla Inżyniera Projektu wynagrodzenie w kwocie 6.500 zł miesięcznie, a dla Inżyniera Rezydenta Odwołujący założył 6.000 zł. W złożonych Wyjaśnieniach (Załącznik do pisma znak INKO/OG/DT/674/23 z dnia 21.02.2023 r.), w tabeli 1 poz. 1.1. Odwołujący wprost wskazuje, że wynagrodzenie Inżyniera Projektu (zatrudniony w oparciu o umowę cywilno-prawną) określone zostało na poziomie 6.500 zł, natomiast w poz. 1.11 tabeli wynagrodzenie Inżyniera Rezydenta (zatrudnionego w oparciu umowy cywilno-prawnej) zostało przewidziane na 6.000 zł.

Odwołujący wraz z ofertą złożył zobowiązania podmiotów trzecich udostępniających zasoby – Ayesa Ingerieria y Aquitectura S.A. oraz MOSTY KRAKÓW S.A. do dyspozycji Odwołującego na potrzeby realizacji zamówienia. Zgodnie przedstawionymi zobowiązaniami podmioty będą świadczyć usługi jako podwykonawcy faktycznie wykonujący część usług z zakresu nadzoru nad robotami budowlanymi. Zamawiający wskazuje również, że wbrew treści wezwania z dnia 8 lutego 2023 r. Wykonawca nie przedstawił także szczegółowych wyjaśnień, ani dowodów w zakresie wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom. Przedstawiono jedynie zdawkowe informacje na ten temat. Zamawiający nie uzyskał wiedzy czy udział podwykonawców w świadczeniu usług nadzoru został prawidłowo w kalkulowany w ofertę. Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2014 r. w sprawie o sygn. akt. 1642/14.

Zamawiający kwestionuje również twierdzenia Odwołującego w zakresie, iż kalkulacja kosztów realizacji umowy w Okresie Wydłużonym została poprawnie skalkulowana. W punkcie 13.1 tabeli Odwołujący przyjął ryczałtowo koszty wydłużenia kontraktu o 12 miesięcy zgodnie ze wzorem wskazanym w Formularzu 1A (Wynagrodzenie stałe netto $p \cdot n \cdot 50\%W$) na poziomie 96 000 zł miesięcznie. Dodatkowo przewidział ryzyko wycenione na 26 666 zł. Zgodnie z kalkulacją przyjętą przez Odwołującego w Okresie Podstawowym miesięczny koszt zapewnienia Zespołu stałego Biura Inżyniera, Zespołu stałego Kontraktu Budowlanego oraz Zespołu stałego Przeglądu Dokumentacji wynosi 121 650 zł (Tak str. 9 zał. Nr 1 do Wyjaśnień). Koszt personelu stałego przekracza zaplanowany budżet. Dodatkowo Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że w środkach przeznaczonych na ryzyko zostały również zabezpieczone środki na ewentualne koszty zatrudnienia dodatkowych specjalistów, wzrostu wynagrodzeń czy zakupu niezbędnego sprzętu. W związku z tym prawidłowe jest uznanie przez Zamawiającego, że kalkulacja przedstawiona w wyjaśnieniach Wykonawcy nie potwierdza, że prawidłowo przewidział on środki finansowe na zapewnienie realizacji umowy w Okresie wydłużonym.

Zamawiający odnosząc się do twierdzeń Odwołującego co do naruszenia art. 16 ust. 2 ustawy Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2021r. w sprawie o sygn. akt: 1130/21; z dnia 09 czerwca 2021r., sygn. akt: KIO 1166/21; z dnia 3 kwietnia 2023r., sygn. akt 780/23. (...)

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili: wykonawca BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „BBF”), wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „TPF”) oraz DOM INŻYNIERIA, ARCHITEKTURA I DORADZTWO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

W złożonej pismem z 07 czerwca 2023 odpowiedzi na odwołanie, TPF odniósł się do zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu TPF wskazał m.in.:

(...)

W ocenie TPF Odwołujący przedstawił obszerne wyjaśnienia w zakresie kosztów wynagrodzenia – na stronach 3 – 5 i str. 9 wyjaśnień oraz str. 7 Załącznika nr 1 do wyjaśnień. Jednakże wywód ten dotyczył spełnienia wymogów w zakresie uwzględnienia aktów prawnych regulujących minimalną stawkę godzinową i minimalne wynagrodzenie. (...)

Wywody w zakresie zatrudniania specjalistów według stawek wyższych niż minimalne są prawdziwe, ale – nie mają one żadnego znaczenia dla wykazania sposobu kształtowania ceny oferty, w tym – dla wykazania kosztów, jakie ponosi Odwołujący. Jest bowiem oczywiste, że żaden ze specjalistów wymaganych dla realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie pracował za minimalne wynagrodzenie. Stawki te mogą być ewentualnie zastosowane dla Asystenta Inżyniera Projektu lub dla Specjalistów ds. raportowania. Skoro zatem treść wyjaśnień w tym zakresie jest zupełnie nieprzydatna – należy uznać, że Odwołujący po prostu nie złożył wyjaśnień w zakresie kosztów osobowych.

Nie ma też znaczenia, że stawki większości członków przedmiotowych zespołów są na takim samym poziomie, jak stawki pozostałych wykonawców wzywanych o wyjaśnienia w zakresie ceny. Znaczenie ma to – że Odwołujący po prostu w żadnym zakresie nie wyjaśnił wysokości zaoferowanych cen w tym zakresie. Ani nie przedstawił żadnych dowodów, ani też nie omówił w wyjaśnieniach – w jaki sposób uzyskał takie ceny.

Zamawiający jako szczególny przykład wskazał, że stawki dla Inżyniera Projektu i dla Inżyniera Rezydenta *są na poziomie zdecydowanie niższym niż oferty konkurencyjne*. Stan faktyczny przedmiotowego postępowania rzeczywiście potwierdza tę okoliczność – pozostali wykonawcy wzywani o wyjaśnienia przedstawili wyjaśnienia i dowody dla stawek rynkowych, wyższych niż 10.000 złotych, jedynie Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał całkowicie nierynkową stawkę dla tych 2 specjalistów. (...)

W Odwołaniu w odpowiedzi na tę podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołujący wskazał jedynie: *Nieprawdziwe jest również stwierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący przewidział dla Inżyniera Projektu wynagrodzenie w kwocie 6.500 zł miesięcznie, gdy z Załącznika 1B do oferty wynika bezspornie, że przewidziane dla Inżyniera Projektu wynagrodzenie wynosi 12.000 zł, a dla Inżyniera Rezydenta Odwołujący założył nie 6.000 zł a 10.000 zł.*

(...) Oczywiście twierdzenia Zamawiającego są prawdziwe. Wyjaśnić bowiem należy bardzo ważną kwestię. Otóż Odwołujący całkowicie myli 2 różne dokumenty złożone przez niego:

a. Ofertę – Załącznik nr 1B o tytule „Szczegółowa kalkulacja wynagrodzenia podstawowego netto za realizację etapu dla zadania ...(nazwa zadania)”

b. Wyjaśnienia ceny, Załącznik nr 1 B, Tabela 1 o tytule „Zestawienie kosztów”

Załącznik 1B do oferty to zestawienie wynagrodzenia, jakie Odwołujący będzie otrzymywał od Zamawiającego w przypadku zawarcia umowy.

Zaś w wyjaśnieniach ceny każdy z wezwanych wykonawców powinien podać koszty, jakie ponosi w celu realizacji umowy, w tym kwoty, jakie będzie wypłacał specjalistom dedykowanym do realizacji umowy. (...)

W ocenie TPF lektura odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący całą istotę argumentacji sprowadza do porównania swojej ceny ofertowej z cenami ofertowymi innych wykonawców. Odwołującemu umknęła jednak jedna

bardzo istotna okoliczność – otóż badaniu w trybie art. 224 PZP podlega nie cena oferty, ale – wyjaśnienia w zakresie ceny oferty złożone przez wezwanego wykonawcę. Wskazuje na to wprost norma art. 224 ust. 6 PZP, która wskazuje, że odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną podlega oferta wykonawcy, który albo nie udzielił wyjaśnień, albo złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. (...)

Wykonawca TPF przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 lutego 2023 roku, sygn. akt KIO 259/23, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 października 2021 roku, sygn. akt XXIII Zs 94/21 oraz z dnia 7 października 2020 roku, sygn. akt XXIII Ga 1131/21.

Wykonawca TPF zwrócił również uwagę, że zarzuty odwołania obejmują jedynie odrzucenie oferty Odwołującego, brak jest zarzutu zaniechania skierowania do Odwołującego ponownego wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny. We wnioskach Odwołujący w pkt 5 wnosi o ewentualne nakazanie dokonania ponownego badania ofert z *uwzględnieniem konieczności uzupełnienia przez odwołującego złożonych przez niego wyjaśnień ceny rażąco niskiej oraz złożonych dowodów*. Brak jest też w uzasadnieniu Odwołania argumentacji w tym zakresie – zatem nie wiadomo, na jakiej podstawie faktycznej zbudowany jest ten zarzut. Należy zatem stwierdzić, że przedmiotowy zarzut zbudowany został nieprawidłowo, gdyż:

- a. po pierwsze w ogóle nie sformułowano takiego zarzutu w petitum odwołania,
- b. po drugie - nie podano w ogóle podstawy prawnej zarzutu. (...)

TPF przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2022 roku, sygn. akt KIO 1885/22.

KIO 2167/23

W postępowaniu tym wykonawca BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący 2”) 24 lipca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, tj.:

1. bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę w konsekwencji;
2. dokonania wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu (TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), podczas gdy to oferta Odwołującego pozostaje najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert i jako taka powinna być wybrana

Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy treść tejże oferty w pełni odpowiada postawionym przez Zamawiającego wymogom,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, w konsekwencji;
3. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu

Odwołujący 2 wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przeprowadzenia ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący 2 wskazał m.in.:

Zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego – jako niezgodnej z warunkami zamówienia – wskazał na dwie okoliczności: (i) po pierwsze, za niezgodne z warunkami zamówienia Zamawiający uznał przyjęcie przez Odwołującego - w założeniach pierwotnej kalkulacji kosztów personelu stałego – że nie jest wymagane 100% zaangażowania tego personelu przy realizacji Zamówienia, (ii) po drugie, za niezgodne z warunkami zamówienia Zamawiający uznał zawarte w wyjaśnieniach z dnia 8.11.2022 r. założenia w zakresie przyjęcia przez Odwołującego, że: - nie ma obowiązku zaangażowania przy realizacji Zamówienia osób na takich stanowiskach jak pracownicy biurowi oraz Asystent Inżyniera Projektu w zakresie obsługi biura Inżyniera, - obowiązki Asystenta Inżyniera Projektu może pełnić jedna z osób zajmujących stanowisko Specjalisty ds. raportowania.

Zaangażowanie personelu

Odwołujący nie zaprzecza temu, że zasadniczej kalkulacji kosztów personelu Zespołów Stałych (poza Inżynierem Projektu i Inżynierem Rezydentem) dokonał z założeniem jego zaangażowania na poziomie poniżej 100%, czemu dał wyraz wprost w złożonych wyjaśnieniach z dnia 8.11.2022 r. (pismo 2214/MK1/BBF/2022). Zamawiający uznał, że powyższe narusza pkt 3.1 OPZ („osoby wchodzące w skład Zespołu stałego mają być do pełnej dyspozycji

Zamawiającego / w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy/ i nie mogą podejmować w trakcie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia”)

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony wywieść z powyższego założenia, odnoszącego się do kalkulacji kosztów personelu, o niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Nie jest możliwe odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia z tego powodu, że kalkulacja (przedstawiona przez Odwołującego na wezwanie do złożenia wyjaśnień rnc) nie obejmowała 100% zaangażowania Personelu Stałego. Kalkulacja Odwołującego oparta bowiem została na rozwiązaniu, wynikającym wprost z OPZ oraz z postanowienia Umowy:

3.1 pkt 5 OPZ –*Osoby wymienione w Zespole stałym i Zespole zmiennym Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem rozpoczęcia realizacji Usługi. Zamawiający zastrzega, że możliwość wyrażenia zgody, o której mowa w § 9 ust. 7 dotyczącej pozostałego stałego personelu Inżyniera, w szczególności w zakresie innych inwestycji realizowanych przez Zamawiającego, nie może powodować obniżenia poziomu świadczonej usługi, oraz zmniejszenia dostępności personelu Inżyniera, a w przypadku stwierdzenia zaistnienia takiego stanu rzeczy Zamawiający będzie uprawniony do wycofania swojej zgody ze skutkiem natychmiastowym*

3.1 pkt 9 OPZ: *Wykonawca zobowiązany jest dostosować czas pracy Personelu do czasu pracy Wykonawcy Robót, w szczególności w zakresie niezbędnym do zapewnienia stałego zarządzania i nadzorowania wykonywanych Robót;*

§ 9 ust. 7 Warunków Umowy (WU) –*Zamawiający zastrzega, iż następujące osoby: (1) Inżynier Projektu, (2) Inżynier Rezydent Kontraktu budowlanego – nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia. Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu stałego nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.*

§ 9 ust. 9 WU –*Wykonawca lub jego podwykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją Umowy - pracownicy biurowi w zakresie obsługi sekretariatu.*

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia OPZ oraz Warunków Umowy, Odwołujący sporządzał kalkulację wyceny z uprawnionym założeniem, że: (i) zobowiązany jest zapewnić pełną dyspozycyjność Personelu stałego i zmiennego, dostosowaną do czasu pracy Wykonawcy Robót, (ii) Zamawiający przewidział udzielenie zgody w odniesieniu do pozostałego Personelu Stałego (poza Inżynierem Kontraktu oraz Inżynierem Rezydentem Kontraktu budowlanego) na podjęcie w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego. Co więcej, należy zauważyć, że o ile w odniesieniu do Inżyniera Projektu i Inżyniera Rezydenta kontraktu budowlanego zakaz podejmowania innych aktywności zarobkowych ma charakter bezwzględny, o tyle wobec pozostałych osób ma on charakter względny (tzn. może być uchylony przez Zamawiającego). Co istotne, wobec tych dwóch pierwszych funkcji BBF nie poczynił zarzutu sprzecznego z cytowanymi postanowieniami (zakazem bezwzględnym).

W Wyjaśnieniach Rnc nr 2 Odwołujący wskazał: *„Przedłożona przez Wykonawcę pismem 2106/MK1/BBF/2022 kalkulacja w zakresie ceny opierała się na założeniu, że Wykonawca uzyska zgodę [podkr. – TS] na podjęcie przez personel Zespołu stałego (poza Inżynierem Projektu i Inżynierem Rezydentem) dodatkowego zajęcia zarobkowego*”. Zdaniem Odwołującego był on w pełni uprawniony do przyjęcia ww. założeń w zakresie sporządzania oferty, skoro mają one oparcie wprost w postanowieniach dokumentacji postępowania. Odrębną kwestią jest oczywiście ocena prawidłowości wyliczenia ceny w oparciu o takie założenia (o czym dalej). Niemniej jednak badanie oferty pod kątem jej zgodności z warunkami zamówienia nie może prowadzić do wniosku, że przyjęcie na gruncie niniejszej sprawy przez Wykonawcę zgody na podjęcie dodatkowego zatrudnienia w odniesieniu do pozostałego personelu stałego, jest sprzeczne z postanowieniami dokumentacji zamówienia, skoro dokumentacja ta wprost w Warunkach Umowy taką zgodę przewiduje. Ponadto jak jednoznacznie wynika z Wyjaśnień Rnc nr 2 BBF założył uzyskanie wymaganej zgody, a więc przyjął sposób realizacji zamówienia zgodny z treścią SWZ (taka niezgodność by zachodziła, gdyby przyjął realizowanie zamówienia bez zgody, lub zakładałby np. uzyskanie zgody dla Inżyniera Projektu).

Stwierdzić zatem należy prawidłowość działań Odwołującego i prawidłowość przyjętych przez niego założeń przy sporządzeniu oferty, skoro podstawa tych założeń wynikała wprost z OPZ oraz Warunków Umowy. Trudno tu mówić o jakiegokolwiek niezgodności czy też sprzeczności z warunkami zamówienia. W tym kontekście bez znaczenia pozostaje okoliczność tego rodzaju, że Zamawiający w toku realizacji Zamówienia może odmówić wyrażenia zgody na podjęcie przez niektóre osoby, tworzące pozostały Personel stały, dodatkowego zatrudnienia. Nawet bowiem jeśli Zamawiający odmówiłby wyrażenia takiej zgody, to oferta bazująca na założeniu dopuszczalności takiej zgody, nie przestaje być zgodna z warunkami zamówienia.

W tym miejscu wskazać dodatkowo należy, że BBF był w pełni uprawniony do tego, aby przyjąć uzyskanie takiej zgody i to z kilku zasadniczych powodów. Po pierwsze, konstrukcja projektowanych postanowień warunków umowy (dalej „WU”) świadczy o tym, że zasadą jest udzielanie zgody, albowiem § 9 ust. 8 WU wskazuje nie tyle warunki jej udzielania, co przeszkody do jej nie udzielenia. Co ważne, postanowienie to nie daje Zamawiającemu pełnej uznaniowości i nie opiera

się tylko na jego dobrej woli, ale wskazuje konkretne przesłanki jej odmowy (Zamawiający nie wyraził zgody, o której mowa w ust. 7, *jeżeli charakter i termin zajęć zarobkowych lub ich rozmiar uniemożliwi lub utrudni należyte wykonanie obowiązków przewidzianych w Umowie lub spowoduje wystąpienie konfliktu interesów*). Oczywiście, że przy takiej konstrukcji w cyt. postanowieniu założeniu o uzyskaniu zgody było uprawnione. Po drugie, założenie uzyskania zgody jest zasadne także w świetle bogatego doświadczenia w branży i w realizacji tego rodzaju zamówień. BBF jeszcze nie spotkał się z sytuacją odmowy wyrażenia zgody przez Zamawiającego na jego wniosek o zgodę na dodatkowe zatrudnienie (...) Po trzecie, założenie uzyskania zgody ze strony Zamawiającego jest uczciwe wobec Zamawiającego i dla niego korzystne. Skoro bowiem, jak wynika z doświadczenia wykonawcy, normą jest udzielanie zgód, to zakładanie ich braku oznaczałoby, że wykonawca osiąga nieuzasadniony i de facto nieuczciwy zysk (w postaci środków uzyskanych z innych prac wykonywanych przez pracownika). W takiej sytuacji Zamawiający niejako opłacałby inne zlecenia wykonawcy (...). Po czwarte wreszcie, nie sposób pominąć istotnej okoliczności, że w kolejnych wyjaśnieniach rnc z dnia 8.11.2023 r. Wykonawca przedstawił dodatkową kalkulację wyceny ofertowej (zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 3.11.2022 r.) – z założeniem pełnego (100%) zaangażowania Personelu stałego. Intencją Odwołującego było nie tylko zadośćuczynienie temu dodatkowemu wezwaniu Zamawiającego, ale również wykazanie przed Zamawiającym, że oferta została skalkulowana prawidłowo również przy założeniu pełnego zatrudnienia Personelu stałego (...).

Asystent Inżyniera Kontraktu

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego odniósł się ponadto do niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia w kontekście pracowników biurowych oraz Asystenta Inżyniera Kontraktu. Kwestia ta była przedmiotem wezwania ze strony Zamawiającego (pkt 3 wezwania z dnia 3.11.2023 r.), który żądał od Odwołującego przedstawienia wyjaśnień w zakresie uwzględnienia kosztów ww. stanowisk w cenie ofertowej - „Zgodnie z Tomem III OPZ pkt 3.1 ppkt 10) Wykonawca lub jego Podwykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy (tj. pracownicy biurowi, Asystent Inżyniera Projektu w zakresie obsługi biura Inżyniera). W związku z powyższym proszę o wskazanie, w której pozycji Wykonawca zabezpieczył środki na pokrycie powyższych kosztów”? 24. W wyjaśnieniach z dnia 8.11.2023 r. Odwołujący wskazał: „Zamawiający nie wyszczegółowił jako osobnych pozycji w formularzu cenowym tych stanowisk, w związku z czym Wykonawca uznał, że osoby takie nie są obligatoryjnie wymagane przez Zamawiającego. (...) Zgodnie z dokumentacją przetargową osoby wymienione w nawiasie w OPZ w pkt 3.1 ppkt 10 należy traktować jako *przykładowe osoby wykonujące czynności związane z realizacją umowy*” [podkr. TS] i to stwierdzenie jest tutaj kluczowe. Jako takie osoby oferent przyjął w kalkulacji stanowiska wymienione w Załączniku 1B do oferty w Zespole stałym biura Inżyniera takie jak: Specjalista ds. raportowania (dwie osoby), specjalista ds. obmiarowo – rozliczeniowych (jedna osoba), specjalista ds. roszczeń (jedna osoba) i prawdopodobnie obowiązki asystenta Inżyniera Projektu pełnić będzie jedna osoba z zajmujących stanowisko Specjalisty ds. raportowania.

Zamawiający uznał powyższe za niezgodne z warunkami zamówienia: „(...) *mając na względzie, że wskazane stanowiska znajdują się w Zespole Stałym Biura Inżyniera, Wykonawca zgodnie z postanowieniami OPZ i WU nie może łączyć wyżej wskazanych stanowisk ze stanowiskiem Asystenta Inżyniera Projektu. (...) Pkt 3.1.1 OPZ stanowi natomiast, iż „W całym okresie realizacji Umowy Wykonawca zapewni dostępność poniżej wymienionego Personelu, niezbędnego do właściwej i sprawniej realizacji Usługi. Niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska w ramach Projektu*”. (...)

W pierwszej, kolejności zauważenia wymaga, że ani pracownicy biurowi, ani Asystent Inżyniera Kontraktu w zakresie obsługi biura Inżyniera – wbrew temu, co twierdzi Zamawiający – jako stanowiska (funkcje) w Projekcie nie zostały ujęte w Zespole Stałym Biura Inżyniera opisanym w rozdz. 3.1.1. OPZ pn. *Skład Personelu*”. W zakresie wymaganego składu Personelu Zamawiający wypowiedział się w pkt 3.1.1. OPZ w następujący sposób: *W całym okresie realizacji Umowy Wykonawca zapewni dostępność poniżej wymienionego Personelu, niezbędnego do właściwej i sprawniej realizacji Usługi. Niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska, w ramach Projektu (...)*”. I tak Zamawiający przewidział konieczność utworzenia przez wykonawcę:

- (i) Zespołu stałego, który obsługuje całość Robót objętych nadzorowanym Kontraktem budowlanym w składzie: - Zespół stały Biura Inżyniera (ZsBI), który jest wspólny dla całości Robót objętych nadzorowanym Kontraktem - Zespół stały Kontraktu budowlanego, - Zespół stały przeglądu dokumentacji (ZsPD)
- (ii) Zespołu zmiennego w składzie: - Zespół zmienny Biura Inżyniera (ZzBI), który jest wspólny dla całości Robót objętych nadzorowanym Kontraktem budowlanym, - Zespół zmienny przeglądu dokumentacji (ZzPD)

W kolejnych fragmentach OPZ (pkt 3.1.1 Skład Personelu – str. 14-16) Zamawiający wymienia stanowiska (funkcje) wymagane do utworzenia poszczególnych Zespołów. Wśród stanowisk przewidzianych dla utworzenia Zespołu stałego Personelu nie pojawiają się pracownicy biurowi ani Asystent Inżyniera Projektu. (...) Zamawiający z jednej strony wprowadził bezwzględne wymogi, odnoszące się do składu kluczowego Personelu, z drugiej zaś pozostawił swobodę

wykonawcom co do zaangażowania pozostałych osób, jeżeli w ocenie wykonawcy ich udział miałby się okazać niezbędny dla prawidłowego wykonania Zamówienia. Wynika to wprost z pkt 3.1.1. OPZ akapit drugi (...)

Odwołujący stoi na stanowisku, że pojawienie się w jednym z punktów OPZ wzmianki o Asystencie Inżyniera Projektu jest najprawdopodobniej błędem w specyfikacji, polegającym na niedostosowaniu wzorcowej specyfikacji do niniejszego postępowania. Odwołujący dokonał porównania treści OPZ dla innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego i ustalił, że stanowisko takie pojawiło się w co najmniej jednym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednak w takim przypadku stanowisko takie jest wprost przewidziane na liście personelu Zespołu stałego Biura Inżyniera (ZsBI) - str. 9 OPZ, stawiane mu są jakieś wymagania (str. 12 poz. 5 OPZ) oraz jej obecność znajduje odzwierciedlenie jako osobna pozycja kosztorysu ofertowego do wyceny.

Stanowisko dotyczące pracowników biurowych i Asystenta Inżyniera Projektu w zakresie obsługi biura Inżyniera pojawia się tylko jeden raz w treści OPZ, tj. w pkt 3.1 ppkt 10 OPZ przed częścią OPZ opisującą niezbędny i konieczny skład Personelu w zakresie Zespołu stałego oraz Zespołu zmiennego (pkt 3.1.1. OPZ). Co ważne z tego punktu nie wynika obowiązek zaangażowania takiej kadry, a jedynie to, że jeżeli zostanie ona zaangażowana to powinna być zatrudniona na umowę o pracę. Powyższe pozwala wyprowadzić wniosek, że stanowiska pracowników biurowych i asystenta Inżyniera Projektu w zakresie obsługi biura Inżyniera nie wchodzi w skład Zespołu stałego i Zespołu zmiennego Personelu jako stanowiska kluczowe i niezbędne do realizacji przedmiotu Zamówienia. Tym samym stanowiska te mają charakter fakultatywny, co oznacza, że zatrudnienie tego personelu pozostaje decyzją Wykonawcy (ew. również Zamawiającego, jeżeli wymagana liczba minimalna nie zapewnia sprawnej realizacji Usługi). Jeżeli jednak osoby te miałyby być zaangażowane w realizację Zamówienia, to jako formę zatrudnienia Zamawiający przewidział umowę o pracę (pkt 3.1.1 ppkt 10 OPZ oraz § 9 ust. 9 WU).

Tym samym Zamawiający nie był uprawniony do uznania za niezgodne z warunkami zamówienia założenia, że stanowiska wyżej wskazane (pracownicy biurowi oraz Asystent Inżyniera Projektu w zakresie obsługi biura Inżyniera) nie są wymagane na gruncie OPZ. Wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 8.11.2022 r. wskazują na sposób interpretacji postanowień SWZ, znajdujący oparcie w literalnym brzmieniu tych postanowień. Dodatkowo interpretacja ta jest poparta ugruntowaną linią orzecniczą, nakazującą interpretować wszelkie niejasności dokumentacji zamówienia na korzyść wykonawców.

Wskazać także należy to, że nie jest tak, że zawsze tego rodzaju personel jak biurowy musi zostać przewidziany. Nie jest bowiem tak, że personel nie może we własnym zakresie wykonywać czynności biurowych (szczególnie tych dotyczących ich zakresu prac). Nie każdy bowiem musi mieć specjalną osobą do skserowania mu dokumentów, ich zeskanowania czy odebrania telefonów. Co ważne wykonywanie takich czynności we własnym zakresie nie oznacza, że łączy się swoją podstawową funkcję z funkcją pracownika biurowego. Powyższe nie jest sytuacją nadzwyczajną i niedopuszczalną.

Również za chybioną uznać należy podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, odnoszącą się do zakazu łączenia stanowisk w ramach Personelu. Nie sposób zaprzeczyć, że taki zakaz rzeczywiście został wyrażony w postanowieniach dokumentacji zamówienia – „*Niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska w ramach Projektu*” (pkt 3.1.1. OPZ). Jednak należy mieć na względzie, że zakaz ten pojawia się nieprzypadkowo w rozdziale dotyczącym składu Personelu, gdzie wymienione są konkretne stanowiska w ramach poszczególnych zespołów. Już na wstępie tego rozdziału Zamawiający wskazuje, że wymaga dostępności „(...) *poniżej wymienionego Personelu*”, a tym samym wszelkie sprecyzowane w tym rozdziale wymogi odnoszą się do stanowisk zakwalifikowanych do składu Personelu. W związku z powyższym uznać należy, że zakaz zajmowania przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska w Projekcie odnosi się stricte do łączenia kluczowych stanowisk zakwalifikowanych do składu Personelu. Tym samym o ile nie jest dopuszczalne łączenie przez jedną osobę np. funkcji Inżyniera Projektu ze stanowiskiem Specjalisty ds. raportowania, o tyle jednak Specjalista ds. raportowania może pełnić jednocześnie funkcję na stanowisku nie wymienionym jako kluczowe w Zespole stałym lub Zespole zmiennym Personelu. A zatem nie jest sprzeczne z wymogami Postępowania łączenie funkcji Specjalisty ds. raportowania ze stanowiskiem Asystenta Inżyniera Projektu w zakresie obsługi biura Inżyniera. Odwołujący zauważa dodatkowo, że skoro Asystent Inżyniera Projektu nie znajduje się na liście stanowisk żadnego z Zespołów Stałych, to nie znajdują do niego zastosowania postanowienia WU narzucające pozostawanie w pełnej dyspozycyjności Zamawiającego w wymiarze pełnego etatu. W rezultacie nawet przyjęcie, że koniecznym byłoby zaangażowanie takiej osoby, to koszt tego zaangażowania byłby pomijalny w skali oferty Odwołującego i możliwy do finansowania w ramach stosunkowo wysokiej rezerwy finansowej, biorąc pod uwagę, że jak wskazano wyżej jest to nieprzewidziane OPZ stanowisko, bez wymagań i bez obowiązków, dla którego jedynym zapisem jest wskazanie konieczności zaangażowania na podstawie umowy o pracę, bez wskazania jednak w jakim wymiarze czasu pracy.

Co więcej, nie jest sytuacją nadzwyczajną i niedopuszczalną, że pewne czynności, które są niekiedy wykonywane przez kadrę np. sekretarską są wykonywane w ramach obowiązków innych osób. Nie każdy musi się posługiwać inną osobą do

zaparzania kawy, robienia ksero, czy odbierania telefonów. Sam fakt, że dany specjalista będzie te czynności wykonywał nie oznacza jeszcze łączenie jego funkcji z funkcją personelu biurowego. (...)

Odrzucenie oferty BBF jako zawierającą rażąco niską cenę

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp (...). W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje na ranking złożonych w Postępowaniu ofert, z którego to rankingu wynika, że tylko jedna spośród wszystkich 10-ciu ofert przedstawiała wartość istotnie odbiegającą od pozostałych ofert na zbliżonym poziomie cenowym. (...)

Stwierdzić zatem należy, że w zdecydowanej większości przypadków (poza ceną najwyższej oferty złożonej przez EGIS POLAND sp. z o.o.) ceny pozostawały na stosunkowo zbliżonym poziomie od 12.877 631,39 zł (najniższa oferta Odwołującego) do 16.955 144,99 zł brutto (przedostatnia najwyższa w rankingu oferta MGGP S.A.). Natomiast najwyższa oferta EGIS (22.287.590,55 zł) przedstawiała wartość skrajnie wysoką, jej odchylenie od średniej cen pozostałych ofert wskazuje na zawyżenie odbiegające od standardów rynkowych. Nota bene cena tej oferty pozostaje na zbliżonym poziomie do szacowanej wartości zamówienia przez Zamawiającego (18.150 000,00 zł netto, tj. 22.324 500,00 zł brutto). Jak wynika z rankingu ofert (poza jedną ofertą na 10 złożonych) rynek nie odpowiedział adekwatnie ani do szacunków Zamawiającego, co wskazuje na wadliwość tych szacunków, w oderwaniu od realiów rynkowych. Potwierdzeniem tych realiów nie może być bowiem jedna oferta, której cena w sposób ewidentny została skrajnie zawyżona. Tym samym na gruncie niniejszego Zamówienia ani szacowana wartość zamówienia (jako wadliwa i nierynkowa), ani też najwyższa cena złożonej oferty (jako sztucznie zawyżona) nie powinny być punktem odniesienia do badania oferty Odwołującego pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny.

W ocenie Odwołującego rozbieżność występująca między ofertą Odwołującego, a szacunkową wartością zamówienia oraz średnią arytmetyczną cen złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które na dobrą sprawę nawet nie wymagały wyjaśnień ze strony Odwołującego. Niezależnie jednak od powyższego Odwołujący zwraca uwagę, że złożone przez niego wyjaśnienia rnc zostały przez Zamawiającego ocenione nieprawidłowo.

W pierwszej kolejności pewnego uporządkowania wymaga kwestia podstaw faktycznych odrzucenia oferty BBF z tytułu rażąco niskiej ceny (dalej „Rnc”). Zamawiający podstawy faktyczne wskazał w trzech miejscach swej informacji (ss. 24 / 25 i na ss. 25/26).

Jako pierwsza z podstaw został wskazany fakt rzekomego niedoszacowania kosztów zatrudnienia członków Personelu Stałego, a to w związku z przypisaniem im (i nie uwzględnieniem tym samym jako odrębnej pozycji kosztowej) kosztów transportu.

Druga podstawa została ujęta jako grupa zarzutów pod ogólnym hasłem „nie udźwignięcia ciężaru wynikającego z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp”, pod czym kryją się następujące zarzuty Zamawiającego (ss. 25-26 informacji o ocenie ofert: „W ocenie Zamawiającego Wykonawca BBF Sp. z o.o. składając swe wyjaśnienia datowane na dzień 3 października 2022 r. oraz 8 listopada 2022 r., nie udźwignął ciężaru wynikającego z treści art. 224 ust 5 ustawy pzp i złożył:

- a) wyjaśnienia ogólne, lakoniczne;
- b) nie wyjaśniające – wbrew treści wezwania - co i w jakim zakresie pozwoliło Wykonawcy BBF na obniżenie ceny oferty złożonej w postępowaniu;
- c) niespójne, w pewnych częściach wykluczające się (np. włączenie w wyjaśnieniach uzupełniających do wynagrodzenia kosztów dojazdów, o czym wcześniej nie było mowy, deklaracja o zamiarze poszukiwania lokalnego podwykonawcy do prac geodezyjnych, podczas gdy z oferty, maili podwykonawcy wynika co innego);
- d) nie czyniące zadość treści skierowanego wezwania i nie odpowiadające na pytania Zamawiającego w taki sposób by rozwiązać jego wątpliwości;
- e) nieprzekonujące Zamawiającego w przedmiocie zaproponowanych cen – zwłaszcza wynagrodzeń dla kadry skierowanej do realizacji kontraktu;
- f) a dodatkowo zmodyfikowane treścią wyjaśnień uzupełniających.

Zdaniem Zamawiającego niedopuszczalne - w zakresie racjonalności przedkładanych wyjaśnień - a tym samym wykazania poprawności kalkulacji i zaproponowania rynkowej ceny realizacji Umowy są występujące w wyjaśnieniach BBF Sp. z o.o. z dnia 8 listopada 2022 r.:

- a) wielokrotne modyfikacje wcześniej złożonych wyjaśnień, skutkujące de facto złożeniem wyjaśnień co do zasady odmiennych, od tych pierwotnych,
- b) przedkładanie „z ostrożności” przez Wykonawcę wyjaśnień nowych, często „alternatywnych” dla tych złożonych pierwotnie,
- c) tworzenie nowych wątków – nigdzie nie występujących wcześniej i wzbogacanie treści wyjaśnień zupełnie nowymi wątkami,
- d) niespójność wyjaśnień,
- e) przedkładanie nowych dowodów, które Wykonawca zobowiązany był i mógł złożyć wraz z wyjaśnieniami pierwotnymi

z dnia 3 października 2022 r."

Jako trzecia podstawa zostały opisane następujące okoliczności:

„Odnosząc się konkretnie do wyjaśnień z dnia 3 października 2022 r. i przedstawiając zastrzeżenia do nich podkreślenia wymaga, że Wykonawca :

- a) w sposób ogólny składa deklaracje z pkt 2 (str. 14 – 16) wskazując m.in. na realizację zbliżonych zamówień (pkt 1), skutkiem czego miałyby być posiadanie wdrożonych wzorów dokumentów, procedur, a także wystąpienia tzw. „efektu skali”. Jednocześnie Wykonawca nie wykazuje jak i w jakim zakresie (wymiernym) okoliczności te pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty, ale także nie przedkłada dowodów m.in. przywoływanych w wyjaśnieniach wzorów dokumentów, procedur itd., choć jak deklaruje posiada je. Tym samym wyjaśnienia takie są ogólne, lakoniczne i niewiarygodne, albowiem pomijają wymagany aspekt „wykazania”;
- b) w sposób ogólny stwierdza, iż posiada „*zamortyzowane w ramach poprzedniego kontraktu wyposażenie biurowe*” (bez wskazania o jaki sprzęt chodzi), ale nadto nie wskazując wartości tego wyposażenia (pozwalającą na ustalenie możliwości obniżenia ceny oferty o tą właśnie wartość);
- c) składa niekonkretne, abstrakcyjne i ogólne zapewnienia w poz. 3, 4 i kolejnych (omyłkowo oznaczonych jako 3, 4 i 5) nie przedstawiając żadnych „szczegółowych” i „konkretnych” danych o które wnioskował w wezwaniu Zamawiający;
- d) przekonuje, iż prowadzi działalność „zgodnie z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego” (na okoliczność powyższą przedkładając zaświadczenie z ZUS). Przedłożony dowód jednak wydawany jest na okoliczność „niezalegania w opłacaniu składek”, a tym samym nie potwierdza w żaden sposób sposobu kalkulacji ceny oferty, kosztów pracowniczych, faktu, iż działalność prowadzona jest zgodnie z przepisami prawa pracy, a także co kluczowe w kontekście wezwania, jego wartość dowodowa jest wątpliwa, albowiem nie pokazuje on w jaki sposób wykonawca mógł obniżyć cenę oferty;
- e) przedstawia nierynkowe wynagrodzenie dla Personelu, który oświadcza się w przedłożonych wraz z wyjaśnieniami z dnia 3 października 2022 r. dokumentach Wykonawcy BBF.

Tymczasem kwestie opisane wcześniej (s. 19 do połowy s. 24) nie zostały przez Zamawiającego zakwalifikowane jako podstawy do odrzucenia ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp. To oznacza, że te wcześniejsze elementy (ogólnie rzecz ujmując „współzaangażowanie” Personelu), zgodnie z decyzją Zamawiającego nie mogą być analizowane i oceniane jako podstawa do oceny czy oferta zawiera Rnc, czy nie, albowiem to oznaczałoby wykreślenie poza zakres decyzji PKP PLK (wskazanych podstaw odrzucenia) co jest niedopuszczalne.

Brak Rnc w ofercie BBF

W ocenie Odwołującego jego oferta nie zawiera Rnc, a decyzja Zamawiającego jest nieuprawniona. Odwołujący przywołał treść art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 1 Pzp. W dalszej części przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 15.02.2023r., sygn. akt KIO 237/23, 239/23; z dnia 15.03.2023r., sygn. akt KIO 545/23.

W związku z powyższym, dla skutecznego podniesienia (także przez Zamawiającego względem wykonawcy) zarzutu Rnc należy odwołać się do ceny całkowitej oferty lub co najmniej do istotnych części składowych ceny.

Analizując treść decyzji Zamawiającego należy zauważyć, że tak się nie stało w niniejszej sprawie. Kwestia kosztów dojazdu kadry nie odnosi się de facto do całości ceny oferty, a tylko jej stosunkowo małego elementu (niezależnie od merytorycznej niezasadności tej kwestii), podczas gdy całość oferty to ponad 10 mln zł. Nawet gdyby przyznać w tym zakresie rację PKP PLK (co w żadnej mierze nie powinno mieć miejsca), to i tak nie skutkuje to deficytem niwelującym założony zysk i powodującym niemożliwość realizacji przedmiotu zamówienia. Także druga i trzecia zbiorcza grupa zarzutów, zresztą bardzo subiektywnych i ogólnikowych, o rzekomym nie udźwignięciu ciężaru wykazania realności ceny, w żaden sposób nie referuje do ceny i jej rzekomej nierealności. Zresztą ani w jednym, ani w drugim przypadku, Zamawiający kwestionując ofertę BBF nie podjął choćby próby wykazania nierealności ceny i „przełożenia” swoich zarzutów na jakikolwiek kwotowo wyrażony deficyt. To świadczy o tym, że nie da się wykazać ofercie BBF, iż wykazane w niej koszty są kosztami nierealnymi, a w rzeczywistości są one wyższe powodującymi realizację przedmiotu zamówienia ze stratą. W swej istocie całe uzasadnienie Zamawiającego w zakresie Rnc dotyczy jednego rodzaju kosztów (kosztów dojazdu), a w pozostałym zakresie ogólników, których nawet nie da się przyporządkować do poszczególnych pozycji kosztowych. Już sam ten fakt powoduje, że decyzja o odrzuceniu ofert BBF ze względu na Rnc jest całkowicie nietrafna i nieuzasadniona.

Kwestia kosztów dojazdu Personelu

Zamawiający oceniając Wyjaśnienia Rnc uznał, za niewiarygodne, że kadra tzw. Personelu Stałego otrzymująca wynagrodzenie w przedziale 4.500 – 5.000 zł netto ponosić będzie we własnym zakresie koszty dojazdów na budowę, szczególnie iż sam BBF na s. 12 Wyjaśnień Rnc nr 1 wskazał koszt utrzymania jednego samochodu na poziomie 3.000 zł. W ocenie Zamawiającego taki koszt tak znacznie umniejszałby rzeczywiste wynagrodzenie kadry Personelu Stałego, że czyniłoby ich wynagrodzenie nierzeczywiście niskim.

Powyższe stanowisko Zamawiającego jest całkowicie chybione i w ogóle nie odnosi się do rzeczywistej treści Wyjaśnień

Rnc (szczególnie tych Wyjaśnień Rnc nr 2), a jest wręcz oczywiście sprzeczne z tymi wyjaśnieniami.

W tym miejscu należy najpierw przytoczyć treść odpowiedniej części wezwania z dnia 3.11.2023 r., udzielonej w tym zakresie odpowiedzi (Wyjaśnienia Rnc nr 2) oraz informacji o ocenie ofert: (Wezwanie do wyjaśnień z dn. 3.11.2022 r.

(Wyjaśnienia Rnc nr 2):

(informacja o ocenie ofert)

Jak widać z powyższego w żadnym miejscu Wyjaśnień Rnc nie zawarto twierdzenia, że kadra BBF we własnym zakresie pokrywać będzie koszty przemieszczania się pomiędzy biurem budowy, a samą budową. Odwołujący wskazał jedynie, że przewidziany środek transportu nie będzie służył do dojazdu pracowników z „pomiędzy miejscem zamieszkania, a miejscem pracy” (czyli biurem Inżyniera albo placem budowy). Tak więc czym innym jest dojazd z miejsca zamieszkania do zasadniczego miejsca pracy kadry), a czym innym przemieszczenie się w samej pracy pomiędzy biurem Inżyniera a a placem budowy. Tymczasem Zamawiający te dwie kwestie nietrafnie całkowicie pomieszał. Co więcej, BBF nie lekceważy kosztów przejazdów pomiędzy biurem Inżyniera, a samym placem budowy, ale nie jest tak, że tych przejazdów będzie jakaś niezliczona ilość. Nie wszyscy specjaliści (a wręcz ich mniejszość) i nie codziennie (niektórzy z pewnością codziennie lub prawie codziennie, lecz to niektórzy) będą jeździć na sam plac budowy.

Miejscem pracy inspektora nadzoru (Zespół Stały Kontraktu budowlanego – ZsK) jest plac budowy i inspektor dociera na plac budowy we własnym zakresie. Miejscem pracy pracowników biura Inżyniera (Zespół Stały Biura Inżyniera) jest biuro inżyniera i do biura tego pracownicy ci docierają we własnym zakresie. Kalkulacja Odwołującego nie obejmuje kosztów dojazdu personelu w miejsce świadczenia pracy, ponieważ koszt ten ponoszony jest przez personel we własnym zakresie, co jest normą na rynku pracy. Odwołujący wskazuje, bazując na poprzednich realizacjach, że personel wchodzący w skład Zespołu Stałego Biura Inżyniera (ZsBI) w większości nie wizytuje placu budowy w ogóle, albo czyni to incydentalnie. Wśród personelu Zespołu Stałego Biura Inżyniera (ZsBI) są tylko 2 stanowiska, dla których faktycznie wymagana jest nieco częstsza obecność na placu budowy, są to: Geodeta oraz Specjalista ds. BHP (nawet w ich przypadku jest to tylko mały czas ich pracy). Przykładowo obowiązki Geodety zgodnie z pkt 4.2.4 obejmują skontrolowanie Geodeta zobowiązany jest do wykonania co najmniej 10% kontrolnych pomiarów geodezyjnych do dokumentów obmiarowych wystawianych przez Wykonawcę Robót (pkt 27), pozostałe natomiast prace wykonuje kameralnie. Pozostały personel zasadniczo wykonuje prace kameralnie. Inspektorzy nadzoru zgodnie z ustawą – Prawo budowlane wykonują szereg funkcji na budowie. Tym samym nie są to w ogóle prace wykonywane kameralnie w biurze Inżyniera. W związku z tym inspektorzy nadzoru nie podróżują pomiędzy placem budowy i biurem Inżyniera, a jedynie dojeżdżają bezpośrednio na budowę i po zakończeniu pełnienia swoich obowiązków ją opuszczają.

SWZ w żadnym punkcie nie zawiera zapisów o kilkukrotnym wizytowaniu placu budowy dziennie i nie wskazuje którzy członkowie personelu mieliby tego dokonywać. Stanowisko Zamawiającego o kilkukrotnym wizytowaniu placu budowy nie znajduje zatem umocowania w treści SWZ, przepisach prawa oraz regulacjach wewnętrznych Zamawiającego. Nie jest również uzasadnione ekonomicznie oraz organizacyjnie. Odwołujący zauważa również, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego między innymi za brak skalkulowania zaangażowania personelu w 100% wymiarze czasu pracy. Skoro Zamawiający wymaga 100% zaangażowania od personelu, np. inspektorów nadzoru, to nie mogą oni jednocześnie kilkukrotnie w ciągu dnia opuszczać placu budowy i na niego powracać.

Nie jest też tak, że każdy z pracowników Personelu ma mieć własny pojazd do niemal jednoosobowego korzystania, jak to wynikałoby ze stanowiska Zamawiającego. Zresztą takie stanowisko jest wręcz zadziwiające i niespotykane, aby pracodawca miał każdemu zapewniać samochód. Dla każdego realizującego tego typu usługi oczywiste jest, że taki samochód jest współdzielony przez większą ilość pracowników.

Co do braku zawarcia w oświadczeniach pracowników oświadczenia o kosztach dojazdu do miejsca pracy (czytaj biura budowy) to jego brak jest o tyle oczywisty, że standardem jest to, że prawie każdy pracownik na co dzień we własnym zakresie dojeżdża do miejsca pracy i nie jest tu potrzebne żadne oświadczenie. Zauważenia wymaga także to, że wybrany wykonawca tj. TPF nie wykazał istotnie wyższych kosztów transportu niż BBF (ledwie ok. 121 tys. zł dla realizacji całego zamówienia), co jednak nie przeszkodziło Zamawiającemu w wyborze tej oferty.

Raz jeszcze podkreślenia wymaga to, że całociowy koszt transportu (wg wyceny BBF) to jedynie ok. 1,6% w całej cenie (2,78 % w całej cenie przy koszcie TPF). Trudno zatem mówić tu o jakimś istotnym koszcie, który mógłby dyskwalifikować ofertę BBF. Szczególnie gdy założony przez wykonawcę zysk i zwykła rezerwa to kwota ponad 800 tys. zł, a dodatkowa rezerwa na koszty wydłużenia kwota ponad 2.088.500,00 zł, co oznacza, że planowane w zwykłym toku czynności (bez ziszczenia się wszystkich ryzyk) koszty są niższe o blisko 2,9 mln zł od przychodów. Taki zatem może być zysk BBF. Tymczasem Zamawiający kwestionuje pozycję na niecałe 200 tys. zł i wyciąga z tego wniosek o występowaniu rażąco niskiej ceny w odniesieniu do całej oferty.

Nie udźwignięcie ciężaru dowodu w zakresie Wyjaśnień Rnc

Jak już wyżej opisano pod hasłem „nie udźwignięcia ciężaru dowodu w zakresie Wyjaśnień Rnc” mieszczą się pewnego

rodzaju subiektywne zarzuty Zamawiającego dotyczące rzekomej niewiarygodności Wyjaśnień Rnc złożonych przez BBF. Zamawiający w tym zakresie kładzie nacisk na rzekome „wielokrotne modyfikacje wcześniejszych złożonych wyjaśnień, skutkujące de facto złożeniem wyjaśnień co do zasady odmiennych od tych pierwotnych”, przedkładanie nowych (często alternatywnych) wyjaśnień wobec pierwotnych”, „tworzenie nowych wątków”, przedkładanie nowych dowodów.

Trudno odnieść się do tak sformułowanych w sytuacji, gdy Zamawiający nie precyzuje o co mu konkretnie chodzi. Przede wszystkim jednak zauważanie wymaga, że stwierdzenia Zamawiającego są mocno na wyrost, albowiem można z nich odnieść wrażenie, że BBF wycofuje się ze swych pierwotnych Wyjaśnień Rnc (nr 1) składając Wyjaśnienia Rnc nr 2, podczas gdy wcale tak nie jest. Jedyne co uległo rzeczywistej korekcie z inicjatywy BBF, to „autopoprawienie” oczywistej pozycji dla jednego ze specjalistów, gdzie omyłkowo w Wyjaśnieniach nr 1 wskazano zaangażowanie na poziomie 1.000% (co jest z oczywistych przyczyn niemożliwe) na 100% i związana z tym korekta rachunkowa. Per analogiam do oferty poprawienie takiej oczywistej i „rzucającej się w oczy” pomyłki musi być dopuszczalne. Nie można bowiem wobec Wyjaśnień Rnc stosować kryteriów ostrzejszych niż wobec oferty sensu stricto. Nadmienić należy również, że poprawienie tej omyłki spowodowało zmniejszenie kosztów realizacji skalkulowanych przez Odwołującego, a nie ich zwiększenie.

Wszelkie inne „zmiany” Wyjaśnień Rnc zostały niejako wymuszone przez Zamawiającego, nakładającego na Odwołującego obowiązek przyjęcia odmiennych założeń niż wynikające z treści SWZ (między innymi założenia, że nikt z Personelu nie otrzyma zgody na dodatkowe zatrudnienie), czy też wynikały z uszczegółowienia rozwiązań, które nie satysfakcjonowały Zamawiającego w pierwotnych wyjaśnieniach (przykładowo wskazanie środków dowodowych dla wynajmu biura zlokalizowanego bliżej geograficznego środka inwestycji, co w rezultacie doprowadziło do wskazania tańszego biura niż pierwotnie zakładano, czy też doprecyzowanie kosztów polisy OC, którą pierwotnie Odwołujący wycenił samodzielnie i wycena ta po skorzystaniu z usług brokera ubezpieczeniowego stała się niższa niż zakładano). W obu wariantach kalkulacji Odwołujący pokazywał w ten sposób Zamawiającemu, że także w innym wariantcie realizacji zamówienia osiągnie on zysk.

Przede wszystkim jednak zauważania wymaga, że zmodyfikowana kalkulacja (ss. 3-7 Wyjaśnień Rnc) zawiera tylko poprawki rachunkowe dot. sumowania oraz poprawnie opisaną wyżej oczywistą omyłką tj. 1.000% zaangażowania zamiast 100%) oraz zmniejszenie części wskazanych wyżej kosztów w związku z przedłożeniem stosownych dowodów dla nich, z których wynikało, że koszty te są niższe niż zakładano. Nie można zatem traktować tego jako zmiany czy też wycofania się z Wyjaśnień Rnc nr 1, co miałyby spowodować dyskwalifikację tychże.

Odnosząc się do Wyjaśnień Rnc nr 2 w pkt Ad 1 należy zauważyć, że nie doszło tu do zmiany wartości kosztu, a jedynie pokazania jak może on zostać rozpisany na 2 osoby, a nie jedną (przy takim samym ich sumarycznym zaangażowaniu). Odnosząc się do Wyjaśnień Rnc nr 2 w pkt Ad 2 należy zauważyć, że BBF odniósł się jedynie do wezwania Zamawiającemu czyniąc mu zadość. Trudno w takim przypadku czynić wykonawcy zarzut o modyfikacji. Odnosząc się do Wyjaśnień Rnc nr 2 w pkt Ad 4 należy zauważyć, że BBF nie wycofał się z Wyjaśnień Rnc nr 1 (wręcz przeciwnie podtrzymał je, o czym świadczy kalkulacja na ss. 3-7), a jedynie wskazał, że nawet gdyby przyjąć brak zgody Zamawiającego na podjęcie innej pracy przez Personel Stały to i tak realizacja tego zamówienia jest dla Wykonawcy zyskowna (szerzej o tej dopuszczalności we wcześniejszej części odwołania, na co Odwołujący powołuje się także i w tym miejscu). Konsekwentnie prezentując powyższe załączył odpowiednie dowody w postaci oświadczeń Personelu. W żaden jednak sposób nie można tego interpretować jako wycofanie się z wcześniejszych Wyjaśnień Rnc, a jedynie jako chęć pokazania, że także w tym wariantcie, który Zamawiający wykreował dopiero na etapie po złożeniu Wyjaśnień Rnc nr 1, wykonawca ma zabezpieczone odpowiednie środki.

Odnosząc się do Wyjaśnień Rnc nr 2 w pkt Ad 5 to owa modyfikacja nie tylko nie dezawuuje Wyjaśnień Rnc nr 1, ale wręcz potwierdza konserwatywne podejście wykonawcy to szacowania kosztów. Co więcej założenie przyjęte dla Wyjaśnień Rnc nr 1 było i jest prawidłowe, albowiem wykonawca nie musi pokazywać dowodu oferty najmu lokalu z danej konkretnej miejscowości, a jedynie z takiego miejsca (najlepiej zbliżonego), które jest porównywalne dla szacunku kosztu (szczególnie gdy owo porównywalne miejsce może być potencjalnie droższe od docelowego). To Zamawiający bezpodstawnie oczekiwał pokazania oferty z danego skonkretyzowanego obszaru, co wykonawca uczynił, a konsekwencji odpowiednio umniejszył ten koszt. Zatem najpierw Zamawiający wymusza określone działanie ze strony wykonawcy, a później gdy ten się dostosowuje wyciąga z nich negatywne konsekwencje. Jest to oczywiście niedopuszczalne.

Odnosząc się do Wyjaśnień Rnc nr 2 w pkt Ad 5 to BBF przedłożył dowody na żądanie wyrażone przez Zamawiającego i nie można mu z ich przedstawienia czynić zarzutu.

Bliżej określone zarzuty wobec Wyjaśnień Rnc nr 1

Dodatkowo na s. 26 informacji o ocenie ofert pojawiło się szereg dodatkowych zarzutów, do których Odwołujący odnosi się poniżej:

Pierwszy z nich brzmi następująco:

Zarzut ten jest całkowicie chybiony i nietrafny, oczywiście jest bowiem dla każdego, że każdy z wykonawców, który ma doświadczenie w realizacji zamówienia wypracował sobie określone procedury, wzorce działania, a efekt skali pomaga mu sprawniej i szybciej wykonywać kolejne zamówienia. Przy czym Zamawiający zdaje się oczekiwać potwierdzenia tego złożeniem wypracowanych dokumentów, czy też procedur. Oczekiwanie to jest absurdalne, gdyż oznaczałoby przekładanie dokumentów (ich wzorców) z innych postępowań, co jest absolutnie niespotykane. Nie wiadomo też w jaki inny sposób wykonawca ma to wykonywać (egzaminem?, referencjami?). Doświadczenie i sprawność w działaniu związana z realizacją określonych czynności najczęściej nie ma materialnego substratu, tylko jest elementem realizacji danej usługi i oczekiwanie jakiegoś „namacalnego dowodu” na to jest raczej dziwne. Co więcej, aby wykazać określoną kwotowo oszczędność wobec innych wycen trzeba by znać założenia wyceny innych wykonawców, co oczywiście nie jest możliwe.

Powołanie się na brak wykazania / udowodnienia doświadczenia dla odrzucenia oferty w praktyce powinno skutkować odrzuceniem ofert wszystkich tych wykonawców, którzy na takie doświadczenie się powołują, ale nie przekładają materialnego dowodu, który jeszcze odniesie się do kwotowej oszczędności względem innych ofert.

Kolejnym zarzutem jest:

Zamawiający zdaje się oczekiwać, że wykonawcy przedstawia mu zestawienie wszystkich takich materiałów biurowych jak: biurka, fotele biurowe, zszywacze, dziurkacze, czajnik, komputer itp. Z punktu widzenia oferty na kwotę ponad 10 mln jest to oczekiwanie co najmniej zaskakujące. Zresztą kwoty te są pomijalne, albowiem wartość takiego wyposażenia jest stosunkowo niska.

Kolejnym zarzutem jest:

Zarzut ten jest nieprecyzyjny i w opinii Odwołującego sam w sobie nie może stanowić samoistnej przesłanki odrzucenia oferty.

Kolejnym zarzutem jest:

Zamawiający zdaje się kwestionować oświadczenie wykonawcy, że prowadzi działalność zgodnie z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. W tym miejscu przede wszystkim wskazać należy na to, że Wykonawca złożył to oświadczenie w konsekwencji pkt 4 wezwania Zamawiającego z 28.09.2022 r. Wykonawca powyższe wykazał nie tylko zaświadczeniem o niezaleganiu, ale przede wszystkim wskazaniem wysokości wynagrodzeń swego personelu (co poświadcza zachowanie odpowiedniej wysokości wynagrodzeń kadry). Powyższe oświadczenie nie miało natomiast na celu wykazywanie płynących z tego tytułu oszczędności. Nie wiadomo też jakich innych dowodów na tę okoliczność oczekiwałby Zamawiający.(...)

Kolejnym zarzutem jest:

Nie do końca wiadomo co Zamawiający ma na myśli, i którego Personelu ów zarzut dotyczy i o jakie kwoty Zamawiającemu chodzi. Można się jedynie domyśleć, że chodzi o to, iż Zamawiający (nietrafnie) przyjął kwestię kosztów dojazdów po stronie personelu, co miałoby skutkować obniżeniem ich wynagrodzeń ok. 2.000 zł. To obniżenie miałoby wg Zamawiającego powodować nierynkowość wynagrodzeń Personelu. Do tej kwestii Odwołujący odniósł się już we wcześniejszej części odwołania wykazując niezasadność stanowiska Zamawiającego.

W złożonej pismem z 07 czerwca 2023 odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

W toku postępowania, Odwołujący został wezwany pismem nr IRZR3.292.1.2022.IRE-01074-I.JJ.16 z dnia 28 września 2022 r. do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia powyższej ceny.

Odwołujący pismem nr 2106/MK1/BBF/2022 złożył wyjaśnienia wraz z dowodami w terminie wskazanym przez Zamawiającego tj. w dniu 10 października 2022 r. Odwołujący do wyjaśnień dołączył dowody w postaci następujących dokumentów:

- a) umowę o udzielanie gwarancji ubezpieczeniowych;
- b) Oświadczenia personelu oraz faktury;
- c) Ofertę usług laboratoryjnych – BARG Południe Sp. z o.o.;
- d) Oferta usług geodezyjnych – KADEX Inżynieria Sp. z o.o.;
- e) Zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek.

Zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2022 r. nr IRZR3.292.1.2022.IRE-01074-I.JJ.27, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zwrócił się do Wykonawcy z wezwaniem o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wcześniej wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w terminie złożył wyjaśnienia z dnia 8 listopada 2022r.

W zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Zamawiający przytoczył treść art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2022 r., sygn. akt 145/22; z dnia 20.04.2017 r. sygn. akt KIO 681/17; Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 55/22; Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.10.2019r.

Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień ma obowiązek zweryfikowania czy są one realne, rzetelne i poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy Wykonawca w sposób skuteczny obalił ciążące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. (...)

Przy czym o wartości wyjaśnień nie decyduje ich ilość, ale jakość, tj. odniesienie się i wykazanie poprawności zweryfikowanej kalkulacji. Przy wielokrotności wyjaśnień istotne jest także by były one ze sobą wzajemnie konkretne, spójne i logiczne. Doświadczenie życiowe prowadzi też do wniosku, że wielokrotnie proces wyjaśnień zaproponowanej ceny ujawnia kalkulację oferty na inny zakres niż oczekiwany i opisany w SWZ przez zamawiającego, lub też wprost wskazujący na zaproponowanie innego sposobu spełniania świadczenia, ujawniając niezgodności treści oferty z wymaganiami. Takie też niezgodności w swoich wyjaśnieniach odwołujący przyznał wprost – o czym dalej, próbując w odwołaniu forsować tezę o braku konieczności 100% zaangażowania personelu stałego przy realizacji zamówienia czy fakultatywnego charakteru zatrudnienia pracowników biurowych oraz Asystenta Inżyniera Projektu. (...)

Niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia (zaangażowanie oraz skład personelu)

Zamawiający zaprzecza jakoby treść SWZ mogła prowadzić do wniosku, iż nie jest wymagane 100% zaangażowania personelu stałego przy realizacji zamówienia oraz braku obowiązku zaangażowania przy realizacji zamówienia osób na takich stanowiskach jak pracownicy biurowi oraz Asystenta Inżyniera w zakresie obsługi biura Inżyniera, a dodatkowo obowiązki Asystenta Inżyniera Projektu może pełnić jedna z osób zajmujących stanowisko Specjalisty ds. raportowania.

W ocenianych wyjaśnieniach, będących podstawą zaskarżonego rozstrzygnięcia, Odwołujący wprost i jednoznacznie wskazał że „Wykonawca sporządzając kalkulację ceny ofertowej uwzględnił wykonanie zamówienia zgodnie z dokumentacją przetargową, uwzględniając wszystkie elementy SIWZ.” Jednocześnie dopiero na wezwanie do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień Odwołujący wyjaśnia, że „przedłożona przez Wykonawcę pismem 2106/MK1/BBF/2022 kalkulacja w zakresie ceny opierała się na założeniu, że Wykonawca uzyska zgody na podjęcie przez personel Zespołu Stałego (poza Inżynierem Projektu i Inżynierem Rezydentem) dodatkowego zajęcia zarobkowego.”

Dodatkowo, do uszczegółowionej kalkulacji ponownie załączył oświadczenia osób skierowanych do realizacji usługi. Jednak tym razem oświadczenia odnoszą się do innych stawek wynagrodzenia oraz zawierają pełnoetatowe zaangażowanie. Odwołujący przedstawił alternatywny wariant realizacji usługi przy założeniu zaangażowania tym razem pełnoetatowego, który jest zgodny z wymaganiami SWZ.

Tym samym Odwołujący potwierdził błędne skalkulowanie oferty i zaoferował realizację świadczenia w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ. (...)

Zgodnie z §9 ust. 1 i 7-8 WU: „1. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia Personelu w całym okresie realizacji Usługi, w liczebności i o kwalifikacjach wskazanych w OPZ, gwarantującego wykonanie Usługi z najwyższą starannością, na zasadach określonych w Umowie i OPZ. Wskazana w Umowie i OPZ liczebność Personelu stanowi minimalne wymaganie i Wykonawca zobowiązany jest w ramach wynagrodzenia zapewnić dodatkowy Personel bez wezwania ze strony Zamawiającego w sytuacji, gdy jest to niezbędne do prawidłowego wykonywania/wykonania Usługi. Brak zapewnienia Personelu zgodnego z wymaganiami SWZ stanowi rażące naruszenie postanowień Umowy.(...)”

7. Zamawiający zastrzega, iż następujące osoby:

1) Inżynier Projektu;

2) Inżynier Rezydent Kontraktu budowlanego

nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia. Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu stałego nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

8. Zamawiający nie wyrazi zgody, o której mowa w ust. 7, jeżeli charakter i termin zajęć zarobkowych lub ich rozmiar uniemożliwi lub utrudni należyte wykonanie obowiązków przewidzianych w Umowie lub spowoduje wystąpienie konfliktu interesów.”

Natomiast z pkt. 3.1. ppkt. 6) OPZ: „Osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU.(...)”

Powyższe zapisy wyraźnie wskazują, że zgoda udzielona przez Zamawiającego jest zdarzeniem niepewnym. Zgoda określona w §9 ust. 8 warunków umowy uzależniona jest od spełnienia określonych warunków, których nie można przewidzieć. Nie jest wiadomo czy nastąpi, a jeżeli nastąpi, to nie wiadomo kiedy. Nawet, jeżeli zgodnie z przedstawioną argumentacją Odwołującego taka zgoda zostałaby wyrażona, to nie wiadomo w którym momencie realizacji umowy to

nastąpi.

Ponadto, Odwołujący w swoim Odwołaniu sam przyznaje, że, *jeżeli warunki wykonywania Zamówienia na to nie pozwalają, to w trosce o terminowy i sprawny przebieg realizacji Umowy sam wykonawca nie składa takich wniosków o wyrażenie zgody na dodatkowe zatrudnienie.* Wobec czego należy podkreślić, że Odwołujący przynajmniej w części realizacji umowy przewiduje, iż jego personel będzie skierowany wyłącznie do realizacji niniejszego zamówienia, a czego jak sam przyznał nie uwzględnił w swoich wyjaśnieniach.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.06.2022 r. sygn. akt KIO 1392/22.

Zamawiający podkreśla również, że wartość kontraktu nie ma wpływu na udzielenie zgody przez Zamawiającego, ale przede wszystkim zakres prac objęty zamówieniem. Przedmiot postępowania obejmuje pełną modernizację infrastruktury kolejowej w tym między innymi: nawierzchnie, podtorze, obiekty inżynieryjne, przejazdy kolejowo-drogowe, sieć trakcyjną, obiekty kubaturowe, SRK, prace ziemne, wzmocnienie podtorza, prace montażowe związane z zabudową rozjazdów w bloku, budowę toru bezстыkowego, prace transportowe materiałów wraz z pracami towarzyszącymi. Lokalizacja zadania obejmuje: linię nr 139 Katowice – Zwardoń, na odcinku Tychy – Czechowice Dziedzice (dawne podg. Most Wisła), w km 19,006

– 40,500 oraz w linię nr 148 Pszczyna – Rybnik w km -0,632 – 2,753. W związku z obszernym zakresem robót oraz dużym obszarem przedsięwzięcia tj. prawie 47 km torów głównych zasadniczych wraz z torami dodatkowymi i stacyjnymi w stacji Pszczyna, przystanku osobowym Tychy Żwaków, Piasek, Goczałkowice oraz posterunku bocznikowo szlakowym i przystanku osobowym Kobiór priorytetem Zamawiającego jest konieczność zabezpieczenia odpowiedniego składu personalnego do pełnienia nadzoru nad realizacją umowy. W związku z tym zobowiązał wykonawców do zapewnienia w tym celu personelu w całym okresie realizacji usługi „w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy”.

Kalkulowanie i wyjaśnianie ceny oferty z pominięciem wspomnianych wyżej zapisów wskazuje na okoliczność oferty niezgodnej z SWZ albowiem Zamawiający wymagał od Wykonawców, by „osoby wchodzące w skład personelu zespołu stałego” były „do pełnej dyspozycji Zamawiającego (w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy)” oraz z dodatkowym zastrzeżeniem, iż „nie mogą one podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną takiego zajęcia”.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający nie był uprawniony do uznania za niezgodne z warunkami zamówienia założenia, że stanowiska pracowników biurowych oraz Asystenta Inżyniera Projektu w zakresie obsługi biura Inżyniera nie są wymagane na gruncie OPZ, Zamawiający wskazuje na literalne brzmienie postanowienia pkt. 3.1. ppkt.10) OPZ: „Wykonawca lub jego Podwykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy (tj. pracownicy biurowi, Asystent Inżyniera Projektu w zakresie obsługi biura Inżyniera),” a także na zapisy §9 ust. 9 WU: „Wykonawca lub jego podwykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją Umowy – pracownicy biurowi w zakresie obsługi sekretariatu.”

Powyższe potwierdza również, że za chyby można uznać zarzut Odwołującego, że stanowiska pracowników biurowych i asystenta Inżyniera Projektu „mają charakter fakultatywny, co oznacza, że zatrudnienie tego personelu pozostaje decyzją Wykonawcy (ew. również Zamawiającego, jeżeli wymagana liczba minimalna nie zapewnia sprawnej realizacji Usługi).”

Odwołujący stoi na stanowisku, że pojawienie się w jednym z punktów OPZ wzmianki o Asystencie Inżyniera Projektu jest najprawdopodobniej błędem w specyfikacji polegającym na niedostosowaniu wzorcowej specyfikacji niniejszego postępowania. Zamawiający zwraca uwagę, że stanowisko Odwołującego jest nieprawidłowe, w szczególności z powodu, iż kwestia ta była przedmiotem kolejnego wezwania ze strony Zamawiającego (pkt 3 wezwania z dnia 3 listopada 2022 r.), w którym żądał od Odwołującego przedstawienia wyjaśnień w zakresie uwzględnienia kosztów pracowników biurowych oraz Asystenta Inżyniera Kontraktu. W tym miejscu Zamawiający podkreśla, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO – zasadą (i obowiązkiem Zamawiającego) jest jednokrotne wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ponowne wezwanie do wyjaśnień nie ma charakteru automatycznego czy też bezrefleksyjnego, a jest możliwe tylko w szczególnych określonych przypadkach. Dodatkowe wezwanie w tym zakresie potwierdza, że powyższe nie jest omyłką w specyfikacji, a jednoznacznym wymaganiem Zamawiającego.

Odwołujący w swoim Odwołaniu całkowicie pomija również fakt, iż Zamawiający w punkcie 13 Załącznika 1B wskazał pozycję: „Inny personel do prawidłowej realizacji”, w której Wykonawca mógł wycenić ww. personel, podczas gdy ta pozycja została wyceniona przez Odwołującego na 0,00 zł.

Zamawiający wskazuje również, iż Odwołujący ma możliwość zabezpieczenia sobie środków na pokrycie tych kosztów w innych pozycjach formularza cenowego. Zamawiający nie narzucał w tym przypadku określonego sposobu wyceny, nie mniej jednak jasno określił swoje wymagania. Podkreślenia wymaga fakt, iż w Odwołujący w swoim Odwołaniu przyznaje, że: *„jeżeli koniecznym byłoby zaangażowanie takiej osoby, to koszt tego zaangażowania byłby pomijalny w*

skali oferty Odwołującego i możliwy do finansowania w ramach stosunkowo wysokiej rezerwy finansowej.”

Jednak Odwołujący w odpowiedzi na pkt. 3 wezwania Zamawiającego z dnia 3 listopada 2022r. do złożenia wyjaśnień nie wykazał zabezpieczenia środków na pokrycie kosztów zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wymienionych wykonujących czynności związane z realizacją umowy. Stwierdził natomiast, że „*zamawiający nie wyszczegółowił jako osobnych pozycji w formularzu cenowym tych stanowisk, w związku z czym Wykonawca uznał, że takie osoby nie są wymagane przez Zamawiającego.*”

Zamawiający zwrócił uwagę na konieczność zadawania pytań i przytoczył tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt. IV CSK 626/13.

W związku z powyższym, nawet jeżeli Odwołujący miał wątpliwości co do tego, czy stanowisko Asystenta Inżyniera Projektu stanowi omyłkę w specyfikacji, powinien zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie tych wątpliwości na wcześniejszym etapie postępowania.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie zakazu łączenia stanowisk w ramach personelu, Zamawiający wskazuje, że zgodnie z pkt. 3.1.1 OPZ „*niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska w ramach Projektu.*” Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 3 listopada 2022 r. wprost wskazuje, że „*prawdopodobnie obowiązki asystenta Inżyniera Projektu pełnić będzie jedna z osób zajmujących stanowisko Specjalisty ds. raportowania.*” Zamawiający wskazuje, że zgodnie z zapisami pkt. 3.1 OPZ oraz §9 ust. 7 WU, zgodnie z którymi osoby wchodzące w skład Zespołu stałego mają być do pełnej dyspozycji Zamawiającego (w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy) i nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia i mając na uwadze, że wskazane stanowiska znajdują się w Zespole Stałym Biura Inżyniera, nie można łączyć ww. stanowiska ze stanowiskiem Asystenta Inżyniera Projektu. W związku z tym wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie należy uznać, że są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SWZ.

Wyjaśnienia ceny oferty Odwołującego

(...) Stwierdzona w toku procedury badania rażąco niskiej ceny niezgodność w zakresie sposobu spełnienia świadczenia z wymaganiami Zamawiającego, wyczerpała przesłankę do odrzucenia oferty Odwołującego z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący skalkulował swoją cenę wbrew wymaganiom Zamawiającego doprowadzając do niezgodności własnej oferty z treścią SWZ.

Nieprawidłowe jest również stanowisko Odwołującego, gdzie wskazuje, że kwestie opisane powyżej (dotyczące niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia) nie mogą być analizowane i oceniane jako podstawa do oceny czy oferta zawiera RNC czy nie, gdyż oznaczałoby to wykroczenie poza zakres decyzji Zamawiającego (wskazanych podstaw odrzucenia). Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wprost wskazał, że: „*kalkulowanie i wyjaśnianie ceny oferty z pominięciem wspomnianych zapisów punktu 3.1. OPZ oraz §9 ust. 7 wzoru umowy wskazuje na (...): 1) potencjalne niedoszacowanie oferty, gdyż w pierwszych wyjaśnieniach nie uwzględniono 100% zaangażowania personelu stałego (albowiem nie przyjęto, że pracować one będą w wymiarze „pełnego etatu czasu pracy” oraz, że „nie mogą podejmować w trakcie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia” (...))*”

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego w zakresie kosztów dojazdu Personelu, Zamawiający w wezwaniu z dnia 3 listopada 2022 r. wezwał Odwołującego do uszczegółowienia wyjaśnień w zakresie kosztów transportu: „*Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach przedstawił wyliczenia dot. kosztów transportu, jednakże potwierdził skierowanie do obsługi kontraktu zaledwie jednego samochodu. W związku z tym, że Zamawiający wymaga codziennej obecności personelu Inżyniera na placu budowy, wzywam do złożenia wyjaśnień w jaki sposób za pomocą zaledwie jednego samochodu Wykonawca ma zamiar realizować usługę, zwłaszcza że Zamawiający wymaga zaangażowania tylko w ramach Zespołu Stałego co najmniej 24 osób, z czego co najmniej połowa, jak również personel Zespołu Zmiennego Biura Inżyniera powinna na bieżąco wizytować plac budowy.*”. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, jedynie że: „*Wykonawca informuje, iż OPZ dla niniejszego zamówienia nie nakłada obowiązku skierowania do realizacji zamówienia żadnego pojazdu. Osoby, których obecność jest niezbędna na placu budowy, w szczególności inspektorzy nadzoru, jako zleceniobiorcy docierają na miejsce świadczenia usługi we własnym zakresie i koszt ten kalkulują samodzielnie w ramach swojego wynagrodzenia. Podobnie jak pracownicy zatrudnieni w biurze inżyniera docierają do swojego miejsca pracy we własnym zakresie w ramach otrzymywanego wynagrodzenia. Przewidywany do realizacji pojazd nie służy do zasady do codziennego dowożenia inspektorów nadzoru oraz pracowników biura inżyniera pomiędzy miejscem zamieszkania i miejscem pracy, a stanowi wyposażenie biura inżyniera przewidziane do zaspokajania bieżących potrzeb, takich jak przejazdy personelu inne niż dojazdy do i z miejsca pracy w zależności od potrzeb, czy transport dokumentacji.*”

Powyższe jednoznacznie przeczy argumentom Odwołującego, że w żadnym miejscu wyjaśnień nie zawarto twierdzenia, że kadra Odwołującego będzie we własnym zakresie pokrywać koszty przemieszczania się pomiędzy placem budowy a samą budową. Miejsce świadczenia usług zleceniobiorcy jest determinowane rodzajem usługi. W przedmiotowej sprawie miejscem świadczenia usługi np. Inspektora Nadzoru jest przede wszystkim teren budowy i zgodnie z tym co wskazał

Odwołujący zleceniobiorcy docierają na miejsce świadczenia usługi we własnym zakresie i koszt ten kalkulują samodzielnie w ramach swojego wynagrodzenia. Tylko na marginesie warto wspomnieć, że wyjaśnienia uzupełniające są niespójne z deklaracją z wyjaśnień pierwotnych, gdzie Odwołujący wskazuje się, że wykazane są w niej „koszty wynagrodzeń”, a nie koszty wynagrodzeń i inne wartości (jak np. koszty dojazdów), zaś sama tabela znajduje się w tzw. „Kroku 1. Wyznaczenie kosztów wynagrodzeń personelu”.

Odwołujący w swoim Odwołaniu wskazuje również, że „*kwestia kosztów dojazdu kadry nie odnosi się de facto do całości ceny oferty, a tylko jej stosunkowo małego elementu (niezależnie od merytorycznej niezasadności tej kwestii), podczas gdy całość oferty to ponad 10 mln zł.*”. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, gdyż koszty dojazdów stanowią element wynagrodzenia członków personelu Zespołu Stałego, które przedstawił Odwołujący w swoich wyjaśnieniach, a jak sam Odwołujący przyznaje głównym czynnikiem cenotwórczym w niniejszym zamówieniu jest zapewnienie personelu, a więc i w konsekwencji powinien podlegać szczegółowemu i precyzyjnemu wyjaśnieniu.

Mając na uwadze powyższe, za uzasadnione należy uznać wątpliwości Zmawiającego, a także przeświadczenie, że stawki wynagrodzenia personelu Odwołującego nie gwarantują należytego wykonania przedmiotowej usługi. Sam Odwołujący w wyjaśnieniach oszacował miesięczny koszt paliwa, ubezpieczenia, naprawy dla jednego samochodu na kwotę 2000 zł. W przypadku kluczowych stanowisk z punktu widzenia realizacji usługi wskazał (w wariantcie zaangażowania pełnoetatowego) wynagrodzenie miesięczne na poziomie 4500-5000 zł. Oczywistym jest, że osoba prowadząca działalność gospodarczą ponosi miesięczne koszty jej prowadzenia, takie jak chociażby składki ZUS czy podatki. A zgodnie z przedstawionymi wyżej wyjaśnieniami kwota wynagrodzenia zawiera również wcześniej wspomniany koszt transportu.

Dodatkowo, Zamawiający wskazuje, iż dokumenty – faktury VAT – wskazują, iż usługi w nich wykazane – realizowane są np. przez osoby prowadzące działalność gospodarczą na terenie Warszawy przy kontraktach w województwie mazowieckim (np. TORKOL – LOGISTIC A.G., S.K. „SK PROJEKT”), a osoby prowadzące działalność gospodarczą na terenie województwa wielkopolskiego przy kontraktach realizowanych w tymże województwie (np. Usługi budowlane A.K., PROMAK M.H., ERPOBUD R.P., Usługi Inżynierskie B.S.), podczas gdy zamówienie aktualnie badane, realizowane jest na terenie województwa śląskiego. Z uwagi na powyższe mało prawdopodobne jest by – jak się zdaje nierynkowe ceny wykazane w fakturach – mogły zostać powielone dla kontraktu położonego kilkaset kilometrów od siedzib wykazywanych podmiotów, zwłaszcza gdy wynagrodzenie miałoby zawierać inne, dodatkowe elementy o których mowa powyżej. (...)

W ocenie Zamawiającego że Odwołujący najprawdopodobniej nie dokonał oceny niezbędnej pracowitości dla realizacji prac. Odwołujący nie może się powoływać, na fakt, iż SWZw żadnym punkcie nie zawiera zapisów o kilkukrotnym wizytowaniu placu budowy dziennie i nie wskazuje, którzy członkowie personelu mieliby tego dokonywać. To na Wykonawcy, jako profesjonalnym podmiocie, spoczywa obowiązek dokonania pełnej analizy zakresu prac. Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2019 r., sygn. akt. KIO 1506/19. (...)

Zmawiający wskazuje, że nieprawdziwa jest argumentacja Odwołującego, że w wyjaśnieniach uzupełniających jedynie co uległo korekcie to „autopoprawienie” oczywistej pozycji dla jednego ze specjalistów, gdzie omyłkowo w pierwszych wyjaśnieniach wskazano zaangażowanie na poziomie 1000% a nie 100%, a wszelkie pozostałe zmiany ujęte w wyjaśnieniach uzupełniających „zostały niejako wymuszone przez Zamawiającego”.

Odnosząc się do powyższej argumentacji Odwołującego, Zamawiający wskazuje, że:

- a) Odwołujący zmodyfikował pozycje nr 2 tabeli („Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych skutkiem czego uzyskał w pozycji tej wartość 268.000,00 złotych (dla okresu podstawowego) i 105.000 złotych (dla okresu wydłużonego + 3 miesiące) otrzymując na tej pozycji (w wyniku wskazanej operacji) dodatkowe 3.258.000,00 zł. Co istotne niemal cała ta wartość została przesunięta do pozycji „Zysk”, co obrazuje tabela ze str. 7 wyjaśnień uzupełniających;
- b) w wyjaśnieniach uzupełniających pojawiły się nowe wartości dla pozycji Biuro – 387.600,00 złotych (wcześniej Odwołujący podawał wartość 513.000,00 złotych), tworząc kolejną „oszczędność”;
- c) Odwołujący dokonał również redukcji w obszarze odnoszącym się do pozycji „polisa OC i GNWU”;
- d) na stronie 8 wyjaśnień uzupełniających Odwołujący stwierdził: „*Działając z dalece posuniętej ostrożności, wykonawca przedkłada zmodyfikowaną kalkulację ceny ofertowej ze zmniejszonym kosztem geologa z ZzBI i zwiększonym zaangażowaniem geologia w ZzPD przy założeniu, że będą to 2 różne osoby*”;
- e) z uwagi na wątpliwości Zamawiającego Odwołujący przedłożył w odpowiedzi „...zmodyfikowane oświadczenia członków zespołu przy uwzględnieniu pełnoetatowego zaangażowania dla wszystkich stanowisk wchodzących w skład Zespołu Stałego Biura Inżyniera, Zespołu Stałego Przeglądu Dokumentacji i Zespołu Stałego Kontraktu Budowlanego”.

Zamawiający podkreśla, że skoro zaś doszło do korekty wyjaśnień pierwotnych – to pomijając już niezwykle istotny aspekt równego traktowania wykonawców – konieczność „korekty” wyjaśnień świadczy o tym, iż te pierwotne były wadliwe, błędne, nierzetelne.

Kontynuując dalej Odwołujący w wyjaśnieniach uzupełniających – wbrew przywołanej praktyce i orzecznictwu – tworzy i otwiera nowe wątki nigdzie nie występujące wcześniej, wzbogacając treść wyjaśnień zupełnie nowymi okolicznościami np.:

- a) Wskazanie, że na obsługę geodezyjną zostanie „udostępnionych czterech geodetów” z podziałem ich na Biura (str. 8 wyjaśnień uzupełniających,
- b) Tabelaryczne rozbicie kwoty 750.000 złotych dla geodetów ze wskazaniem zaangażowania, zysku, kosztów i ilości osób, niespójne m.in. w kontekście oświadczenia „Wykonawca z ostrożności informuje, że prawdopodobnie poszuka podwykonawcy prac geodezyjnych na miejscu, a oferta Kadex ma charakter informacyjny, potwierdzający, że usługa skalkulowana jest prawidłowo”,
- c) Wskazanie, iż „zleceniobiorcy docierają na miejsce świadczenia usługi we własnym zakresie i koszt ten kalkulują samodzielnie w ramach swojego wynagrodzenia. Podobnie jak pracownicy zatrudnieni w biurze inżyniera docierają do swojego miejsca pracy we własnym zakresie w ramach otrzymywanego wynagrodzenia”, pomimo, iż nigdzie na okoliczność taką nie zwracano uwagi (także w oświadczeniach z których, podobnie jak z tabel nie wynika co zawierają „wynagrodzenia”). Powyższy wywód jest także niespójny z deklaracją z wyjaśnień pierwotnych i opisie tabeli 2 ze str. 7 gdzie wskazuje się, że wykazane są w niej „koszty wynagrodzeń”, a nie koszty wynagrodzeń i inne wartości (jak np. koszty dojazdów), zaś sama tabela znajduje się w tzw. „Kroku 1. Wyznaczenie kosztów wynagrodzeń personelu”.

Zamawiający wskazuje również, iż w odpowiedzi na pkt 1 wezwania uzupełniającego Odwołujący wprost przyznał, iż z ostrożności przedkłada zmodyfikowaną kalkulację ceny ofertowej ze zmniejszonym kosztem geologa z ZzBI i zwiększonym zaangażowaniem geologia w ZzPD przy założeniu, że będą to 2 różne osoby – na wypadek, gdyby Zamawiający nalegał na skierowanie do realizacji tego zakresu więcej niż 1 osoby.

„Wykonawca wie, że zaangażowanie geologa nie jest wymagane przez cały okres realizacji usługi. Wsparcie geologa jest niezbędne na etapie sporządzania dokumentacji projektowej oraz w trakcie realizacji gdy wykonawca robót natrafi na nieprzewidziane warunki gruntowo-wodne lub pojawi się inny problem z zakresu geologii. Jak wynika z doświadczeń, zaangażowanie jednego geologa przez cały okres realizacji kontraktu jest w zupełności wystarczające. W przypadku jednak gdy Zamawiający nalegać będzie na skierowanie do realizacji w tym zakresie więcej niż jednej osoby, Wykonawca, który rozbudowuje swoją działalność o biuro geologiczno – geotechniczne może skierować do realizacji więcej niż jedną osobę, w tym w szczególności jednego geologa do ZzBI oraz inną osobę jako geologa 8 do ZzPD. W takim wypadku sumaryczny koszt realizacji wynikający z założonego zaangażowania personelu pozostanie ten sam, natomiast rozłoży się na więcej osób”

Zdaniem Zamawiającego – Odwołujący, który jest profesjonalistą, i wielokrotnie powołuje się na swoje długoletnie doświadczenie w wyjaśnieniach – nie może w warunkach reżimu „wyjaśnień RNC”, treści wezwania pierwotnego i „uzupełniającego” oraz art. 224 ust 5 i 6 ustawy pzp, składać „wyjaśnień z ostrożności”. Obiektywnie bowiem cenę kalkuluje się w ściśle określony sposób, w reżimie zawężonym dokumentacją przetargową, a w konsekwencji bez rozwiązań alternatywnych, które w niniejszych wyjaśnieniach mają za zadanie wytłumaczenie pewnych niejasności.

Na marginesie Zamawiający wskazuje również, że Odwołujący w wyjaśnieniach uzupełniających przedkłada dowody spóźnione, które były możliwe do złożenia wcześniej np.

- a) Umowę o udzielenie gwarancji ubezpieczeniowych (z 10 października 2018 r.) zawartą z CREDENDO,
- b) Umowę o pracę dla Geodety (z dnia 5 sierpnia 2019 r.), gdzie ponadto wątpliwość budzi jeszcze – z uwagi na odległy okres jej zawarcia wiarygodność figurującej w niej kwoty,
- c) Wycenę polisy OC (która nastąpiła dopiero 10 listopada 2022 r.), a dodatkowo, nie sposób uznać, iż odpowiedź brokera Mentor „Pozyskanie konkretnych ofert będzie możliwe po wyborze Wykonawcy i wtedy okaże się jaka będzie finalnie wysokość składki ale zakładam, że powinno być to raczej bliżej 250 tys PLN niż 500 tys PLN” może przesądzać o pewności ceny oferty. Stwierdza on bowiem wyraźnie „Pozyskanie konkretnych ofert będzie możliwe po wyborze Wykonawcy i wtedy okaże się jaka będzie finalnie wysokość składki” (email z dnia 10 listopada 2022 r.).

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że Zamawiający bezpodstawnie oczekiwał pokazania oferty z danego skonkretyzowanego obszaru Zamawiający wyjaśnia, że w swoim wezwaniu szczegółowo wyjaśnił tę kwestię (...)

W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że przedstawiona przez niego kalkulacja kosztów biura w Tychach jest przykładowa, w uzupełnieniu przedkładając zupełnie nową kalkulację dla kosztów biura zlokalizowanego w Pszczynie – przedkładając jako dowód link do portalu z nieruchomościami na wynajem. Wykonawca stwierdził ponadto, że w przypadku braku dostępności powierzchni biurowej w ogóle, rozważy wykorzystanie do realizacji biura kontenerowego.

(...)

Hipotetyczne przyjęcie wyjaśnień Odwołującego, w których tworzy nowe „wątki”, modyfikuje wyjaśnienia wcześniej złożone czy przedkładanie kolejnych dowodów skutkowałoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku KIO o sygn. akt: 1431/17 z dnia 28 lipca 2017r.; o sygn. akt: 2025/14 z dnia 13

października 2014r.; o sygn. akt: 2380/17 z dnia 24 listopada 2017r.; z dnia 26 lipca 2019 r. KIO 1323/19; z dnia 17 września 2021 r. sygn. KIO 2487/21.

W ocenie Zamawiającego złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólne, niespójne i w pewnych częściach wykluczające się np. włączenie w wyjaśnieniach uzupełniających do wynagrodzenia kosztów dojazdów, o czym wcześniej nie było mowy, deklaracja o zamiarze poszukiwania lokalnego podwykonawcy do prac geodezyjnych, podczas gdy z oferty, maili wynika co innego, a dodatkowo nie czynią zadość treści skierowanego wezwania i przede wszystkim nie odpowiadają na pytania Zamawiającego w sposób pozwalający rozwiać jego wątpliwości. Odwołujący nie wyjaśnił w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że zaoferowana cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nie sposób, zatem było przypisać Odwołującemu należyte wywiązanie się z obowiązku jednoznacznego wyjaśnienia stwierdzonych przez Zamawiającego nieścisłości w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia. Powyższe potwierdziło, że ten zakres świadczenia Wykonawcy został również skalkulowany w sposób nienależyty i w rezultacie złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że cena oferty jest prawidłowa i realna.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili: wykonawca BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „BBF”), wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „TPF”) oraz DOM INŻYNIERIA, ARCHITEKTURA I DORADZTWO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

W złożonej pismem z 07 czerwca 2023 odpowiedzi na odwołanie, TPF odniósł się do zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu TPF wskazał m.in.:

(...)

Oświadczenia Odwołującego co do elementów kosztowych oferty zmieniały się w toku postępowania wielokrotnie, nawet w jednym dokumencie wyjaśnień, tj. w wyjaśnieniach z 8.11.2022r. Odwołujący podawał zupełnie różne wysokości kosztów.

TPF przedstawił tabelę porównującą oświadczenia Odwołującego w tym zakresie:

Pozycja	Oferta – Załącznik 1A i 1B	Wyjaśnieniaz 3.10.2023 – Tabela 5 na str. 13	Wyjaśnieniaz 8.11.20213 – tabela na str. 7	Wyjaśnieniaz 8.11.20213 – tabela na str. 16
	Kwoty netto w PLN			
Koszty personelu (podstawa)	6.993.000	6.720.200	4.301.000	6.018.800
Koszty personelu (wydłużenie)/ryzyko wydłużenia	1.158.739*	1.225.500	1.471.200	2.088.500
Biuro	257.880 10.000	513.000	387.600	387.600
Koszty transportu założone dla personelu Inżyniera projektu + samochód	50.000	171.000	171.000	171.000
Badania laboratoryjne	600.000	664.000	664.000	664.000
Polisa dedykowana	70.000	500.000	310.685	310.685
Gwarancja należytego wykonania umowy (NWK)	480.000	60.685		
Koszty Zarządu	50.000	Brak	Brak	Brak
Koszt przygotowania oferty	Brak pozycji w Załączniku 1B	10.000	10.000	10.000
Ryzyko	400.000	309.909	3.154.133	819.033
Zysk	400.000	295.324		

* kwota wynikająca z Załącznika 1A

W ocenie TPF już pobieżna analiza tego, jak Odwołujący zmieniał oświadczenia co do wysokości kosztów wskazuje, że Odwołujący złożył nierzetelne wyjaśnienia w zakresie ceny – nierzetelność ta wynika z faktu, że wielokrotnie zmieniał swoje stanowisko, jakie właściwie ponosi rzekome koszty. Należy użyć pojęcia „rzekome koszty” – gdyż właśnie ciągłe zmienianie tych kwot wskazuje, że Odwołujący wcale nie podaje w wyjaśnieniach rzetelnych kosztów, które brał pod uwagę przy szacowaniu ceny – ale po prostu stara się dostosować obliczenia do ceny oferty. (...) Zwrócił również uwagę, że Odwołujący w ogóle składa wyjaśnienia w oderwaniu od treści Załącznika 1B do oferty - jakby treść oświadczeń w tym Załączniku 1B była nieistotna. (...)

Dalej, stawki miesięczne poszczególnych członków personelu ulegały wielokrotnej zmianie – w szczególności stawki

wskazane w pierwszych wyjaśnieniach z 3.10.2022r. są w większości inne niż stawki wynikające z dowodów dołączonych do drugich wyjaśnień z 8.11.2022r. Tymczasem dowody dla następujących specjalistów:

- a. Specjalista ds. oceny znaczenia zmiany w zakresie procedury sms
- b. Specjalista ds. BHP
- c. Specjalista ds. ochrony środowiska
- d. Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych
- e. Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych
- f. Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej
- g. Kierownik zespołu przeglądu dokumentacji

wskazują, że w/w specjaliści zarabiają więcej, niż kwota wskazana dla nich w ofercie. Tym samym Odwołujący zaniżył cenę oferty dla w/w specjalistów. (...)

TPF przytoczył treść pkt. 3 ppkt 3.1.OPZ. Z postanowień wynika, że wykonawca zobowiązany jest zatrudnić na podstawie umowy o pracę:

- a) Asystenta Inżyniera Projektu w zakresie obsługi biura Inżyniera,
- b) Pracownika biurowego.

Odwołujący w toku postępowania składał w tym zakresie rozbieżne oświadczenia – najpierw w ofercie przewidywał zatrudnienie takiej osoby, a następnie w wyjaśnieniach ceny – wskazywał, że nie będzie jej zatrudniał. Odwołujący cały swój wywód opiera na twierdzeniu, że zatrudnienie w/w pracowników nie jest obowiązkowe, jest fakultatywne i decyzja w tym zakresie zależy wyłącznie do wykonawcy.

Taka argumentacja jest sprzeczna z w/w brzmieniem OPZ:

10) Wykonawca lub jego Podwykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy (tj. pracownicy biurowi, Asystent Inżyniera Projektu w zakresie obsługi biura Inżyniera);

Zamawiający użył skrótu „tj.” – czyli „to jest”. Zwrot „to jest” doprecyzowuje wcześniejszą treść. Czyli Zamawiający wskazał, kogo należy zatrudnić na umowę o pracę. Tymczasem Odwołujący wywodzi, że jest to jedynie przykładowe wskazanie osób wykonujących czynności biurowe. Gdyby jednak Zamawiający uważał, że wskazanie jest przykładowe, to użyłby skrótu „np.”, czy „na przykład”.

Podkreślić należy, że sam Odwołujący uznał, że konieczne jest wykonywanie prac biurowych – i w wyjaśnieniach z 8.11.2022r. wskazał, że prace tę będą wykonywane przez inne osoby z Zespołu Stałego Biura Inżyniera: *prawdopodobnie obowiązki asystenta Inżyniera Projektu pełnić będzie jedna z osób zajmujących stanowisko Specjalisty ds. raportowania.*

Przy czym akurat tutaj Odwołujący zapomniał, że Zamawiający zabronił łączenia funkcji – w pkt 3.1.1. OPZ wskazano: *Usługi. Niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska, w ramach Projektu. (...)*

Odnosząc się do kosztów transportu założone dla personelu inżyniera projektu + samochód TPF wskazał, że Odwołujący w ofercie wskazał kwotę 50.000 zł pozycji koszty transportu + samochód, zaś w wyjaśnieniach wskazywał kwotę 171.000 zł. Sama ta rozbieżność powinna podlegać wyjaśnieniom.

Pozycja	Oferta – Załącznik 1B	Wyjaśnieniaz 3.10.2023 – Tabela 5 na str. 13	Wyjaśnieniaz 8.11.20213 – tabela na str. 7	Wyjaśnieniaz 8.11.20213 – tabela na str. 16
Kwoty netto w PLN				
Koszty transportu założone dla personelu Inżyniera projektu + samochód	50.000	171.000	171.000	171.000

W zakresie kosztów transportu Odwołujący wskazał w pierwszych wyjaśnieniach:

Koszty związane z transportem. Założono konieczność skierowania 1 samochodu na wyposażenie Personelu Inżyniera. BBF dysponuje własnymi pojazdami. Koszty eksploatacyjne to około 3,0 tys. zł bez VAT miesięcznie (leasing 1000 zł + 2000 zł paliwo, ubezpieczenie, naprawy). Koszty transportu łącznie w perspektywie całego Projektu dają koszt 171 000,00 + VAT.

Tymczasem już w drugich wyjaśnieniach ceny Odwołujący wskazał: *Wykonawca informuje, iż OPZ dla niniejszego zamówienia nie nakłada obowiązku skierowania do realizacji zamówienia żadnego pojazdu.*

Kolejny raz Odwołujący składa rozbieżne oświadczenia w różnych wyjaśnieniach.

W OPZ wyraźnie wskazano, że należy w cenie oferty ująć koszty transportu. Jest to niesporne. To do wykonawców należało wycenić koszty tego transportu w sposób najbardziej racjonalny. Wykonawcy zapewne są uprawnieni zastosować inny transport, niż samochody – np. helikopter czy rower lub hulajnoga, czy wręcz transport pieszy. W każdym jednak przypadku – powinno to zostać przedstawione w wyjaśnieniach, wraz z przedstawieniem kosztów

przyjętego rozwiązania. Np. gdyby Odwołujący przyjął, że inspektorzy będą przemieszczać się pieszo pomiędzy biurem a placem budowy, to powinien przedstawić dla takiego rozwiązania wyliczenia. Biuro musi znajdować się nie więcej niż 5 km od placu budowy, 5 km to spacer trwający 1 h. A zatem każda wizyta na placu budowy to 2h, za które należy danemu inspektorowi zapłacić, a w którym to czasie nie będzie on świadczył usług na rzecz Zamawiającego. Czyli do każdej pieszej wizyty na placu budowy należałoby wtedy doliczyć koszt 2h czasu poświęconego na dotarcie na plac budowy i powrót.

Jednakże Odwołujący nie przewidział innego sposobu transportu na plac budowy niż samochód. A jeśli przewidział tylko samochód i tylko jeden samochód, to powinien wykazać, w jaki sposób ten 1 samochód będzie wystarczający dla całego zespołu, który liczy kilkanaście osób. Takiego wykazania zabrakło – w pierwszych wyjaśnieniach wskazano, że 1 samochód wystarczy, a w 2 wyjaśnieniach Odwołujący wywodził, że inspektorzy będą sami pokrywali te koszty.

Niezrozumiałe jest też twierdzenie Odwołującego w pkt 71 Odwołania – że „TPF nie wykazał istotnie wyższych kosztów transportu niż BBF (ledwie ok. 121 tys. zł dla realizacji zamówienia)”.

Są to twierdzenia całkowicie nieprawdziwe – TPF jako koszt transportu przewidział kwotę 251.370 złotych, a nie, jak twierdzi Odwołujący – ok. 121.000 zł.

KIO 2175/23

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDOM INŻYNIERIA ARCHITEKTURA I DORADZTWO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S., z siedzibą w Bilbao, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący 3”) 24 lipca 2023 wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy TPF Sp. z o.o. (dalej jako „TPF”) jako najkorzystniejszej, mimo że oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu, a wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z postępowania;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty TPF;
- 3) zaniechaniu wykluczenia TPF.

Odwołujący 3 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TPF z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy (niezgodny z wymogami SWZ), podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było zweryfikowanie przedłożonego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej (wadium) i porównanie z wymogami określonymi SWZ, co w konsekwencji winno prowadzić do wniosku, że złożone przez TPF wadium nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego, a przez to oferta TPF winna podlegać odrzuceniu;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty TPF, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie weryfikacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sposób rzetelny i odrzucenie oferty TPF, gdyż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie uzasadniają możliwości realizacji zamówienia za wskazaną cenę oraz nie zostały udowodnione, co oznacza że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TPF z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było porównanie treści złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z warunkami zamówienia, co winno skutkować odrzuceniem oferty TPF jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 4) art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia TPF z postępowania, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie tego wykonawcy, gdyż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w zakresie osób), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący 3 wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty TPF;
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia TPF;
7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący 3 wskazał m.in.:

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP

Zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 PZP. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający wymagał wniesienia wadium, a dokładne obwarowania w tym zakresie znalazły się w rozdziale 11 IDW. W postanowieniu 11.5 IDW, Zamawiający wskazał na następujący warunek: „*W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie Zamawiającego przy czym gwarancja powinna umożliwić złożenie tego żądania według wyboru Zamawiającego w formie pisemnej lub oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym na wskazany w tym celu w treści gwarancji adres poczty elektronicznej. Do gwarancji zastosowanie będzie miało prawo polskie. Zamawiający wskazuje, że sposób wnoszenia żądania wypłaty z gwarancji musi umożliwiać wniesienie takiego żądania do upływu terminu związania ofertą*”.

W postanowieniu tym kluczowy jest aspekt dotyczący możliwości złożenia żądania w formie pisemnej lub oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym na wskazany w tym celu w treści gwarancji adres poczty elektronicznej – według wyboru Zamawiającego.

Odwołujący wskazał przykładowe gwarancje, które zawierają stosowne postanowienia (...).

W ocenie Odwołującego nie było zatem utrudnionym zidentyfikowanie, że Zamawiający postawił określony wymóg dotyczący dokumentu wadium w treści SWZ (IDW) – skoro wykonawcy potrafili go odczytać, dostrzec i zastosować.

Niemniej jednak, dokument gwarancji ubezpieczeniowej złożony przez TPF nie zawiera takich postanowień. Zgodnie z treścią postanowienia § 3 ust. 2 gwarancji Nr 727500116040 z 13 września 2022 r., „Wezwanie do zapłaty należy doręczyć na adres Gwaranta: UNIQA TU S.A., Centrum Pomocy, Roszczenia z Gwarancji, ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź”. Powyższe jednoznacznie oznacza, że dokument gwarancji ubezpieczeniowej jako wadium nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w postanowieniu 11.5 IDW.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2023r., sygn. akt KIO 736/23.

Odwołujący podkreślił, że zweryfikowanie czy wystawiona przez ubezpieczyciela gwarancja spełnia wymogi SWZ jest powinnością wykonawcy chcącego wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie wymaga żadnej wiedzy specjalistycznej z jakiegokolwiek zakresu. Wystarczającym jest przeczytanie i zestawienie treści dwóch dokumentów (SWZ oraz projektu gwarancji), co umożliwiłoby wykrycie wszelkich nieprawidłowości gwarancji, która miała zostać przedstawiona Zamawiającemu.

Zamawiający, poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty TPF, doprowadził również do nierównego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Zwrócić bowiem należy uwagę na to, że Zamawiający w tożsamy sposób potraktował wykonawców, którzy złożyli gwarancje wadium w sposób wprost zgodny z SWZ (IDW) oraz wykonawcę, którego gwarancja wadium nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego. Zamawiający nie miał uprawnienia do odstępowania od egzekwowania treści SWZ (IDW), którą sam stworzył, a która to treść do upływu terminu składania ofert nie została zmieniona. Jednocześnie, jeżeli TPF chciał złożyć gwarancję takiej treści, miał możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, aby postanowienie 11.5 IDW miało inne brzmienie. W brzmieniu ostatecznym, gwarancja złożona przez TPF nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego. Dlatego też, oferta TPF winna zostać odrzucona na podstawie przepisu

art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP z uwagi na to, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP

Odwołujący przytoczył treść art. 226 ust. 1 pkt 8) oraz art. 224 ust. 6 PZP. Na samym wstępie rozważań dotyczących przedmiotowego zarzutu Odwołujący wskazał, że oferta TPF zawiera rażąco niską cenę, a TPF w ramach udzielonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie wykazało i nie udowodniło, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dodatkowo, TPF w złożonych wyjaśnieniach nie zawarł wszystkich wymaganych informacji i dowodów, a mimo to Zamawiający wezwał go do ich uzupełnienia.

Zamawiający w dniu 27.09.2022 r. zwrócił się do TPF z wezwaniem, na podstawie przepisu art. 224 ust. 1 PZP, do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciążało TPF, co wynika wprost z przepisu art. 224 ust. 5 PZP. Domniemania tego jednak TPF nie obalił. Kluczowymi elementami wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do TPF były:

- 1) Przedstawienie szczegółowej kalkulacji elementów cenotwórczych;
- 2) Dołączenie dowodów na potwierdzenie argumentacji i kalkulacji.

W obydwu tych kwestiach, złożone przez TPF wyjaśnienia nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny. W zakresie wyliczeń wskazać należy, że:

1)Wskazana w pozycji 3 lokalizacja biura jest w ogólnodostępnej bazie – z tą różnicą, że koszt miesięczny został oszacowany na kwotę 9.000 zł (<https://www.otodom.pl/pl/oferta/lokal-do-wynajecia-pszczynacentrum-parter-ID4ceso>) – oznacza to blisko dwukrotnie wyższy koszt, niż wskazał to TPF w treści wyjaśnień. Przyjęcie zatem średniej stawki w wysokości 5.400 zł jest stawką nierynkową;

2)W przypadku opłat za media:

- a)TPF wskazał użycie 3 żarówek 36W, co jest niemożliwe dla wskazanej powierzchni użytkowej. Z resztą – sam TPF wskazał, że 3 żarówki przewidziane są dla każdego pomieszczenia, a nie dla całego biura;
- b)TPF wskazuje na koszt ogrzewania. Pomijając, iż jest to przyjęta wartość dla 1 grzejnika (co, jak wiadomo, nie jest możliwe dla całego biura o takiej powierzchni), to i tak jest zaniżona względem wskazanych wyliczeń. Wskazać bowiem należy, że tylko w przypadku 4 miesięcy korzystania z grzejnika (zgodnie ze stawkami wskazanymi przez TPF) skonsumentowałoby się całą kwotę. Przyjmuje się, że sezon grzewczy trwa od września do maja. Oznacza to, że grzejniki są uruchomione przez 8 miesięcy, a nie przez 4;
- c)Klimatyzacja – tak samo, wskazane zostało wyliczenie dla jednego klimatyzatora, przy zastrzeżeniu, że tych klimatyzatorów będzie więcej. Oznacza to, że wskazane przez TPF wyliczenie jest nierealne;
- d)Najciekawszym przykładem znaczącego zaniżenia kosztów, jest koszt pracy lodówki. Sam TPF wskazuje, że zamierza korzystać z lodówki o mocy 300 kWh/rok. Lodówka o mocy 30 W w ciągu roku zużyje 262,8 kWh (0,72 kWh x 365 dni). Roczne użytkowanie urządzenia będzie zatem kosztować przeszło 250 zł rocznie. TPF wskazało jednak kwotę przeszło 4 razy mniejszą – w ten właśnie sposób udowadniając, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Kolejne wyliczenia również wskazują na nierealność przyjętych założeń, np.:

- 1)Utrzymanie czystości w kwocie 200 zł netto miesięcznie (w tej cenie jest koszt pracy osoby i koszt środków czystości). Oznacza to, że sprzątanie musiałyby być wykonywane 1 raz w ciągu miesiąca przez 2-3 godziny. Przy takiej powierzchni i liczbie osób jest to po prostu nierzetelne wyliczenie;
- 2)Koszty transportu i brak przewidzenia chociażby konieczności dokonywania przeglądów czy zerowy koszt wydatków miesięcznych na sam środek transportu;
- 3)Koszty ubezpieczenia i ochrony w kwocie 100 zł miesięcznie netto. Jeżeli z wyliczenia TPF wynika, że minimalny koszt ubezpieczenia wynosi 35 zł miesięcznie (a średnio daje około 40 zł miesięcznie), to na koszt ochrony TPF zamierza przeznaczyć 60 zł miesięcznie netto.

Pomijając zaskakująco niski koszt samej ochrony, nie zostały doliczone koszty montażu urządzeń alarmowych (czujniki, kamery, instalacja, systemy).

Również punkt dotyczący dołączenia dowodów, nie został w odpowiedni sposób przez TPF spełniony. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający w treści wezwania niezwykle mocno podkreślał ten wymóg:

- 1)„Żądam od Państwa udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia powyższej ceny”;
- 2) „Jednocześnie nadmieniam, że przekazane wyjaśnienia muszą zawierać właściwe merytorycznie informacje i dowody, które mają lub mogą mieć wpływ na wysokość skalkulowanej ceny całkowitej oferty i nie mogą prowadzić do zmiany treści złożonej oferty”.

TPF złożyło wyjaśnienia w dniu 07.10.2022r. Do wyjaśnień TPF dołączyło 8 dowodów. Jednocześnie dostrzec należy, że TPF powoływało się w wyjaśnieniach na więcej niż 8 okoliczności, które miały świadczyć o realności zaoferowanej ceny. Już tylko z samego tego powodu należałoby uznać, że oferta TPF winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, gdyż wyjaśnienia nie zostały poparte, w zasadzie, jakimikolwiek dowodami.

Odwolujący przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 359/23.

Odwolujący zwrócił uwagę, że celem złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny, wykazanie, że jest ona realna i umożliwia należyte wykonanie zamówienia. W kontekście powyżej wskazanych braków dowodowych nie można także uznać złożonej kalkulacji za wiarygodny dowód. Tym samym należało ocenić wyjaśnienia jako lakoniczne, ogólnikowe, nie poparte wiarygodnymi dowodami. Podkreślić trzeba, że mimo tak ogólnikowych wyjaśnień, ich okrojona treść budzi wiele wątpliwości. W konsekwencji nie sposób uznać, że wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie, aby wykazać brak udowodnienia określonych okoliczności i warunków, wskazać należy na czynniki przywołane przez TPF w treści wyjaśnień, a które nie zostały w żaden sposób udowodnione, np.:

- 1)Refundacja części kosztów wynagrodzenia przez Urząd Pracy;
- 2)Refundacja wynagrodzenia w ramach prac interwencyjnych z Urzędu Pracy;
- 3)Realny koszt polisy OC dla okresu składania oferty;
- 4)Oferty ubezpieczycieli związane z ubezpieczeniem biura;

5)Oferty agencji ochrony związane z ochroną biura;

6)Koszty utrzymania czystości;

7)Koszty usług informatycznych;

8)Koszty laboratorium (wskazane zostały umowy z lat ubiegłych, nie wiadomo jak aktualnie kształtują się ceny).

Szczególnie istotne są braki dowodowe z zakresie kosztów pracy – na to bowiem szczególną uwagę zwrócił nie tylko ustawodawca w treści przepisu art. 224 ust. 4 PZP, ale również Zamawiający w treści wystosowanego przez siebie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny do TPF. Odwołujący przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 10 marca 2023 r., sygn. akt KIO 500/23;

z dnia 27 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 388/23.

Co oczywiste, nie jest konieczne, aby każdy argument lub każda teza w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny poparty był dowodami. Niemniej jednak, przedstawienie wyłącznie minimalnej liczby dowodów nie może pozwolić na pozytywną ocenę takich wyjaśnień, gdyż nie jest możliwa rzetelna ocena przedstawionych informacji, danych i wyliczeń.

Dodatkowo, antycypując niejako możliwą przyszłą argumentację Zamawiającego lub TPF, Odwołujący przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3488/22. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, tylko wyjaśnienia i dowody już złożone przez TPF w Postępowaniu mogą być ocenione w niniejszym postępowaniu odwoławczym. (...)

Zdaniem Odwołującego, również inne wyliczenia przedstawione przez TPF w treści wyjaśnień nie są realne lub zostały przedstawione w sposób nieprawidłowy. Dla przykładu, wskazana przez TPF stawka wynagrodzenia osób mających wykonywać pracę przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia została przez TPF ustalona na kwotę 3.010 zł brutto lub 4.000 zł brutto. Niemniej jednak, podkreślić należy, że kwota brutto nie jest rzeczywistym kosztem, jaki ponosi pracodawca zatrudniając pracownika za taką kwotę. Pracodawca ponosi rzeczywisty koszt kilkuset złotych większy. Dodatkowo też, stawki te są nierealne, jeżeli weźmiemy pod uwagę wzrosty minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zgodnie z zapowiedziami Rządu RP, od 01.01.2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę ma wynieść ponad 4.200 zł brutto, a od 01.07.2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę ma wynieść ponad 4.300 zł brutto. Biorąc pod uwagę dynamikę wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę, od 01.01.2025 r. kwota wskazana przez TPF byłaby nieprawidłowa. Jest to o tyle istotne, że TPF w żadnym miejscu nie wskazało, że zakłada wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę lub wzrostu wynagrodzenia osób wykonujących u niego pracę za kwotę 3.010 zł lub 4.500 zł brutto. Nie wskazało również, że przewidziało rezerwę na poczet kompensowania wzrostu wynagrodzenia. Przyjmując terminy wskazane w dokumentacji postępowania na wykonanie przedmiotu zamówienia, pozwalają one na uznanie, że minimalne wynagrodzenie za pracę będzie wynosiło więcej niż to wskazane przez TPF.

Tak samo wskazanie, w zasadzie, stałego wynagrodzenia wszystkich osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Doświadczenie życiowe wskazuje, że wynagrodzenie osób wraz z upływem czasu raczej rośnie, a nie maleje czy jest niezmiennione. W przypadku wyjaśnień złożonych przez TPF, pozostaje ono niezmiennione przez kilka lat trwania inwestycji. Odwołujący przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 13.02.2023 r., sygn. akt KIO 259/23.

Niemniej jednak, w wyniku braków w treści wyjaśnień i braków w dowodach złożonych przez TPF, Zamawiający (mimo samodzielnego dostrzeżenia tych braków), zdecydował się wezwać TPF ponownie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym zakresie TPF w odpowiedzi na wezwanie wskazało, że zmuszone jest dokonać rewizji wskazanych wyliczeń (w domyśle – z uwagi na nieuwzględnienie wszystkich okoliczności w złożonych dotychczas wyjaśnieniach). Już tylko z tego powodu Zamawiający winien odrzucić ofertę TPF. Odwołujący przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 20.09.2021 r., sygn. akt KIO 2430/21. W tym miejscu wskazać należy, że wezwanie do, de facto, uzupełnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny spowodowało, że TPF dostrzegł nieprawidłowość złożonych pierwotnie wyjaśnień (niepełny ich zakres względem warunków zamówienia).

Niemniej jednak, dodatkowo z treści drugich wyjaśnień wynika, że TPF uwzględniło wydłużony okres realizacji z 42 do 57 miesięcy i przyjęło założenie, że w związku z tym, że w ramach faktury jest część stała (50% wartości faktury) i część zmienna (zależna od przerobu wykonawcy) a przerób wykonawcy robót będzie 40% w okresie podstawowych i 60% w okresie wydłużony. Przy takich założeniach ze złożonego przez TPF harmonogramu wynika, że TPF będzie ponosił stratę w wysokości ok 21.000 zł miesięcznie, co daje kwotę 878.000 zł w całym okresie podstawowym. TPF dopiero zacząć może wykazywać jakikolwiek zysk w okresie wydłużonym. Brak jest przy tym informacji z czego będzie pokrywał ewentualne comiesięczne straty. Odwołujący przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 16.03.2021 r., sygn. akt KIO 296/21; z dnia 07.07.2021 r., sygn. akt KIO 1462/21; KIO 1481/21; z dnia 13.07.2021 r., sygn. akt KIO 1679/21.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP

Zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z treści złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wynika, że TPF zamierza realizować przedmiot zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

Jak sam wskazał Zamawiający w dokumentach zamówienia, wymaga się zatrudnienia na pełny etat osób wchodzących

w skład zespołu stałego (w tym inspektorów mostowego, elektrycznego, telekomunikacyjnego). W przypadku wskazanych inspektorów zostały przedstawione umowy o współpracy ze stawką dzienną 400 i 300 zł odpowiednio inspektor mostowy, elektryczny (i telekomunikacyjny). Kwoty ich miesięcznego wynagrodzenia wpisane do załącznika do oferty to 7.000 i 4.000 zł. Dokonując prostego obliczenia, $7.000/400 = 17,5$ dniówki, a $4.000/300 = 13,3$ dniówki. Wynika z tego, że nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego.

Podkreślić przy tym należy, że to na TPF spoczywał obowiązek wykazania Zamawiającemu, że złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SWZ, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom Zamawiającego. Treść oferty wykonawcy musi w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzać jej zgodność z warunkami zamówienia – a w przedmiotowym przypadku, treść złożonej oferty nie potwierdza takich okoliczności, gdyż wskazuje na realizację zamówienia w sposób wprost niezgodny z wymogami Zamawiającego. Złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie potwierdzają (nie mogą potwierdzać, gdyż są niezgodne z wymogami Zamawiającego), że zaoferowane osoby będą rzeczywiście wykonywały czynności zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego w zakresie liczby godzin (pełny etat).

Odwolujący przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 646/23. Zdaniem Odwołującego, porównując wyjaśnienia złożone przez TPF z warunkami zamówienia, nie zachodzi między nimi znak równości (TPF oferuje mniej niż chce tego Zamawiający).

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP

W ramach wykazu osób, TPF wskazał, że zamierza skorzystać z osoby p. Á.R.. Weryfikując jednak wskazane przez TPF doświadczenie tej osoby wynika, że nie spełnia ona warunku udziału w postępowaniu. Dla przykładu, w zakresie „Intermodalna stacja towarowa w Parku Logistyczno-Przemysłowym Asturii (Gmina Gijón) – 04.2015 – 10.2016 – Projektant” – dana osoba nie występuje jako autor jakiegokolwiek projektu dla tej inwestycji. Na dostępnych rysunkach nie ma żadnego podpisu tej osoby, jest za to logo INECO.

W przypadku „Przedłużenia linii nr 3 FGV (Walencja) do Tavernes. Prace obejmujące nową stację w Tavernes - 09.2009 - 05.2013 – Projektant” – prace nie mogą zostać uznane za zrealizowane, gdyż taki obiekt w ogóle nie powstał.

Dodatkowo też, dla tej osoby nie zostało wykazane, że posiada odpowiednio długie doświadczenie. Należy bowiem zwrócić uwagę, że jakkolwiek by nie liczyć doświadczenia tej osoby, wychodzi liczba mniejsza niż 60 miesięcy (dokładnie wychodzi ponad 58 miesięcy). Jest to o tyle istotne, że TPF był wzywany do uzupełnienia wykazu osób, również w zakresie tej osoby. Powyższe oznacza, że TPF miał na celu wpłynięcie na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego – doprowadzenie do uznania, że TPF spełnia warunki udziału w postępowaniu (choć miał lub powinien mieć wiedzę dotyczącą braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez tę osobę).

Odwolujący przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 14 marca 2022r., sygn. akt KIO 449/22.

TPF zobowiązany był do dochowania należytej, przynależnej profesjonalistycznie staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu, a oceny jego postępowania dokonuje się przez pryzmat zawodowego charakteru działalności, co wynika wprost z art. 355 § 2 KC. Wzorzec należytej staranności nakłada na TPF, który złożył w postępowaniu ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem miały lub mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Jeżeli TPF nie był pewien lub miał wątpliwości, jak powinien postąpić w danej sytuacji, dla zachowania należytej staranności powinien postąpić z zachowaniem odpowiedniej ostrożności, nie zaś przyjmować interpretację niekoniecznie prawidłową, ale dla siebie korzystną.

Odwolujący przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 18.05.2023 r., sygn. akt KIO 1167/22.

Zatem, przedstawiając niepełne lub nieprawdziwe informacje, TPF wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie przesłanek spełnienia

warunku udziału w postępowaniu.

W złożonej pismem z 07 czerwca 2023 odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

W toku postępowania, TPF sp. z o.o. został wezwany pismem nr IRZR3.292.1.2022.IRE-01074-I.JJ.14 z dnia 2 września 2022 r. do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia powyższej ceny.

TPF Sp. z o.o. pismem nr TPF/2022/3000/AF/581 złożył wyjaśnienia wraz z dowodami w terminie wskazanym przez Zamawiającego tj. w dniu 10 października 2022 r. Odwołujący do wyjaśnień dołączył dowody w postaci następujących dokumentów:

- a) Harmonogram dla okresu podstawowego;
- b) Przykładowe ogłoszenia biura z rejonu inwestycji;

- c) Umowa o dofinansowanie;
- d) Umowa z ubezpieczycielem;
- e) Polisa OC dla PKP PLK;
- f) Laboratorium;
- g) Umowy z personelem;
- h) Zaplecze flotowe.

Zamawiający pismem nr RZR3.292.1.2022.IRE-01074-I.JJ.22 z dnia 26 października 2023r., na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zwrócił się do Wykonawcy z wezwaniem o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wcześniej wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w terminie złożył wyjaśnienia z dnia 8 listopada 2022r.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu Odwołującego w zakresie zaniechania odrzucenia oferty TFP Sp. z o.o. (dalej: „TFP”) przez Zamawiającego z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, Zamawiający wskazuje, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie należy uznać za nieprawidłowe.

Zamawiający przytoczył treść pkt 11.5 IDW, art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 14.

W doktrynie powszechnie przyjmuje się, że wadium wniesione nieprawidłowo to wadium wniesione odmiennie, niż stanowi art. 97 ustawy Pzp., a więc w zbyt niskiej wysokości, w niewłaściwej formie, zbyt późno. Ocena prawidłowości wniesionego wadium winna być dokonywana przez pryzmat skuteczności możliwości skorzystania z gwarancji przez Zamawiającego. Jak podnosi się w orzecznictwie. Zamawiający przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 22 maja 2022 r., sygn. akt. KIO 949/22 oraz treść art. 78¹§1 i 2 kc. W związku z powyższym Zamawiający wskazuje, że gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez TPF odpowiada wymaganiom wskazanym w art. 97 ustawy Pzp, stąd brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że jest ona nieprawidłowa, co stanowiłoby podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Zamawiający podkreśla również, że intencją Zamawiającego w zakresie postanowienia pkt. 11.5 IDW było zagwarantowanie Zamawiającemu możliwości skorzystania z gwarancji, nawet w ostatnim dniu jej obowiązywania, który nie powinien być krótszy niż termin związania ofertą (zgodnie z postanowieniami pkt. 16.1 IDW, termin związania ofertą, a tym samym dzień ważności wadium określono na dzień 12 grudnia 2022 r.). Zamawiający wskazuje, że zgodnie z §4 gwarancji dla TPF termin ważności gwarancji określono na dzień 14 grudnia 2022 r. Tym samym, nawet w kontekście możliwości skorzystania z gwarancji jedynie poprzez pisemne zgłoszenie żądania, interes Zamawiającego nie jest zagrożony, nawet gdyby do skorzystania z gwarancji miało dojść w ostatnim dniu terminu związania ofertą.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 15 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2806/21. (...)

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, że oferta TPF zawiera rażąco niską cenę, należy stwierdzić, iż jest to zarzut całkowicie bezpodstawny. Zamawiający dokonał szczegółowej oceny oferty wykonawcy TPF i przedłożonych w toku postępowania wyjaśnień i stwierdził, że wyjaśnienia te potwierdzają, iż oferta została kalkulowana prawidłowo i zapewnia wykonawcy zysk na poziomie rynkowym. (...)

Pismem z dnia 26 października 2022 r. Zamawiający wezwał TPF do złożenia uzupełniających wyjaśnień (...)

W I Wyjaśnieniach RNC, wykonawca TPF podkreślił, że dokonał badania rynku nieruchomości ustalając, iż „średnia cena za wynajem m²” w rejonie realizacji zamówienia plasuje się na poziomie 30-33 zł/m². W swojej wycenie przyjął dla biura Konsultanta i Zamawiającego stawkę 30 zł/m² i założył wynajęcie biura o powierzchni ok 180 m², co jak podsumował daje kwotę 5.400 złotych netto. Dla uwiarygodnienia swych założeń przedstawił (w ujęciu tabelarycznym) zestawienie przykładowych biur i załączył do wyjaśnień trzy ogłoszenia z portalu „otodom”. Przykładowe biura położone są w rejonach wyszczególnionych w SWZ. (...)

Dodatkowo, Wykonawca przedstawił w formie opisowej i tabelarycznej koszty – „opłaty za media”. (...) W zakresie kosztów administracyjnych wykonawca TPF zakończył zestawieniem kosztów w ujęciu tabelarycznym, gdzie na łączną sumę 7.700 złotych netto składają się (opłaty za media, internet i telefon, utrzymanie czystości, wydatki biura, wynajem, ubezpieczenie, usługi informatyczne, serwis i obsługa urządzeń). (...)

Odnosząc się do wyjaśnień kosztów związanych ze środkami transportu w ramach złożonych wyjaśnień TPF wskazał, że –Wykonawca przyjął do obsługi kontraktu 3 środki transportu, w oparciu o „analogicznie realizowane inwestycje”. (...)

TPF wskazał również, że dysponuje na aktualny moment flotą pojazdów, w związku z czym nie jest konieczny ich zakup. (...)

W ramach powyższych kosztów wykonawca TPF przedstawił szczegółowe rozliczenie, w którym przyjął, że każdy z pojazdów przejedzie w skali miesiąca ok . 3000 km, a łącznie pojazdy pokonają miesięcznie 9000 km. Dodatkowo w przekazanej Zamawiającemu tabeli wskazano, że przyjęto, iż każdy z samochodów spala 7 litrów paliwa, które jak przyjął Wykonawca jest dla niego dostępne w cenie 7 złotych brutto. Łącznie koszt paliwa w skali miesiąca to 3585 złotych netto, ubezpieczenie 500 złotych, a serwis ok. 1800 złotych netto. (...)

Zamawiający informuje, że TPF na dowód refundacji części kosztów wynagrodzenia przez Urząd Pracy przedłożył

umowę nr 9409-2-47/2016 z dnia 29 kwietnia 2016 r. (...) W ocenie Zamawiającego, Wykonawca uprawdopodobnił wcześniejszymi dofinansowaniami wskazując na znajomość powyższej materii i odpowiednią praktykę pozyskiwania doświadczenia. (...)

Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy TPF kluczowi pracownicy Zespołu nie są zatrudnieni na umowę o pracę. Powoduje to, że wskazany w wyjaśnieniach wykonawcy TPF koszt przewidziany dla danego stanowiska jest kosztem całkowitym ponoszonym przez TPF. Zamawiający wskazuje, że wynagrodzenie dla 2 kluczowych stanowisk tj. Inżyniera Projektu oraz Inżyniera Rezydenta zostało przewidziane odpowiednio na poziomie 12.000 zł i 11.000 zł, a więc znaczeni wyżej niż kwoty wskazane powyżej. Zgodnie z wyjaśnieniami dla pozostałych stanowisk wykonawca TPF przeznaczył wynagrodzenie pomiędzy 4.000 zł a 7.000 zł.

Wykonawca TPF w I Wyjaśnieniach RNC przedstawia w formie tabeli kalkulację kosztów samego zatrudnienia personelu oraz około kontaktowych czynników w podziale na poszczególne typy refundacji (umowa o pracę). (...)

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż I Wyjaśnienia RNC TFP zawierały braki w treści i dowodach i w związku z tym Zamawiający niezasadnie wezwał TFP do uzupełnienia wyjaśnień, Zamawiający przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 5 maja 2021 r., KIO 918/21.

Zamawiający wskazuje, że I Wyjaśnienia RNC wskazywały założenie o realizacji kontraktu w terminie podstawowym (42 miesiące). Jednocześnie TPF w swojej kalkulacji wskazał znaczące rezerwy na ryzyko realizacji kontraktu w kwocie 1 365 530 zł. W Wyjaśnieniach uzupełniających wykonawca TPF przedstawił, zgodnie z wnioskiem Zamawiającego, realizację kontraktu w całym okresie realizacji umowy (okres podstawowy + okres wydłużony + okres wykraczający poza okres wydłużony).

Zamawiający zwrócił uwagę, że oferta wykonawcy TPF nie jest najtańszą złożoną ofertą, bowiem w Postępowaniu złożono jeszcze 3 niższe oferty.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku KIO z dnia 6 kwietnia 2021 r. 2021 r., sygn. akt: KIO 714/21 oraz z dnia z dnia 7 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1258/14. (...)

Odnosząc się kolejno zarzutu Odwołującego w zakresie zaniechania odrzucenia oferty TFP Sp. z o.o. (dalej: „TFP”) przez Zamawiającego z uwagi niezgodność z warunkami zamówienia Zamawiający wskazuje, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie również należy uznać za nieprawidłowe. Zamawiający przytoczył treść pkt. 3.1. ppkt. 6) OPZ.

51. TPF na wezwanie Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia ceny rażąco niskiej pismem z dnia 07 października 202 r. przedłożył szczegółowe wyjaśnienia wraz dowodami (dalej: „I Wyjaśnienia RNC”), gdzie wskazał sposób kalkulacji ceny ofertowej w zakresie kosztów osobowych (...)

TFP przedstawił również zestawienie wynagrodzenia inspektora nadzoru w zależności od wielkości przedsiębiorstwa, które wyraźnie wskazywało, że wysokość wynagrodzenia na podstawie umowy o pracę (pełny etat) waha się od 4 710 zł brutto do 6 550 zł brutto.

Na potwierdzenie prawidłowości kosztów wynagrodzeń do I Wyjaśnień RNC, TPF przedstawił 4 przykładowe umowy z których wynikało wynagrodzenie dla Inspektorów nadzoru (...).

Pismem z dnia 26 października 2022 r. Zamawiający wezwał TPF do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień w zakresie kosztów personelu o dowody np. faktury, umowy, oświadczenia itp., z których wynikać będą założone przez Wykonawcę koszty personalne co najmniej dla stanowisk wchodzących w skład Zespołu Stałego Biura Inżyniera, Zespołu Stałego Przeglądu Dokumentacji i Zespołu Stałego Kontraktu Budowlanego, za wyjątkiem stanowisk dla których zostały już złożone dowody w poprzednim piśmie. W odpowiedzi na wezwanie TPF w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył wyjaśnienia uzupełniające, a w powyższym zakresie przedstawił 18 oświadczeń członków dedykowanych do realizacji projektu (bez 3 stanowisk, dla których umowy zostały już złożone w I Wyjaśnieniach RNC). (...)

W opinii Zamawiającego, twierdzenia Odwołującego są zbyt daleko idące. Trudno wywodzić na podstawie dokumentów (przykładowych umów), że wykonawca TPF nie skalkulował w swojej ofercie całego etatu dla personelu wchodzącego w skład Zespołu Stałego.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2022r., sygn. akt. XXIII Zs 86/22.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że oferta TPF powinna zostać wykluczona z postępowania, gdyż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca TPF przedstawił informacje wprowadzające w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w zakresie osób), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający wskazuje, że zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przytoczył treść pkt. 8.6.2 w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4. IDW (...). Zamawiający wskazuje, iż ponownie dokonał przeliczenia doświadczenia p. A.R. i zgodnie z wyliczeniami posiada on 61,5 miesięcy doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili: wykonawca INKO CONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „INKO”), wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „TPF”) oraz IDOM INŻYNIERIA, ARCHITEKTURA I DORADZTWO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

W złożonej pismem z 07 czerwca 2023 odpowiedzi na odwołanie, TPF odniósł się do zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu TPF wskazał m.in.:

Ad. Zarzut 1 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w podstawie prawnej zarzutu Odwołujący wskazał przepis art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP, podczas gdy w podstawie faktycznej powołuje się na niezgodność z SWZ, czyli przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP. Ty samym zarzut ten został sformułowany nieprawidłowo – i jako taki nie może zostać uwzględniony.

Odwołujący nie wykazał, aby w stosunku do Przystępującego zachodziła którakolwiek przesłanka określona w art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP, tj. nie wykazał, aby:

- a. Przystępujący nie wniósł wadium;
- b. Przystępujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy;
- c. Przystępujący nie utrzymywał wadium lub złożył wniosek o zwrot wadium.

Analiza przedmiotowego zarzutu zawartego na str. 6 – 9 Odwołania wskazuje, że istota zarzutu została określona w pkt 1.7. Powyższe jednoznacznie oznacza, że dokument gwarancji ubezpieczeniowej jako wadium nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w postanowieniu 11.5 IDW. A zatem podstawą zarzutu jest wyłącznie niespełnienie wymogów określonych w pkt 11.5 IDW. Nie ma natomiast w Odwołaniu postawienia zarzutu, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. (...)

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że nie zachodzi też sprzeczność z treścią dokumentacji postępowania. Niesporne w sprawie jest to, że Zamawiający pozwolił sobie na rozszerzenie wymagań PZP. Nikt z tego powodu nie stawia Zamawiającemu zarzutów – natomiast należy postawić pytanie, czy takie rozszerzenie wymagań prawa może rodzić daleko idące skutki w postaci odrzucenia oferty, jakby chciał tego Odwołujący.

TPF wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego w Warszawie.

Ad. Zarzut 2 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP

TPF wskazał, że przedmiotowy zarzut jest ogólnikowy i nie zawiera konkretów. Otóż Odwołujący wskazuje co prawda kilka elementów, które jego zdaniem nie zostały prawidłowo oszacowane – jednakże w żadnym przypadku nie wskazuje, jaki powinien być prawidłowy koszt danego elementu. Jest to o tyle istotne, że kwestionowane przez Odwołującego pozycja nie odbiega od takiej samej pozycji w ofercie Odwołującego. (...)

Rodzaj kosztów, na których niedoszacowanie wskazuje Odwołujący. Otóż w pkt 2.5 i 2.6 Odwołania wskazano na niedoszacowanie w zakresie elementów składających się na koszt biura: koszt żarówek, ogrzewania, klimatyzacji, lodówki, utrzymania czystości czy ochrony biura. Odwołujący tak formułując podstawę faktyczną zarzutu zapomniał jednak o brzmieniu art. 224 ust. 1 PZP, który wskazuje na przesłankę rażącej niskiej ceny – jest nią cena, która budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub przepisów prawa. Niewątpliwie kwestia lodówki, ogrzewania czy utrzymania czystości biura nie jest elementem, który powoduje wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub przepisów prawa. (...)

Nieprawdziwe są też twierdzenia, że Przystępujący przedstawił 8 dowodów (...) Przystępujący złożył 8 załączników, ale więcej dowodów:

Załącznik	Liczba załączników
1) Harmonogram dla okresu podstawowego	1
2) Przykładowe ogłoszenia biura z rejonu inwestycji	3 oferty najmu
3) Umowa o dofinansowanie	1
4) Zaplecze flotowe	Wykazanie posiadania 9 samochodów
5) Umowa z ubezpieczycielem	Umowa o udzielanie gwarancji kontraktowych
6) Polisa OC dla PKP PLK	Polisa wykazująca wysokość składki
7) Laboratorium	5 faktur + 2 faktury w II wyjaśnieniach
8) umowy z personelem	4 umowy (50 stron)

(...)

Odnosnie refundacji, TPF wskazał, że podczas realizacji usług w ramach stanowisk administracyjnych i asystenckich stosuje różne refundacje. Natomiast Przystępujący w ogóle nie uwzględnił w cenie oferty takich refundacji i w cenie oferty koszty pracy w pełni. (...)

W załączniku 1 do wyjaśnień ceny w pozycji personel administracyjny asystent wielozadaniowy wskazano stawkę 4.200 zł. A zatem kwotę wyższą niż minimalne wynagrodzenie za pracę w dacie składania oferty. Dla innych stanowisk Zamawiający nie wymagał umowy o pracę.

Drugie wyjaśnienia ceny

Przystępujący jasno wskazał, że nie ma harmonogramu wykonawcy robót, więc w celu kalkulacji, aby pokazać prawidłowość skalkulowania całej kwoty ofertowej musi przyjąć jakieś wytyczne początkowe. Przyjęto dla celów kalkulacji i użycia do wzoru określonego przez Zamawiającego w umowie, 40% rozliczenia robót budowlanych w okresie podstawowym 42 miesięcy i 60% w okresie końcowych 15 miesięcy inwestycji (okres wydłużony). Nie ma to żadnego wpływu na cenę oferty. Równie dobrym i prawidłowym byłoby przyjęcie kalkulacji w podziale np. 80% w okresie podstawowym i 20% w wydłużonym, gdzie większa część zysku zostałaby zafakturowana na początku inwestycji. (...)

Koszty laboratorium

Jako dowody wskazano umowy ze stawkami rynkowymi, aktualnymi – tj. z 2022 roku (oferta złożona we wrześniu 2022 roku) (...)

Koszt biura

Przystępujący przedłożył do wyjaśnień 3 oferty, a w wyjaśnieniach omówił ten koszt na str. 2 – 3. Średni koszt najmu wynikający z przedłożonych ofert to właśnie 5.400 zł. Całościowy koszt biura w załączniku 1B do oferty to 8.000 zł, z czego 5.400 zł to najem, a reszta to pozostałe koszty. (...)

Koszt samochodów

W pkt 2.6.2) Odwołujący twierdzi, że nie wyceniono przeglądów. Tymczasem na str. 6 wyjaśnień zamieszczono tabelę z dokładnym rozliczeniem kosztów samochodów. Przewidziano kwotę 1.800 zł miesięcznie na wszelkie koszty związane z serwisowaniem. Daje to kwotę 21.600 zł rocznie – i kwota ta jest wystarczająca zarówno na koszt przeglądu jak zmianę opon.

Zarzut 3 – Ad. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP

(...) Przystępujący wskazał średnie wynagrodzenie na stanowiskach Inspektor nadzoru, gdzie mediana wynosi 6.000 złotych, zaś przeciętne wynagrodzenia mieściły się w stawkach 4.710 – 6.550 zł. Jednocześnie Przystępujący wskazał, że stawki dla personelu kluczowego są przyjęte na wyższym poziomie, 2 lub 3 krotności wynagrodzeń inspektora nadzoru. Na potwierdzenie prawidłowości kosztów założonych do realizacji umowy Przystępujący przedstawił 4 przykładowe umowy (załącznik nr 8 do I Wyjaśnień RNC) (...). Umowy te miały charakter przykładowy, celem ich przedłożenia było wykazanie zasadności wyводу przedstawionego na str. 9 I Wyjaśnień RNC oraz w szczegółowym rozbiciu ceny, przedstawionym w Załączniku 1 do I Wyjaśnień RNC „Harmonogram dla okresu odstawowego”.

Wynika to z treści samych w/w umów – każda z nich dotyczy innej inwestycji, niż przedmiotowy projekt (...)

Zamawiający dopiero w II wezwaniu (pismo z 20.10.2023r.) w pkt 2 Wezwania wskazał *W związku z powyższym wzywam do uzupełnienia wyjaśnień o dowody np. faktury, umowy, oświadczenia itp., z których wynikać będą założone przez Wykonawcę koszty personalne co najmniej dla stanowisk wchodzących w skład Zespołu Stałego Biura Inżyniera, Zespołu Stałego Przeglądu Dokumentacji i Zespołu Stałego Kontraktu Budowlanego, za wyjątkiem stanowisk dla których zostały już złożone dowody w poprzednim piśmie.* I w odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący przedstawił 18 oświadczeń członków dedykowanych do realizacji projektu (bez 3 stanowisk, dla których umowy zostały już złożone) – gdzie oświadczenia te dotyczą już realizacji tego konkretnego projektu. (...)

Zarzut 4 - Ad. zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP

(...) Odwołujący już na samym początku zarzutów stawianych w odniesieniu do doświadczenia Pana Á.R. posuwa się do manipulacji i buduje zarzut poza zakres wymagań SWZ – poprzez wskazanie, iż osoba ta nie występuje jako autor projektu, a co za tym idzie nie podpisywała rysunków.

Powyższe nie stanowi żadnego argumentu potwierdzającego braku wypełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, a tym bardziej potwierdzenia podania informacji nieprawdziwych. Zamawiający wymagał bowiem wykazania się doświadczeniem (...) na stanowisku Projektanta lub Sprawdzającego przy opracowaniu (...) a nie - jak to wywodzi obecnie Odwołujący opracowania jako autor całej dokumentacji projektowej dla inwestycji kolejowej.

Co więcej w przeciwieństwie do polskich regulacji, według najlepszej wiedzy Przystępującego żadne przepisy prawa hiszpańskiego nie stawiają wymogu składania podpisów na dokumentacji projektowej przez wszystkich projektantów zaangażowanych w opracowanie dokumentacji projektowej. Tak więc cała argumentacja Odwołującego w powyższym zakresie jest bezprzedmiotowa.

W zakresie podstawy faktycznej wskazanej w pkt 4.4 Odwołania Przystępujący podnosi, że zarzut ten jest całkowicie niezrozumiały. Odwołujący bowiem stara się udowodnić, jakoby Pan Á.R. nie mógł zdobyć doświadczenia na przedmiotowym projekcie, ze względu na fakt, iż projektowany obiekt w ogóle nie powstał. Jest to jednak całkowicie bez znaczenia w świetle brzmienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnia, że Pan Á.R. przy opracowaniu dokumentacji projektowej dla inwestycji kolejowej „Przedłużenie linii nr 3 FGV (Walencja) do Tavernes. Prace obejmujące nową stację w Tavernes” na stanowisku Projektant.

Co więcej – Odwołujący w ogóle nie wskazał w pkt 4.4, iż Pan Á.R. miałby nie brać udziału w opracowaniu wskazanej dokumentacji projektowej dla inwestycji kolejowej. Obecnie zaś – podstawa faktyczna zarzutu w ogóle nie może zostać rozszerzona.

W pkt 4.5. Odwołania wskazano jakoby Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia Pana Á.R. w związku z nie wykazaniem 5 letniego okresu doświadczenia w/w osoby. Odwołujący nie wskazał jednak, co właściwie zarzuca Przystępującemu – nie wskazano, jaka informacja rzekomo jest informacją wprowadzającą w błąd. Tak ogólnikowo sformułowany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie - gdyż nie został prawidłowo sformułowany. Przystępujący nawet nie wie, do której pozycji wykazu osób powinien się odnieść.

Ponadto należy wskazać, iż Odwołujący nie postawił zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, a więc zarzutu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w stosunku do kandydata na stanowisko: Kierownik/koordynator zespołu przeglądu dokumentacji.

Odwołujący nie neguje żadnej z dat wskazanych przez Przystępującego w wykazie osób. Tym samym Przystępujący nie rozumie, jakie nieprawdziwe informacje zostały podane w wykazie osób które powinny skutkować wykluczeniem wykonawcy. Niemniej chcąc rozwiać wszelkie wątpliwości poniżej przedstawiamy wyliczenie okresów realizacji poszczególnych dokumentacji potwierdzające doświadczenie Pana Á.R. w wymiarze ponad 5-letnim.

Imię i Nazwisko	Okres trwania od data (m-c, rok) do data (m-c, rok)	Zajmowane stanowisko	Doświadczenie	Okres w miesiącach
Á.R.	03.2019 – 12.2021	Projektant w zakresie specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.	<i>Dokumentacja projektowa Centrum logistycznego Vitoria-Gasteiz Jándiz (Etap 1), wraz z połączeniem kolejowym z Korytarzem Atlantyckim</i>	34 miesiące
	04.2015 – 10.2016	Projektant w zakresie specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.	<i>Dokumentacja projektowa intermodalnej stacji towarowej w Parku Logistyczno-Przemysłowym Asturii (Gmina Gijón)</i>	19 miesięcy
	09.2009 – 05.2013	Projektant w zakresie specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.	<i>Dokumentacja projektowa przedłużenia linii nr 3 FGV (Walencia) do Tavernes. Prace obejmujące nową stację w Tavernes.</i>	8,5 miesiąca (liczone za okres 09.2012 - 05.2013 – 10 lat od złożenia wykazu osób)
	Suma			61,5 miesiąca

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, odpowiedzi na wezwania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:

- wykonawcę BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – KIO 2163/23 oraz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – KIO 2175/23
- wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po

stronie Zamawiającego – KIO 2163/23, KIO 2167/23, KIO 2175/23

3.wykonawcę INKO CONSULTING Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – KIO 2167/23 oraz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – KIO 2175/23

Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba oddaliła opozycję uczestnika postępowania TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Zamawiającego przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (KIO 2175/23) wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz wykonawcy BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Zgodnie z art. 526 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję. Rozpoznając opozycję zgłoszoną przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje należy rozumieć szerzej, jako interes nie tylko w uzyskaniu danego zamówienia, ale także w uzyskaniu innego rodzaju korzyści w postępowaniu (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2019r., sygn. akt KIO 999/19, KIO 1000/19). Izba uznała, że ww. wykonawcy posiadają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDOM INŻYNIERIA ARCHITEKTURA I DORADZTWO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S., z siedzibą w Bilbao, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ponieważ Odwołujący 3 w swoim odwołaniu kwestionuje ofertę wykonawcy TPF. Zatem uwzględnienie odwołania wniesionego przez Odwołującego 3 zwiększa szanse ww. wykonawcom na osiągnięcie celu w postaci odrzucenia oferty TPF.

Izba zwraca również uwagę na art. 526 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym to *Zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy, nie później niż do czasu otwarcia rozprawy.*

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym IDOM INŻYNIERIA, ARCHITEKTURA I DORADZTWO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (KIO 2163/23, KIO 2167/23) Zgodnie z art. 525 ust. 3 ustawy Pzp *Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.* Zgłaszający przystąpienie nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu. Co za tym idzie nie jest on wykonawcą w rozumieniu art. 6 pkt 30 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone na rozprawie przez Odwołującego 2 i 3 oraz Uczestnika postępowania TPF.

Izba ustaliła, że:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku Tychy – Podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E30 i E65) na obszarze Śląska, Etap I: Linia E65 na odcinku Tychy – Most Wisław”, numer referencyjny: 9090/IRZR3/15215/04171/22/P.

Opisany w treści odwołań oraz w odpowiedziach na odwołania stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilka uwag natury ogólnej, które rzutują na ocenę wyjaśnień Odwołujących w zakresie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp *jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.* Z kolei z przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp wynika obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru

rażąco niskiego. Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawca ponosi negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń.

W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano i z tym należy się zgodzić, że obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie konkretnych, spójnych, jasnych, logicznych i wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami na ich potwierdzenie. Wykonawca winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, m.in. sposoby kalkulacji, założenia do kalkulacji, istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny etc. Wyjaśnienia mają rozwiązać wątpliwości zamawiającego (a w postępowaniu odwoławczym Krajową Izbę Odwoławczą) co do wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Wskazywanie przez wykonawców ogólnych, szablonowych wyjaśnień, że oferta uwzględnia wszystkie wymagania SWZ, cena uwzględnia wszystkie koszty, wykonawca posiada ogromne doświadczenie, a przede wszystkim wykonawca osiągnie zysk etc. są niewystarczające i nie wnoszą niczego istotnego do sprawy.

Sam fakt osiągnięcia zysku, co Odwołujący 1 i 2 podkreśla, nie oznacza, że cena lub koszt, lub ich istotne części składowe nie są rażąco niskie. Podstawową zasadą kalkulacji ceny jest fakt, że musi ona zapewnić firmie zysk. Wykonawca biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dąży do uzyskania założonego zysku. Brak zysku lub jego nieodpowiedni poziom może skutkować realizacją zamówienia z nienależytą starannością. Skoro zatem wykonawca wskazuje w wyjaśnieniach określony zysk, tzn. że takiego zysku z danego zamówienia oczekuje. A zatem, twierdzenia Odwołujących, że z zysku można pokryć ewentualne niedoszacowania nie zasługują na aprobatę.

KIO 2163/23

W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego 1 w zakresie treści wezwania do szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia powyższej ceny nie zasługują na aprobatę. Biorąc pod uwagę treść wezwania, Zamawiający nie oczekiwał od Odwołującego 1 wyłącznie wyjaśnień, że *zaoferowana cena nie narusza określonych przepisów prawa*. Zamawiający w wezwaniu wskazał wprost, iż *żąda szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia powyższej ceny, dalej wyjaśnienia powinny w sposób nie budzący wątpliwości wykazać, że zaoferowana cena umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia. Należy jednocześnie wskazać istnienie konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników, towarzyszących realizacji zamówienia i mających wpływ na wysokość oferowanej ceny wraz z przedstawieniem ich opisu oraz skali tego wpływu (merytorycznego i finansowego). W zakresie wyjaśnień powinny znajdować się również czynniki wpływające na ceny usług przeznaczonych do podwykonawstwa. (...) wyjaśnienia muszą zawierać właściwe merytorycznie informacje i dowody, które mają lub mogą mieć wpływ na wysokość skalkulowanej ceny całkowitej oferty i nie mogą prowadzić do zmiany treści złożonej oferty.*

Izba podziela argumentację Zamawiającego, że Odwołujący 1 nie wykazał realności stawki dla Inżyniera Projektu i dla Inżyniera Rezydenta. Niezrozumiałe są twierdzenia Odwołującego 1, który w odwołaniu wskazuje: *Nieprawdziwe jest również stwierdzenie Zamawiającego, że z Odwołujący przewidział dla Inżyniera Projektu wynagrodzenie w kwocie 6.500 zł miesięcznie, gdy z Załącznika 1B do oferty wynika bezspornie, że przewidziane dla Inżyniera Projektu wynagrodzenie wynosi 12.000 zł, a dla Inżyniera Rezydenta Odwołujący założył nie 6.000 zł a 10.000 złw sytuacji, gdy to właśnie Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z 21 lutego 2023r. (tabela nr 1, pkt 1.1, 1.11, str. 8 – 9) wskazuje, że wynagrodzenie Inżyniera Projektu wynosi 6 500,00, a Inżyniera Rezydenta 6 000,00.*

Odwołujący 1 nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie, że wynagrodzenie ww. specjalistów są rynkowe i realne. Mało tego, Odwołujący 1 poniekąd przyznaje, że stawki te są nierealne. W odwołaniu wskazał, że tak naprawdę to *Inżynier Projektu otrzyma wynagrodzenie w wysokości 12 000 PLN, a Inżynier Rezydent 10 000 PLN*z kolei podczas rozprawy Odwołujący 1 twierdził, że wynagrodzenie ww. specjalistów *są na wyższym poziomie od wskazanych w ofercie* – na jakim, tego już Izba nie wie. Tak samo jak nie wie z jakiego powodu w wyjaśnieniach Odwołujący 1 wskazał kwotę wynagrodzenia na poziomie 6 500 PLN oraz 6 000 PLN.

Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby - Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. oraz MOSTY KRAKÓW Spółka Akcyjna. Podmioty te będą świadczyć usługi jako podwykonawcy jednak Odwołujący 1 nie przedstawił kalkulacji kosztu udziału tych podwykonawców. Dopiero na rozprawie Odwołujący 1 wskazał, że koszty te zostały uwzględnione w kosztach osobowych, nie wskazując przy tym dokładnie w której pozycji/pozycjach i w jakiej wysokości. Abstrahując od powyższego, twierdzenia w tym zakresie i tak są spóźnione. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany jest podać zamawiającemu wszystkie

informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny najpóźniej w terminie przez niego wskazanym, a nie wskazywać je dopiero na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odnosząc się do kalkulacji kosztów realizacji umowy w Okresie Wydłużonym, Izba podziela stanowisko Zamawiającego w tym zakresie. Odwołujący 1 nie przedstawił stanowiska przeciwnego.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

KIO 2167/23

Zarzut oznaczony jako nr 1 w petitum odwołania – Odwołujący 2 przyznał, że *pierwotna kalkulacja kosztów personelu, przedstawiona na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie obejmowała 100 % zaangażowania personelu stałego*. W ocenie składu orzekającego Odwołujący 2 mógł do kalkulacji przyjąć założenie, że uzyska zgodę na podjęcie przez personel Zespołu stałego dodatkowego zajęcia zarobkowego. Jednakże Odwołujący 2 winien już w pierwszych wyjaśnieniach wskazać wprost, że: 1) w przypadku braku takiej zgody deklaruje 100% zaangażowanie personelu stałego, a 2) w kalkulacji w ramach rezerwy wykonawca przewidział określoną kwotę na ten cel. W przedmiotowej sprawie Odwołujący 2 zmienił swoje założenia do kalkulacji dopiero w wyjaśnieniach RNC nr 2. Tego typu *modyfikacja*, w ocenie Izby, była spóźniona.

Bez wątpienia może zdarzyć się tak, że na podstawie wyjaśnień dotyczących ceny oferty mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy ustawy Pzp, w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (niezgodność oferty z warunkami zamówienia). W przedmiotowej sprawie, wyjaśnienia przedłożone przez Odwołującego w zakresie wyceny personelu wskazują na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Zarzut oznaczony jako nr 2 w petitum odwołania

Koszty transportu – rację ma Odwołujący 2, że Zamawiający błędnie zinterpretował wyjaśnienia dot. kosztów transportu. Odwołujący 2 wskazał jedynie, że pracownicy będą we własnym zakresie dojeżdżać z miejsca zamieszkania do miejsca pracy. Natomiast odrębną kwestią są koszty przemieszczania się po budowie (wizytacji) - w tym zakresie koszty te powinny być uwzględnione w cenie, w odpowiedniej wysokości i w odpowiedni sposób wyjaśnione Zamawiającemu. Izba uznała, że wyjaśnienia w tym zakresie są niewystarczające.

Wymóg zatrudnienia na umowę o pracę – biorąc pod uwagę brzmienie pkt 3.1 ppkt 10) OPZ, Izba podziela stanowisko Zamawiającego w tym zakresie.

Izba pominęła twierdzenia Odwołującego 2 dot. nierównego traktowania wykonawców z uwagi na brak zarzutu w tym zakresie.

Jeżeli chodzi o koszty biura - niezrozumiałe są wyjaśnienia Odwołującego 2, który wycenia biuro w większej miejscowości (co za tym idzie za wyższy koszt najmu) w sytuacji, gdy z postanowień OPZ wynika, że biuro powinno się znajdować w odległości nie większej niż 5 km środka linii kolejowej realizowanego kontraktu. Powyższe również potwierdza niezgodność kalkulacji ceny ofertowej.

Izba zwraca uwagę, że kolejne wyjaśnienia powinny być rozwinięciem lub uszczegółowieniem wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie.

Poddając analizie złożone przez Odwołującego 2 wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Izba uznała, w ślad za Zamawiającym i TPF, iż Odwołujący 2 tworzył nowe założenia i przedkładał nowe wyliczenia ceny. Taki sposób składania wyjaśnień nie zasługuje na aprobatę.

Zarzut oznaczony jako nr 3 w petitum odwołania - zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*. Naruszenie przez zamawiającego ww. przepisu ma miejsce wtedy, gdy zamawiający do wyboru najkorzystniejszej oferty nie stosuje, lub stosuje w sposób nieprawidłowy kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia. W przedmiotowej sprawie powyższe nie miało miejsca bowiem Zamawiający do wyboru najkorzystniejszej oferty zastosował kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu oraz specyfikacji warunków zamówienia.

KIO 2175/23

Izba w pełni podziela argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego oraz uczestnika postępowania TPF. Przechodząc do omawiania poszczególnych zarzutów Izba wskazuje:

Zarzut oznaczony jako nr 1 w petitum odwołania - w ocenie Izby wniesione przez wykonawcę TPF wadium należy uznać za prawidłowe. Zamawiający ma możliwość zrealizowania swoich roszczeń z wniesionej gwarancji wadium. Rozważania prawne Zamawiającego w tym zakresie są prawidłowe i jako takie również Krajowa Izba Odwoławcza uznaje je za własne.

Zarzut oznaczony nr 2 w petitum odwołania – szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy Pzp nie zwalnia Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Argumentacja wskazana w odwołaniu jest zbyt ogólna. Odwołujący 3 nawet nie próbował wykazać o ile oferta TPF jest niedoszacowana, jak również nie wykazał, że elementy te są istotnymi składnikami ceny.

W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy TPF co do kosztów wskazanych przez Odwołującego 3 są wystarczające. Odnośnie refundacji części kosztów wynagrodzenia przez Urząd Pracy – wykonawca TPF w wyjaśnieniach wskazał jedynie, że ma możliwość otrzymania refundacji. Wykonawca TPF nie ujął ewentualnej refundacji w cenie oferty.

Zarzut oznaczony jako nr 3 w petitum odwołania – Odwołujący 3 nie zdołał wykazać niezgodności oferty TPF z warunkami zamówienia. *Na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To odwołujący bowiem, a nie zamawiający, a tym bardziej uczestnik postępowania, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący* (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO Zs 86/22).

Odwołujący 3 nie przedstawił przekonującej argumentacji pozwalającej na uwzględnienie zarzutu.

Zarzut oznaczony jako nr 4 w petitum odwołania – Odwołujący 3 nie sprostął obowiązkowi wykazywania zasadności swego zarzutu. Brak w tym zakresie jest bowiem jakiegokolwiek logicznego i rzetelnego argumentu.

Gołosłowne są twierdzenia Odwołującego 3 wyrażone w odwołaniu, tj. (...) *jakkolwiek by nie liczyć doświadczenia tej osoby, wychodzi liczba mniejsza niż 60 miesięcy (dokładnie wychodzi ponad 58 miesięcy)*. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia założenia, jakie zaprezentował Odwołujący 3 w przedłożonej na rozprawie kalkulacji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....