

Sygn. akt: KIO 887/18
KIO 896/18
KIO 916/18

WYROK

z dnia 22 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 maja 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska Arcus J.B. z siedzibą w Krakowie oraz Integral Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,

B. w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

C. w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawcę Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Promost Consulting Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Rzeszowie oraz Promost Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 887/18, KIO 896/18 oraz KIO 916/18 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 887/18 oraz KIO 916/18 po stronie zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska Arcus J.B. z siedzibą w Krakowie oraz Integral Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 916/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 887/18:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska Arcus J.B. z siedzibą w Krakowie oraz Integral Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska Arcus J.B. z siedzibą w Krakowie oraz Integral Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska Arcus J.B. z siedzibą w Krakowie oraz Integral Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz

zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

II. Sygn. akt KIO 896/18:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz

zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

III. Sygn. akt KIO 916/18:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od wykonawcy Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie na rzecz zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 887/18
KIO 896/18
KIO 916/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa - Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego - Kraków odc. realizacyjny węzeł Widoma (bez węzła) - Kraków (z włączeniem do węzła Igołomska), długość ok. 18,3 km na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 września 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 175-358727. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. Zarzuty i żądania odwołania - odwołanie o sygn. KIO 887/18

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska Arcus J.B. z siedzibą w Krakowie oraz Integral Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zwani dalej „Konsorcjum Arcus”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty z powodu uznania, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że złożył (wbrew twierdzeniom Zamawiającego) obszerne i logiczne wyjaśnienia oraz dowody w postaci obliczeń i kalkulacji w rozumieniu art. 90 ust 3 ustawy Pzp, adekwatne do wezwania;
2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, iż Konsorcjum Promost wykazało w sposób dostateczny, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wadliwą ocenę w tym zakresie okoliczności, a także materiału dowodowego;
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a polegające na zbyt ogólnym, blankietowym zobowiązaniu większości wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Następnie, na arbitralnej ocenie złożonych wyjaśnień, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego;
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Promost, podczas gdy w świetle kryteriów oceny ofert najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego Arcus;
5. art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art 8 ust 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawa Pzp poprzez zbyt ogólne dokonanie uzasadnienia przy podniesieniu, że Odwołujący w sposób nienależyty odniósł się do wezwania Zamawiającego z dnia 13.11.2017 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności wyboru Konsorcjum Promost, poprzedzonych powtórzeniem czynności badania i oceny ofert;
3. uznania za najkorzystniejszą ofertę Odwołującego;
4. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego (w tym kosztów wynagrodzenia ustanowionego pełnomocnika) na podstawie przedłożonych rachunków na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przedstawił terminowo, szczegółowo oraz wyczerpująco wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Podkreślał, że z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika konieczność przedstawienia innych dowodów, niż opisane w wezwaniu Zamawiającego. Zatem nie można przykładowo oczekiwać przedłożenia dowodów w formie zawartych umów z ekspertami. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości w zakresie wyjaśnień, Zamawiający mógł i powinien zwrócić się o ich doprecyzowanie.

Podnosił, że dla wszystkich stanowisk personelu, zarówno w okresie projektowania, nadzoru nad realizacją robót, jak również dla okresu przeglądów i rozliczeń kontraktu, przedstawiono szczegółowe wyliczenia stawek wraz z założonymi okresami zatrudnienia (miesiące lub dniówki). W jego ocenie udowodnił poprzez porównanie stawek, że wszystkie stawki przewidziane dla personelu są wyższe od płacy minimalnej oraz godzin minimalnych wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących. Stawki dla Kluczowych Ekspertów w okresie nadzoru nad robotami wahają się od 6.000 zł do 15.000 zł za pracę w pełnym

wymiarze etatu.

Podnosił, że zarzut Zamawiającego dotyczący braku spisu sprzętu biurowego

przewidzianego do wykorzystania na kontrakcie nie znajduje odzwierciedlenia w wymaganiach SIWZ. Twierdził, że posiada takowy, niemniej nie był zobligowany do

przedstawienia jego szczegółowego zestawienia. Także zarzut o braku szczegółowych kalkulacji dla obsługi administracyjnej i biurowej nie znajduje uzasadnienia. W wyjaśnieniach

przedstawił sposób zatrudnienia personelu administracyjno-biurowego w postaci stażystów z Urzędu Pracy, wskazując konkretne programy, z których można w tym celu skorzystać.

Również zarzut o nieprawidłowej różnicy stawek dla personelu w okresach projektowania oraz przeglądów i rozliczeń w stosunku do okresu nadzoru nad robotami uznał za chybiony. Nakład pracy w pierwszym okresie kontraktu (projektowanie) jak i w ostatnim (przeglądów i rozliczeń) jest, w jego ocenie, nieporównywalnie mniejszy niż w okresie sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi. Wszelkie dowody o wysokości stawek nie mogły zostać dołączone do wyjaśnień, gdyż na etapie ofertowania niemożliwe jest zawarcie umów o pracę ze względu na niemożliwość określenia terminu rozpoczęcia pracy.

Odwołujący w kalkulacji okresu projektowania nie pominął części specjalistów. Przedstawiona przez Odwołującego w wyjaśnieniach tabela Innych Ekspertów zawiera 11

pozycji i dokładnie odpowiada ilości i zawartości składu Innych Ekspertów przedstawionych w OPZ w poz. 2.1.2. Ponadto, jeśli zaistniałaby konieczność zatrudnienia dodatkowych ekspertów, Odwołujący wykazał kwotę 20.250,00 zł na zdarzenia nieprzewidziane czyli np.

na konieczność zatrudnienia dodatkowych ekspertów. Co więcej, personel zdefiniowany jako Inni Eksperti nie jest objęty obowiązkiem zatrudnienia w ramach umowy o pracę, więc osoby

te będą świadczyły usługi na podstawie umów cywilno-prawnych, co wpływa na zmniejszenie

kosztów, często na podstawie jednorazowych zleceń. Odwołujący, nie zgadzał się z zarzutem Zamawiającego o nieprawidłowym przyjęciu liczby dniówek dla okresu nadzoru nad robotami dla Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej i Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej. Wykazał też, że w cenie zawarte są koszty wynikające z dodatkowych usług zaoferowanych w ramach przyjętych pozacenowych

kryteriów oceny ofert. W p. V. wyjaśnień zamieścił informację, że zdjęcia cykliczne w postaci ortofotomapy oraz DSM zostały ujęte w rezerwie cenowej kosztów administracyjnych.

W sposób szczegółowy przedstawił kalkulację kosztów administracyjnych od

rozpoczęcia usługi do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności. Przedstawił ceny:

wynajmu powierzchni biurowej ze wszystkimi elementami wymaganymi w SIWZ, koszty utrzymania biura (w tym telefonu, Internetu, materiałów biurowych, obsługi i utrzymania sprzętów biurowych i komputerów, ubezpieczenia biura), koszty utrzymania samochodów na

potrzeby biura Konsultanta, koszt utrzymania samochodu używanego Zamawiającemu (w tym koszty paliwa, amortyzacji, leasingu i ubezpieczenia).

Odwołujący przedstawił dowody w postaci: w kolejnych sześciu tabelach przedłożył

szczegółowe wyliczenia każdej kwoty dotyczącej kosztów zatrudnienia personelu we wszystkich etapach usługi składającej się na Cenę Ofertową wraz z koniecznym komentarzem, dla kosztów administracyjnych i innych przedstawił szczegółowe wyliczenia w oparciu o wieloletnie doświadczenia obu Konsorcjantów w prowadzeniu dużych zadań

inwestycyjnych wraz z koniecznym komentarzem, dla uzasadnienia skorzystania z programów Urzędu Pracy przedstawił konkretne programy, z których korzysta i będzie korzystał również w realizacji niniejszego zadania wraz z koniecznym komentarzem, i inne.

Dowodami bowiem są nie tylko dokumenty, których przed podpisaniem umowy na realizację

usługi nie można „stworzyć”, lecz liczne konkretne wywody, opisy okoliczności, uzasadnienia oraz szczegółowe wyliczenia, które Odwołujący w swoich wyjaśnieniach przedłożył. Co więcej, Zamawiający nie skorzystał, z możliwości wielokrotnego wezwania do udzielenia wyjaśnień. Zauważał, że cena rażąco niska to cena za całość ofertowanego świadczenia. Wynika to z samej definicji ceny, a także z odniesienia do przedmiotu zamówienia (tj. całości świadczenia). Nie może więc być powodem do odrzucenia na podstawie tej przestanki zaferowanie za poszczególne elementy świadczenia ceny nawet znacząco odbiegającej od cen rynkowych. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne świadczenia i w całości cena nic nabiera charakteru rażąco niskiej, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonywanej przez wykonawcę.

II. Odpowiedź Zamawiającego:

Treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, była niewyczerpująca i niewykazującą w sposób dostateczny, że zaferowana cena ma charakter realny. Mimo szczegółowego wskazania przez Zamawiającego, w jakich elementach ma wątpliwości co do wiarygodności zaferowanej ceny, Odwołujący składając wyjaśnienia nie przedstawił żadnych dowodów, które pozwoliłyby na ich usunięcie i tym samym obalenie domniemania, że cena została zaferowana na poziomie rażąco niskim. Nie wskazał również żadnych czynników, które uzasadniałyby zaferowanie tak niskiej ceny. Z pewnością taką okolicznością nie może być konkurencja na rynku tego typu usług. Zamawiający w treści wezwania wprost zażądał kalkulacji i dowodów. Nieuzasadnione było oczekiwanie Odwołującego, że zostanie wezwany przez Zamawiającego ponownie i poinstruowany co do oczekiwanej treści wyjaśnień. Zasadą jest bowiem jednokrotne wezwanie, na które wykonawca zobowiązany jest udzielić odpowiedzi wyczerpujących.

III. Zarzuty i żądania odwołania - odwołanie o sygn. KIO 896/18

Odwołujący TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „TPF”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Promost w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż informacje zawarte w tych dokumentach nie spełniają przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum Promost wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych

wyjaśnień wynika, że oferty tych wykonawców zawierają cenę rażąco niską;

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Promost, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Konsorcjum Promost nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Ustawy;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Promost, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;

5. art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez ponowne zwrócenie się do Konsorcjum Promost o złożenie wyjaśnień, podczas gdy pierwsze złożone wyjaśnienia nie zawierały odpowiedzi na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania oraz były ogólnikowe;

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Ponowną ocenę ofert,
4. Udostępnienia całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Promost na podstawie art. 90 Ustawy,
5. Odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Promost.

Odwołujący podnosił, że nie udostępniono mu całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Promost w trybie art. 90 PZP, a jedynie: pierwsze wezwanie do wyjaśnień z dnia 13.11.2017 r. wystosowane przez Zamawiającego do Konsorcjum Promost, uzasadnienie zastrzeżenia złożonych przez Konsorcjum Promost wyjaśnień oraz część wyjaśnień z dnia 23.02.2017 r., część drugiego wezwania do wyjaśnień z dnia 01.03.2018 r. wystosowane przez Zamawiającego do Konsorcjum Promost, informacje o odtajnieniu wyjaśnień z dnia 07.03.2018 r. (bez załącznika). Odwołujący po zapoznaniu się z uzasadnieniami stwierdził, że nie wykazują one ziszczenia się wszystkich trzech przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem wyjaśnienia nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co więcej przedmiotowe dokumenty zostały już skutecznie odtajnione w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Promost może zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do całości wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Podkreślał, że nie mógł zapoznać się z treścią całości złożonych przez Konsorcjum Promost wyjaśnień. Jednakże opierając się na doświadczeniu Odwołującego w zakresie składanych wyjaśnień Konsorcjum Promost w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego można przyjąć, że wyjaśnienia te nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Promost nie wskazało w swoich wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do pozostałych wykonawców, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferował. Wskazywał, że w cenie oferty Konsorcjum Promost nie ujęło między innymi poniżej wskazanych czynników cenotwórczych, tj.: kosztów związanych z zapewnieniem środków transportu w tym środków biurowych, wszystkich kosztów zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego na umowę o pracę, kosztów wypełnienia zapisów kryteriów pozacenowych, kosztów personelu w okresie realizacji robót oraz gwarancji, kosztów zapewnienia odpowiedniego sprzętu geodezyjnego.

Zdaniem Odwołującego wykonawca nie wskazał w wyjaśnieniach, że posiada używane auto, które będzie udostępnione Zamawiającemu. Wobec braku takiego wskazania należy przyjąć, że cena oferty musiała być kalkulowana dla auta nowego. Minimalna kwota jaką Wykonawcy muszą przeznaczyć na zapewnienie środków transportu dla Zamawiającego i swojego personelu to 3775,37 zł.

Wypełniając zapisy SIWZ i zapewniając po 2 osoby na każdej z pozycji (personel biurowy i pomocniczy) wykonawcy muszą ponieść minimalne koszty w wysokości 2535,75 zł.

Zatem przy cenach zaoferowanych przez Konsorcjum Promost poziom zaoferowanych wynagrodzeń nie pokrywa nawet minimalnego wynagrodzenia o pracę. Ponadto, kwota ta nie uwzględnia obowiązkowych elementów kosztowych, tj.: koszt urlopów, koszt zwolnień lekarskich, koszt wyposażenia stanowiska pracy i obowiązkowych badań lekarskich.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Promost nie uwzględniło również lub uwzględniło w sposób nieprawidłowy: koszty wykonywania cyklicznych zdjęć, koszty związane z obecnością personelu Konsultanta przy zwiększonym zakresie badań, pomiarów i pobieraniu próbek, koszty dwutygodniowego dublowania pracy ekspertów kluczowych oraz koszty zapewnienia odpowiedniego sprzętu geodezyjnego.

Ponadto, Odwołujący podnosił, że Konsorcjum Promost nie uwzględniło na etapie samego projektowania 8 - 10 wymaganych zapisami SIWZ specjalistów (w zależności od podziału obowiązków): geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji, specjalista ds.

nadzoru geotechnicznego, specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska,

specjalista ds. nadzoru geologicznego, specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji, specjalista ds. umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami,

specjalista ds. współpracy z gestorami sieci, specjalista ds. inżynierii ruchu, specjalista ds.

kontaktów ze społecznością i promocji specjalista ds. sprawozdawczości. Brak uwzględnienia ww. specjalistów w cenie oferty, a następnie brak wskazania ich w

wyjaśnieniach powoduje, że oferta Konsorcjum Promost powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

IV. Odpowiedź Zamawiającego:

W ocenie Zamawiającego Konsorcjum Promost złożyło wyjaśnienia, w których szczegółowo ustosunkowało się do wskazanych wątpliwości. Wykonawca przedstawił szczegółowe kalkulacje każdego kosztu, co do którego Zamawiający zgłaszał swoje wątpliwości oraz przedłożył dowody pozwalające na uwiarygodnienie zaoferowanej ceny, w tym w szczególności ofertę najmu lokalu na Biuro Zamawiającego i Konsultanta, uprawdopodobniającą przyjętą wartość czynszu najmu, oferty zakupu sprzętu oraz wyposażenia biur, szkoleń, oferty uzasadniające zaprezentowane koszty związane z zapewnieniem środków transportu oraz odpowiednich ubezpieczeń. Przedłożona została także oferta na wykonanie ortofotomapy oraz dokument potwierdzający przyjęte koszty wydruku broszur informacyjnych. Po analizie przestanych wyjaśnień, Zamawiający stwierdził jednak konieczność uzyskania dodatkowych danych w poszczególnych kwestiach wynikających z pierwszych wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego założone wynagrodzenie dla personelu biurowego zostało przyjęte na poziomie niższym niż obowiązujące zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 12 września 2017 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 roku (Dz.U. z 2017r, poz. 1747).

Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań w zakresie kwalifikacji zawodowych tych pracowników, jest więc możliwe założenie, że będzie to kadra zatrudniona z wynagrodzeniem na poziomie minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zamawiający nie uznaje przy tym, by konieczne było uwzględnienie przy wycenie kosztów zatrudnienia pracownika określonej kwoty wynikającej ze statystyk ZUS w związku z absencją chorobową pracowników. Jest to okoliczność niemożliwa do przewidzenia, co do kwoty i zakresu i stanowi ryzyko Wykonawcy. Koszty związane z PEFRON są natomiast kosztami których nie można uznać za stały składnik, który należałoby przypisać do danego pracownika.

Konsorcjum Promost w złożonych przez siebie wyjaśnieniach wskazał szczegółowo kalkulację związaną z kosztami zatrudnienia pracowników, w tym wskazał w jaki sposób zostały ujęte przez niego koszty związane z okresowymi badaniami lekarskimi pracowników oraz wyposażeniem biura. Opisał okoliczności, które pozwalają mu na skuteczne obniżenie kosztów zatrudnienia pracowników. Wyjaśnił także zasady zatrudnienia personelu w okresie przeglądów i rozliczenia. Określił w jaki sposób skalkulował koszty związane z wykonaniem ortofotomapy. Przedstawił ofertę związaną z wypełnieniem tego obowiązku. Z wyjaśnień

wprost wynika, że ujął w ofercie koszty związane z zapewnieniem sprzętu geodezyjnego oraz specjalistów posiadających odpowiednie kwalifikacje pozwalające na wywiązanie się z zadań Wykonawcy.

Zamawiający nie oczekiwał przedstawienia HPPK, wezwał jedynie Konsorcjum Promost do wyjaśnienia czy i w jakich kosztach uwzględnił koszty związane z wynagrodzeniem poszczególnych specjalistów wymienionych przez Odwołującego na stronach 22 — 24 odwołania. Uznał, że wykonawca wyjaśnił sposób ujęcia kosztów w sposób wystarczający i uwiarygodnił swoje kalkulacje w tym zakresie.

V. Zarzuty i żądania odwołania - odwołanie o sygn. KIO 916/18

Odwołujący - wykonawca Inko Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie, zwany dalej „Odwołujący Inko” wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art.

65 § 1 KC w zw. z art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3, 10 i 12 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na jej niezgodność z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), co Zamawiający ustalił w oparciu o błędną wykładnię postanowień SIWZ, w szczególności w zakresie Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), Istotnych dla Stron Postanowień Umowy, oraz treści Formularza Cenowego, bez uwzględnienia obowiązku Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz bez uwzględnienia zasady rozstrzygania wątpliwości co do treści dokumentacji przetargowej na korzyść wykonawcy, co skutkowało błędnym uznaniem, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i zachodzą przesłanki jej odrzucenia, w sytuacji gdy treść oferty Odwołującego odpowiadała w całości treści SIWZ, a w szczególności Odwołujący nie dokonał jakiegokolwiek mającego stanowić niezgodność z SIWZ tzw. „przerzucenia” kosztów, a zatem jego oferta w żadnym razie nie powinna zostać odrzucona,

2) art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez pominięcie, że ewentualne skutki błędów w zakresie obliczenia ceny lub kosztu w ofercie (które w ocenie Odwołującego Inko również w żaden sposób nie występują w treści jego oferty) uregulowane są wyłącznie w treści postanowienia szczególnego tj. art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, a zatem art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w ogóle nie może być podstawą rozważania odrzucenia oferty,

3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Promost, mimo że na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego Inko, a wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu został dokonany z naruszeniami przepisów Ustawy, w sposób naruszający także zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co skutkuje udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Promost,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego Inko,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
5. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego Inko.

Zdaniem Odwołującego Inko treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności Odwołujący Inko nie dokonał jakiegokolwiek

mającego stanowić niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia tzw. „przerzucenia” kosztów, a zatem jego oferta w żadnym razie nie powinna zostać odrzucona.

Wskazywał, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w sytuacji powstania ewentualnych wątpliwości do treści dokumentów np. w zakresie sposobu obliczenia kosztu, niezbędne jest rozstrzygnięcie tych

wątpliwości na korzyść wykonawcy.

Według Odwołującego Inko Zamawiający dokonał błędnej interpretacji postanowień SIWZ, nieprawidłowo utożsamiając koszty eksploatacyjne biura (w ramach których mogą mieścić się, jeśli byłyby potrzebne koszty środków transportu związane wyłącznie z funkcjonowaniem samego biura), z kosztami środków transportu Personelu Konsultanta, które mają być wykorzystane dla realizacji samej Usługi, zasadniczo dla zapewnienia Personelowi Konsultanta sprawnych przejazdów na teren budowy oraz między poszczególnymi miejscami prowadzenia robót. Koszty te nie wiążą się z funkcjonowaniem samego biura, a stanowią koszty ściśle związane z wykonywaniem podstawowej Usługi.

Odwołujący Inko podnosił, że zgodnie z literalną treścią pkt 2.2.1. lit. b) OPZ zamieszczone tam koszty środków transportu dotyczą wyłącznie transportu wyposażenia biura, sprzętu komputerowego i biurowego czy np. dokumentu przez firmę kurierską. Świadczy o tym również to, że obok owych kosztów transportu znalazły się m.in. koszty ogrzewania, energii elektrycznej, wywozu nieczystości, wody, odprowadzania ścieków, czynszu najmu, a więc wyłącznie koszty ściśle związane z urządzeniem i użytkowaniem pomieszczeń biurowych.

Podkreślał, że uwzględnił w złożonej ofercie wszelkie koszty środków transportu we właściwych miejscach formularza cenowego: koszty transportu związane z urządzeniem, utrzymaniem i likwidacją biura w poz. 1.1 i 4.1 działów 1 i 4 formularza, koszty środka transportu przeznaczonego dla Zamawiającego w poz. 1.2a i 4.2a działów 1 i 4 formularza, koszty środków transportu personelu Konsultanta - jako koszty pośrednie świadczenia usługi - w dziale 2 formularza.

Ponadto, wskazywał, że skoro zastępstwo „pracowników biurowych i pomocniczych” zgodnie z Umową mogły, a wręcz miały wykonywać osoby spośród Personelu Konsultanta, to ich koszty mogły być, a wręcz musiały być, ujęte w dziale 2 Formularza Cenowego. W jego ocenie procedura zastępowania członków Personelu, określona w § 11 ust 18-20 IPU dotyczy także „pracowników biurowych i pomocniczych”, w § 11 ust. 19 jasno wskazano, że zastępstwo, w tym także „pracowników biurowych i pomocniczych” mogą sprawować inne osoby już spośród Personelu Konsultanta. Postanowienia te pozwalają na zgodne z Umową zapewnienie zastępstw pod nieobecność Personelu Biurowego i Pomocniczego bez konieczności uwzględniania jakichkolwiek dodatkowych kosztów w dziale 1 i 4 formularza cenowego.

Niezależnie od braku podstaw faktycznych i prawnych do stwierdzenia jakichkolwiek nieprawidłowości w ofercie Odwołującego Inko, Zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, który w ogóle nie został wskazany w podstawie odrzucenia oferty Odwołującego Inko.

W konsekwencji Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP, bowiem wobec braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego Inko, nie miał również podstaw do wyboru oferty Konsorcjum Promost jako najkorzystniejszej.

VI. Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego Inko jest sprzeczna z treścią SIWZ w dwóch obszarach, tj. w zakresie w jakim koszty samochodów dla Personelu Konsultanta oraz koszty zastępowalności personelu biurowego oraz pomocniczego zostały ujęte w Dziale 2 „Usługi nadzoru i zarządzania” Formularza Cenowego. Niezgodność ta jest ewidentna i nie mogła być poprawiona jako oczywista omyłka rachunkowa, czy też inna niezgodność z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ, stwierdzić należy, że wykonawcy otrzymali wystarczające i czytelne informacje, co do tego, w jaki sposób zobowiązani są zaprezentować zaoferowaną cenę w Formularzu Cenowym. Nie może być tu więc mowy o

niejasności w treści specyfikacji, czy też wątpliwościach, które winny być interpretowane na korzyść wykonawców. Przenosząc koszty z Działu 1 do Działu 2 Odwołujący Inko postąpił niezgodnie z treścią SIWZ, ponieważ przeniesienie kosztów do innego działu spowodowało, że cena jednostkowa pozycji 1.1 Działu 1 nie obejmowała całkowitego kosztu wykonania danej pozycji. Ujęcie kosztów w sposób zaprezentowany przez Odwołującego Inko pozwoliły mu na ominięcie limitu ustanowionego dla Działu 1 Formularza Cenowego.

VH.Ustalenia_Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań.

Izba ustaliła też, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego Inko w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 916/18 wobec Przystępującego Arcus oraz Przystępującego TPF, stwierdzając że

interes w zgłoszeniu przystąpienia jest interesem szerszym, niż interes we wniesieniu odwołania, który ustawodawca wyraźnie zawęził do ochrony dość skonkretyzowanej możliwości uzyskania zamówienia. Skoro tak, to wystarczający dla uznania skuteczności przystąpienia jest interes zgłaszającego przystąpienie polegający na oczekiwaniu, że w związku z rozstrzygnięciem odwołania na korzyść Zamawiającego, przystępujący zwiększy swoją szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, pytań i odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych przez Odwołujących, wezwań i wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji Zamawiającego o odrzuceniu ofert Odwołujących. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedziach Zamawiającego na odwołania, pismach procesowych złożonych przez Przystępującego Promost, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 maja 2018 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego Konsorcjum Arcus w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 887/18 dowodów z: umowy najmu z dnia 01.09.2017 r., umowy najmu lokalu użytkowanego z dnia 21.04.2016 r. wraz z aneksami oraz wyceny informacyjnej strony internetowej kontraktu i serwisu fotograficzno - filmowego z dnia 15.10.2017 r. Złożone dowody nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. Przedłożone niepoświadczony kserokopie nie są dokumentem. Kserokopia, jako mająca cechy dowodu wtórnego, wymaga potwierdzenia jej zgodności z oryginałem.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego Inko w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 916/18 dowodów z: postanowienia Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16.04.2018 r. w przedmiocie udzielania zabezpieczenia roszczenia, postanowienia Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 26.04.2018 r. odrzucającego zażalenie uczestnika - Zamawiającego, specyfikacji na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzenie kontraktem dotyczące obwodnicy Kędzierzyna-Koźła wraz z odpowiedzią na pytanie nr 19, 20 oraz 43, specyfikacji na zarządzanie kontraktem, pełnienie nadzoru nad zadaniem dotyczącym drogi ekspresowej S52, dwóch stron z protokołu z posiedzenia i rozprawy z dnia 23.02.2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 266/18, specyfikacji istotnych warunków zamówienia na zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem dotyczącym drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój - Zakopane na odcinku Rdzawka - Nowy Targ. Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczą bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

wszystkie trzy odwołania zasługują na oddaleniu.

Odwołujący - Konsorcjum Arcus postawił w odwołaniu główny zarzut naruszenia art.

89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie jego oferty

jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że złożone wyjaśnienia były obszerne i logiczne oraz zawierały dowody w postaci obliczeń i kalkulacji, adekwatne do wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum Arcus uzasadniając swoją decyzję następująco. Zamawiający stwierdził, że złożone wyjaśnienia są bardzo lakoniczne, ogólne, niepoparte żadnymi dowodami, tym samym Konsorcjum Arcus nie wykazało się ze spoczywającego na nim obowiązku wykazania, że cena nie jest rażąco niska. Uzasadniając oszczędność metody wykonania, powoływało się na wypracowane przez lata wewnętrzne systemy zarządzania, które pozwalają na obniżenie kosztów pracy pracowników, jednak poprzestało tylko na głoślowym oświadczeniu, bez szerszego uzasadnienia bądź przedłożenia dowodów. Również nie przedstawiło dowodów potwierdzających fakt, iż nie poniesie kosztów wyposażenia biura. Także w zakresie wypracowanych stawek wysoko wykwalifikowanej kadry nie załączyło żadnych dowodów, które uwiarygodniłyby jego oświadczenia.

Zamawiający podnosił również, że Odwołujący oświadczył, że do obsługi administracyjnej i biurowej skierowane będą osoby z Urzędu Pracy oraz powoływał się na udział w Programie Operacyjnym Wiedza Edukacja Rozwój 2014-2020 „Lubię to”. Nie przedstawił jednak żadnych dowodów, które potwierdziłyby, że faktycznie do realizacji zadania będzie mógł skierować osoby na preferencyjnych warunkach, ani szczegółowych kalkulacji, jak ewentualne dofinansowanie wpływa na kalkulację wynagrodzenia w całym okresie realizacji umowy.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący w kalkulacji okresu projektowania pominął część specjalistów, których obecność na tym etapie jest niezbędna dla wypełnienia zobowiązań umownych. W wycenie pracy innych ekspertów w okresie realizacji robót Odwołujący przyjął określone liczby dniówek, nie przedstawił jednak żadnych założeń czy analiz, które potwierdzałyby, że przyjęte ilości są wystarczające dla prawidłowego wykonania usługi. Nadto, Zamawiający zauważał, że Odwołujący nie wykazał, że w cenie oferty zawarte są koszty wynikające z dodatkowych usług zaoferowanych w ramach przyjętych pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 90 ustawy Pzp: 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...) 1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (...).

Oznacza to, że zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko w sytuacjach określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp (tj. gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert), ale w każdej sytuacji, w której cena wydaje mu się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami lub z wymaganiami wynikającymi z przepisów odrębnych. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, cen innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Zatem, zamawiający ma prawo do wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny zawsze, gdy wzbudzi ona jego wątpliwości, niezależnie czy został spełniony którykolwiek z ww. progów.

Odnosząc się do dalszej argumentacji Odwołującego nakierowanej na fakt braku obowiązku przedstawienia stosownych dowodów wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny należy wskazać, że profesjonalista jakim niewątpliwie jest Konsorcjum Arcus,

ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp, powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę.

Izba ustaliła, że wezwanie Zamawiającego zawierało prośbę o przedstawienie kalkulacji ceny dot. następujących zagadnień: 1. Zatrudnienia personelu kluczowego na podstawie umowy o pracę (z uwzględnieniem zakazu zatrudnienia poza kontraktem): w okresie projektowania, w okresie realizacji robót, w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu; 2. Zatrudnienia personelu niekluczowego: w okresie projektowania, w okresie realizacji robót, w okresie przeglądów i rozliczenia Kontraktu; 3. Lokalizacji, powierzchni i wyposażenia Biura Konsultanta oraz Biura Zamawiającego, miejsc parkingowych dla Konsultanta i Zamawiającego; 4. Środków transportu i łączności dla Zamawiającego; 5. Kosztów pośrednich wykonania usługi, w tym w szczególności samochodów służbowych Konsultanta, środków łączności, sprzętu komputerowego i biurowego Konsultanta; 6. Kosztów ubezpieczeń. Zamawiający zwrócił się o przedstawienie szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji dotyczących sposobu uwzględnienia istotnych elementów mających wpływ na cenę ofertową, które uzna Odwołujący za istotne, mając na uwadze między innymi: zaangażowanie osobowe, czasowe, rzeczowe, materiałowe, finansowe i związane z tymi niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku. Zamawiający wskazywał, że treść złożonych informacji i przedstawionych dowodów musi potwierdzać, że zaoferowana w ofercie cena jest skalkulowana prawidłowo i nie budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wykonawca będąc więc świadomym charakteru wynagrodzenia, zakresu i rodzaju przedmiotu zamówienia, zastosowanej przez siebie metody kalkulacji ceny, a przede wszystkim znając obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a także jako profesjonalista na tym rynku - dysponując wiedzą co do orzecznictwa kształtującego interpretacje wskazanych przepisów ustawy Pzp, powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż wskazanie kosztów materiałów niepopartych dowodami może istotnie wpłynąć na uznanie jego ceny ofertowej za nierynkową.

Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania odwoławczego. W konsekwencji należy przyjąć, że rolą odwołującego się wykonawcy, który kwestionuje prawidłowość oceny złożonych przez niego wyjaśnień, jest udowodnienie przed Izbą, że były one prawidłowe, a tym samym że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty była błędna. Odwołujący nie powinien jednak przedstawiać nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości przedłożonej zamawiającemu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznane zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania informacje.

Zatem, przedłożone na rozprawie dowody winny zostać załączone do wyjaśnień. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec które stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), Konsorcjum Arcus winno zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności poszczególnych cen zobowiązany jest dołączyć dowody. Niewątpliwie działaniem błędnym jest kompletowanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego, a nie przesłanie ich w terminie wskazanym w wezwaniu do wyjaśnień. Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że oferta dotycząca dwóch numerów telefonów, przedłożona na rozprawie została sporządzona w dniu 5 maja 2018 r., zatem kilka miesięcy po wystosowanym do Odwołującego Arcus wezwaniu do wyjaśnień.

Izba oceniając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Odwołującego Arcus stwierdza, że składały się one wyłącznie z wyjaśnień oraz kalkulacji, bez wskazania dowodów mających potwierdzać prezentowane stanowisko. Brak załączenia dowodów obciąża wykonawcę, skutkiem czego jest zazwyczaj odrzucenie jego oferty. Zdaniem Izby, koszt usługi nadzoru i zarządzania stanowi zasadniczy element mający wpływ na zaoferowaną cenę, bowiem dotyczy wynagrodzenia personelu zarządzającego i pełniącego nadzór nad kontraktem. Zatem wykonawca winien przedstawić chociażby

zobowiązania członków personelu kluczowego do podjęcia przez nich obowiązków w ramach niniejszego zadania.

Jeżeli okolicznością uprawdopodobniającą oszczędności wykonawcy miało być posiadanie odpowiedniego wyposażenia biura należało przedstawić konkretne dowody, na tę okoliczność. Odwołujący nie przedstawił również w wyjaśnieniach żadnych dowodów dotyczących kosztów utrzymania samochodów na potrzeby Biura Konsultanta, kosztów utrzymania samochodu użyczonego Zamawiającemu, kosztów wynajmu powierzchni biurowej, czy też kosztów wynikających z usług zaoferowanych w ramach kryterium pozacenowym. W wyjaśnieniach wskazał przykładowo, że wykona zdjęcia cykliczne w postaci ortofotomapy oraz DSM w określonej cenie według oferty firmy zewnętrznej, której nie załączył. Oświadczył także, że otrzyma konkretne dofinansowanie w ramach współpracy z Powiatowymi Urzędami Pracy, nie przedkładając w tym zakresie żadnego dowodu. Zatem nie sposób stwierdzić, czy urzędy aktualnie prowadzą nabory wniosków w ramach wymienionych projektów oraz jaki jest zakres przedmiotowy czy podmiotowy wskazanych programów. Jak słusznie również zauważył Przystępujący Promost, Odwołujący Arcus założył możliwość zatrudnienia Inżyniera Kontraktu w okresie projektowania w wymiarze 1/2 etatu. Zgodnie z §13 ust. 7 IPU, Zamawiający dopuścił pracę w niepełnym wymiarze czasu, nie mniejszym niż 1/2 etatu, jedynie w odniesieniu do kilku określonych ekspertów (tj. Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń). Inżynier Kontraktu nie został wymieniony w tym katalogu. Oznacza to obowiązek zatrudnienia Inżyniera Kontraktu w pełnym wymiarze czasu pracy, przez cały okres realizacji usługi.

W zakresie naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia ani art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ani art. 90 ust. 3 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty Przystępującego Promost, a Odwołujący Arcus nie przedstawił żadnej argumentacji jakoby oferta Przystępującego Promost zawierała rażąco niską cenę. Wymaga podkreślenia, że odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego; powinno konkretyzować zarzuty, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny ich zasadności. Niewystarczające jest więc ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, w tym zawartości oferty Przystępującego Promost. W szczególności, odwołanie zawierające zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny konkurencyjnej oferty, winno jednoznacznie precyzować które elementy i w jaki sposób świadczą o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny. Ogólne stwierdzenie to za mało, bowiem uniemożliwia dokonanie oceny zasadności zarzutu.

W odniesieniu do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać zarzut za niezasadny. Konsorcjum Arcus skorzystało ze środków ochrony prawnej, wniosło odwołanie oraz polemizowało w uzasadnieniu ze stanowiskiem Zamawiającego. Odwołujący na podstawie uzasadnienia faktycznego zawiadomienia o odrzuceniu oferty ustosunkował się do decyzji Zamawiającego.

Odwołanie o sygn. KIO 896/18

Odwołujący TPF postawił w odwołaniu główny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum Promost wyjaśnień, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenie jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2017 r. wezwał Konsorcjum Promost do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Konsorcjum Promost w

wyznaczonym terminie udzieliło obszernych wyjaśnień, załączając dowody na potwierdzenie wskazanych kosztów i sposobu kalkulacji ceny, w tym załącznik nr 13 zawierający planowane koszty realizacji usługi. Następnie pismem z dnia 1 marca 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do udzielenia dalszych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności dotyczących informacji czy w okresie projektowania została ujęta (w którym miejscu i w jakiej kwocie) konieczność dysponowania następującymi osobami: geodetą, specjalistą ds. nadzoru geotechnicznego oraz geologicznego, specjalistami do spraw ochrony środowiska, specjalistą do spraw umów z gestorami sieci oraz architektem krajobrazu. Konsorcjum Promost pismem z dnia 7 marca 2018 r. potwierdziło, że ujęło koszty związane z pracą ww. specjalistów w zakładanej rezerwie finansowej dla okresu projektowania, czy też zarówno w rezerwie dla okresu projektowania, jak realizacji robót. Równocześnie oświadczyło, że dokonuje korekty załącznika nr 13, wydzielając w pozycji rezerwa pozycję Inni specjaliści zgodnie z zapotrzebowaniem, w tym zastępowalność personelu. Oferta Konsorcjum Promost została uznana w dniu 26 kwietnia 2018 r. jako najkorzystniejsza.

Odnosząc się wpierrw do ponownego wzywania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela pogląd reprezentowany w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 150/16, że powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, wzywając Konsorcjum Promost po raz pierwszy do złożenia wyjaśnień w kwestii

zaoferowanej ceny, ograniczył się w zakresie kosztów zatrudnienia do przedstawienia kalkulacji ceny dotyczącej zatrudnienia personelu kluczowego na podstawie umowy o pracę w okresie projektowania, realizacji robót, przeglądów i rozliczania kontraktu oraz personelu niekluczowego w tożsamych okresach. Nie wskazał przy tym, że oczekuje wyszczególnienia kosztów związanych z konkretnymi specjalnościami. W sytuacji, gdy cena jest sumą wartości wielu czynników składających się na przedmiot zamówienia, wykonawca może mieć problem z ustaleniem, które z nich konkretnie wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Wykonawca nie może przy tym ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie zamawiającego. W związku z powyższym Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ponowne wzywanie Konsorcjum Promost do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

W zakresie zaś zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, należy podkreślić, że to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny rażąco niskiej. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. (vide: wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt 416/17).

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na Konsorcjum Promost, który ciężarowi temu sprostał. Wykonawca wykazał zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego. Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Promost, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia potwierdzają realność zaoferowanej ceny.

Odnosząc się zaś do kwestionowanych przez Odwołującego TPF kosztów, wskazać należy, co następuje. Odwołujący w przedstawionych w odwołaniu kalkulacjach dotyczących minimalnych kosztów związanych z utrzymaniem samochodu Konsultanta podaje kwotę 1001,67 zł/m-c na jeden samochód, przyjmując w kalkulacji benzynę jako paliwo. Przystępujący zaś w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż personel Konsultanta wyposaży w

dwa samochody z instalacją LPG, co już daje pewne oszczędności. W przypadku kosztów związanych ze środkiem transportu Zamawiającego przekazany przez Konsorcjum Promost samochód został amortyzowany, podczas gdy Odwołujący wskazywał koszty zakupu/amortyzacji w wysokości 776,44 zł.

W odniesieniu do zarzutu, że Przystępujący nie przyjął w kosztach zatrudnienia

personelu biurowego i pomocniczego minimalnego wynagrodzenia za pracę przewidzianego na 2018 r. w wysokości 2100 zł brutto, Przystępujący podkreślał, że na dzień składania ofert obowiązującą stawką minimalnego wynagrodzenia była kwota 2000 zł brutto. Przystępujący przewidział dla personelu biurowego i pomocniczego stawkę wraz z kosztami pracodawcy na poziomie 2 412,20 zł. Skoro Zamawiający nie zawarł w SIWZ postanowień, że wykonawca winien skalkulować w cenie zmianę minimalnego wynagrodzenia na 2018 r., to nie można stawiać takich wymagań wobec wykonawców. Postanowienia SIWZ nie zawierały również uwzględnienia założenia absencji chorobowej wynikającej ze statystyk ZUS. Wartości te stanowią wyłącznie wyliczenie własne Odwołującego i nie mogą być wiążące dla każdego wykonawcy. Należy podkreślić, że Przystępujący przewidział również rezerwę w pozycji związanej z zatrudnieniem personelu biurowego i pomocniczego w łącznej kwocie 18 541,60 zł, co daje kwotę 107,80 zł miesięcznie na osobę, którą to kwotę Przystępujący zamierza przeznaczyć na pozostałe wydatki związane z zatrudnieniem personelu np. koszty badań lekarskich, czy pokrycie ewentualnych zastępstw związanych z urlopami.

Koszty cyklicznych zdjęć zostały szczegółowo opisane w punkcie 16 i 17 pisma z dnia 23.11.2018 r. Przystępujący zadeklarował, że zdjęcia będą wykonywane za pomocą sprzętu, będącego w jego posiadaniu, przez personel pracujący na kontrakcie, w ramach wykonywanych obowiązków. Pomimo to przewidział kwotę 14 000 zł w okresie od rozpoczęcia realizacji robót do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia oraz kwotę 1 500 zł w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności. Dodatkowo, z wyjaśnień wynika, że Przystępujący przewidział koszty wykonania ortofotomapy oraz przeglądarki WWW wraz z dodatkowym serwerem FTP odpowiednio w pozycjach 2.3.19, 2.1.19 załącznika nr 5 złożonych wraz z pismem 07.03.2018 r. Niezrozumiałe są również twierdzenia Odwołującego jakoby Przystępujący nie uwzględnił odpowiedniego sprzętu geodezyjnego.

Izba podziela pogląd Przystępującego, że skoro Inspektorzy Nadzoru w zakresie swoich obowiązków uczestniczą w przeprowadzonych próbach, testach i badaniach, obmiarach i odbiorach technicznych (są to podstawowe zadania Inspektora Nadzoru) są to więc czynności objęte planowaną stawką wynagrodzenia i nie generują dodatkowych kosztów. Tym bardziej, że SIWZ nie określa, którzy członkowie personelu Konsultanta mogą uczestniczyć w czynnościach określonych w pkt 19.1.2.2.2) IDW, czyli Podkryterium 1.2 Kontrola jakości. Nadto, zgodnie z oświadczeniem Przystępującego przewidział on ponad 1 mln rezerwy, zatem niewątpliwie jest w stanie pokryć koszt ewentualnego zdublowania dwutygodniowego okresu zatrudnienia eksperta.

W zakresie kosztów personelu w okresie realizacji robót oraz gwarancji wskazać należy, że zgodnie z §13 ust. 7 IPU wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadczenia Przejęcia, będą zatrudnione na umowie o pracę w wymiarze pełnego etatu. Stosownie zaś do §3 ust. 3 IPU okres przeglądów i rozliczenia kontraktu trwa od daty wskazanej w ostatnim Świadczeniu Przejęcia do daty wystawienia ostatecznego Świadczenia Płatności, tj. 15 miesięcy. Nie sposób zatem uznać, aby Ekspersi Kluczowi i pracownicy biurowi oraz personel pomocniczy winni być zatrudnieni na umowę o pracę również w okresie przeglądów i rozliczenia kontraktu, tj. po wydaniu ostatniego Świadczenia Przejęcia.

Izba uznała również za bezzasadny zarzut (pomijając fakt, iż został podniesiony dopiero na rozprawie) dotyczący korekty załącznika nr 13. Zgodnie z pkt 13 wyjaśnień Konsorcjum Promost z dnia 7 marca 2018 r. dokonał korekty załącznika nr 13 (planowane

koszty realizacji usługi), wydzielając w pozycji rezerwa pozycję Inni specjaliści zgodnie z zapotrzebowaniem, w tym zastępowalność personelu. Odwołujący podnosił, że skorygowany załącznik stanowi zmianę pierwotnie złożonych wyjaśnień, co jest nieuprawnione. W ocenie Izby wydzielając z pozycji rezerwy pozycję Inni specjaliści dokonano jedynie uszczegółowienia, co koresponduje z oświadczeniem Przystępującego, że koszty związane z pracą specjalistów wymienionych w wyjaśnieniach zostały ujęte w rezerwie finansowej. W zakresie zaś pozycji 4 załącznika nr 13 Izba wskazuje, że podnoszony na rozprawie zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie podlegał rozpoznaniu, bowiem nie był objęty treścią odwołania.

Abstrahując od powyższych rozważań należy podkreślić, że w skali całej oferty koszty negowane przez Odwołującego TPF mają nieznaczące znaczenie i nie można mówić o istotnych częściach składowych oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba podziela pogląd zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego, że przedłożenie Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta nie było wymagane. Nadto, Przystępujący wyjaśnił, że koszty geodety, specjalisty ds. nadzoru geotechnicznego, specjalisty ds.

nadzoru geologicznego, specjalisty ds. ochrony środowiska, architekta krajobrazu oraz specjalisty ds. umów z gestorami sieci, zostały uwzględnione w rezerwie przewidzianej w tym okresie, co wynika z pisma z dnia 07.03.2018 r. Natomiast koszt pracy specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji oraz specjalisty ds. sprawozdawczości został przedstawiony w załączniku nr 13 poz. 2.1.14 i 2.1.15 do pisma z dnia 23.11.2018 r. Jednocześnie Przystępujący oświadczył, że w sytuacji zaistnienia konieczności konsultacji opracowań związanych z organizacją ruchu w okresie projektowania koszty te zostaną pokryte z planowanej rezerwy wynoszącej ok. 200 000 zł. Zatem, zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający złożył na rozprawie oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu nr II.2 z odwołania, nie podlegało ono rozpoznaniu przez Izbę.

Odwołanie o sygn. KIO 916/18

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego Inko jako niezgodnej z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy wskazać, co następuje. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zawiera sankcję niedochowania ww. wymogu, z której wynika obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem tej ustawy, tj. możliwości dokonania jej korekty. Powyższe przepisy odnoszą się do zasady związania wykonawcy oświadczeniami zawartymi w ofercie oraz do zasady niezmienności oferty. Zasady te odnoszą się do elementów, które treścią oferty zostały objęte i w niej wyrażone.

Zgodnie z pkt 15 SIWZ Zamawiający dokonał opisu sposobu obliczenia ceny oferty w następujący sposób: 15.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy zawarty w Tomie IV SIWZ. 15.2. Formularz Cenowy, o którym mowa w pkt 10.1, należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca winien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczy cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Cenowego. 15.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i w cenach ryczałtowych (dział 2, pozycje 2.1, 2.2, 2.3) uwzględni odpowiednią ilość wszystkich ekspertów i specjalistów tak, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy. 15.4. Dla działów 1, 2, (pozycja 2.1 i 2.3.), 3, 4 oraz 5 Formularza Cenowego Zamawiający przewiduje limity określone w tych Formularzach. W przypadku gdy którykolwiek z wymienionych limitów zostanie przekroczony w ofercie Wykonawcy, Zamawiający odrzuci taką ofertę. 15.5. Dla każdej pozycji wyszczególnionej na Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

Stosownie do §11 ust. 18-20 IPU: 18. Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo w przypadkach: 1) śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta; 2) jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z innych niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn. Kierownik Projektu jest zobowiązany rozpatrzyć propozycję najpóźniej następnego dnia roboczego następującego po dniu, w którym Kierownik Projektu otrzymał propozycję Konsultanta. Kierownik Projektu może nie wyrazić zgody na osobę zaproponowaną przez Konsultanta z podaniem uzasadnienia. 19. W przypadku gdy członek Personelu Konsultanta nie może zostać niezwłocznie, tj. w tym samym dniu, zastąpiony lub zmieniony, Inżynier Kontraktu lub Konsultant jest zobowiązany najpóźniej w tym samym dniu wskazać spośród Personelu Konsultanta osobę lub osoby

wykonujące tymczasowo obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, przy czym stan taki nie będzie trwał dłużej niż 3 miesiące. 20. Konsultant nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu tymczasowego wykonywanych obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej.

W pkt 2.2. OPZ Koszty administracyjne wskazano: 2.2.1. Biuro Konsultanta: „Konsultant zobowiązany jest zapewnić (np. dostarczyć, wynająć) oraz zorganizować, urządzić, wyposażać i utrzymywać, na własny koszt biuro na potrzeby Personelu Konsultanta i Personelu biurowego i pomocniczego. (...) Konsultant będzie ponosić wszystkie koszty związane z urządzeniem, utrzymaniem i likwidacją biura Konsultanta, w szczególności: a) koszty zainstalowania wszystkich niezbędnych urządzeń, sprzętu, instalacji, dróg dojazdowych i wewnętrznych, miejsc parkingowych, wyposażenia biura i zabezpieczeń, b) koszty eksploatacyjne związane z użytkowaniem biura — m.in. opłaty za energię elektryczną, Internet, usługi telekomunikacyjne, ogrzewanie, wodę, wywóz nieczystości, śmieci, odprowadzenie ścieków, ochronę mienia, dzierżawę terenu, opłaty za wynajem pomieszczeń, koszty środków transportu, c) koszty usunięcia wszystkich urządzeń, instalacji, dróg dojazdowych i wewnętrznych, biur, placów, zabezpieczeń, oczyszczenie terenu i doprowadzenie do stanu pierwotnego (jeśli to konieczne), d) koszty ubezpieczeń. Biuro może być wykorzystywane wyłącznie do pełnienia usługi.

W pkt 2.4. Środki transportu i łączności wskazano: Konsultant niniejszego zamówienia wyposaży swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności (telefony komórkowe), zapewniającą sprawne pełnienie Usługi. W celu identyfikacji pojazdów samochody Konsultanta będą odpowiednio oznakowane i wyposażone w lampy ostrzegawcze.

W formularzu cenowym w Dziale 1 miały być zawarte koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia w przeliczeniu na miesiąc. W pkt 1.1. koszty Biura Konsultanta, w pkt 1.2. koszty Biura Zamawiającego, w pkt 1.2a. koszty środka transportu, w pkt 1.3. i 1.4. koszty zatrudnienia personelu biurowego

1 pomocniczego. Koszty te miały stanowić nie więcej niż 15% wartości wyliczonej w pozycji A formularza (cena łączna netto). W Dziale 2 miały zostać zawarte ryczałtowe koszty usługi nadzoru i zarządzania, a w Dziale 3 koszty działań promocyjnych, zaś w Dziale 4 - koszty (w przeliczeniu na miesiąc) administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. W pkt 4.1. koszty Biura Konsultanta, w pkt 4.2. koszty Biura Zamawiającego, w pkt 4.2a. koszty środka transportu oraz w pkt 4.3. i 4.4. koszty personelu biurowego i pomocniczego. Pod Tabelą w Uwagach Zamawiającego wskazano: dla Działu 1: Dział musi obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ. Pozycja „personel biurowy” musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Biura Konsultanta. Pozycja „personel pomocniczy” musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem wszelkich innych asystentów i pracowników, którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ. Uwagi do Działu 4 były analogiczne.

Odwołujący Inko w formularzu cenowym w pozycji 1.2a. wskazał koszty w wysokości

2 500,00 zł netto, łącznie: 107 500,00 zł netto, w pkt 1.3. koszty w wysokości 4 800,00 zł netto, łącznie: 206 400 zł netto, w pkt 1.4. koszty w wysokości 4 800,00 zł netto, łącznie: 206 400 zł netto, w pozycji 4.2a. koszty w wysokości 1 250,00 zł netto, łącznie: 18 750,00 zł netto, w pozycji 4.3. koszty w wysokości 2400 zł netto, łącznie: 36 000 zł netto, w pozycji 4.4. koszty w wysokości 2400 zł netto, łącznie: 36 000 zł netto.

Pismem z dnia 13 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego Inko do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Dnia 27 listopada 2017 r. Odwołujący Inko złożył wyjaśnienia, dołączając m.in. szczegółową kalkulację kosztów (załącznik nr 1 do pisma). Zaznaczył, że koszty planowych nieobecności i zastępowalności Personelu Biurowego i Pomocniczego zostały ujęte w odpowiednich podpozycjach pozycji 2.1, 2.2 i 2.3 odnoszących się do planowych nieobecności i zastępowalności całego personelu we wszystkich okresach realizacji kontraktu. Oświadczył nadto, że koszty zapewnienia środków transportu dla personelu Konsultanta zostały ujęte w pozycjach 2.1, 2.2 i 2.3 Formularza cenowego i odpowiadającej mu Tabeli - Rozbicie ceny ofertowej.

Izba ustaliła, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego Inko była niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie w jakim wykonawca przerzucił koszty środków transportu dla personelu konsultanta oraz koszty zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych do Działu 2 Usługi nadzoru i zarządzania Formularza Cenowego, tj. do poz. 2.1. Usługi nadzoru i zarządzania - okres projektowania,

do poz. 2.2. Usługi nadzoru i zarządzania - okres realizacji robót i do poz. 2.3 Usługi nadzoru i zarządzania - okres przeglądów i rozliczenia kontraktu. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazywał, że koszty te Odwołujący Inko winien uwzględnić w Dziale 1 oraz odpowiednio w Dziale 4 Formularza Cenowego, a dokonanie samodzielnych, nieuprawnionych zmian w Formularzu Cenowym doprowadziło do niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której nie można poprawić, bowiem prowadziłoby to do przekroczenia ustalonego procentowego limitu dla Działu 1 Formularza Cenowego.

Spór między stronami dotyczy wykładni Formularza cenowego, który miał być sporządzony przez wykonawców na załączniku, stanowiącym integralną część SIWZ, a dokładnie umiejscowienia w tymże formularzu kosztów środków transportu dla personelu Konsultanta, a także kosztów zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego Inko, postanowienia SIWZ wskazywały jednoznacznie, że koszty środków transportu dla personelu Konsultanta oraz Zamawiającego, a także koszty zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych powinny być ujęte w Dziale 1 Formularza cenowego oraz odpowiednio w Dziale 4.

Izba nie odstępowała od akceptowanej od lat zasady, że wątpliwości interpretacyjne i niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, jednak aby stwierdzić, że one zaistniały, należy wprawdy odnieść się do całokształtu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uznać, że z logicznego i racjonalnego punktu widzenia obiektywnie wątpliwości takie można było powziąć lub przyjąć inne rozumienie danych postanowień i wymogów. Natomiast tutaj, zdaniem Izby, taka sytuacja nie zaistniała.

W pkt 2.2.1. OPZ (podpunkt kosztów administracyjnych) dotyczącym Biura Konsultanta wskazano, że Konsultant będzie ponosić koszty środków transportu, co koresponduje z układem formularza cenowego, gdzie w Dziale 1: „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejścia” w przeliczeniu na miesiąc w pkt 1.1. miały być wykazane koszty Biura Konsultanta. Punkt 2.4. OPZ opisuje szczegółowo wymagania dotyczące środków transportu zarówno dla Zamawiającego, jak i Personelu Konsultanta. Jednocześnie jedynie w pkt 1.2a oraz 4.2a Formularza cenowego wymieniono wprost „środek transportu”. W ocenie Izby koszty środków transportu personelu Konsultanta winny być ujęte w pkt 1.1. oraz odpowiednio w pkt 4.1. Formularza cenowego. Zgodnie bowiem z instrukcją Zamawiającego, znajdującą się pod Formularzem cenowym, Dział 1 winien obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją usługi zgodnie z umową i OPZ (analogicznie Dział 4). W zakresie zaś Działu 2 Zamawiający wskazał, że każda pozycja musi obejmować całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia wszystkich Ekspertów.

Nie sposób również zgodzić się z argumentacją Odwołującego Inko w zakresie kosztów nieobecności pracowników biurowych i pomocniczych. Powoływanie się w tym zakresie na §11 ust. 18-20 IPU, jako rzekomo określających procedurę zastępowania tychże pracowników, jest nieuprawnione. §11 ust. 18-20 IPU dotyczy tylko i wyłącznie zasad nieobecności osób Personelu Konsultanta, do których członkowie personelu biurowego i pomocniczego nie zaliczają się. Po pierwsze wynika to z pkt 2.1 OPZ, który rozróżnia trzy grupy personelu, wskazując że w celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiednio: 1. Personel Konsultanta (Eksperti Kluczowi, Inni Eksperti), 2. Personel biurowy. 3. Personel pomocniczy. Ponadto, zgodnie z definicją Personelu biurowego i pomocniczego, zawartą w §1 ust. 1 IPU personel ten nie stanowi Personelu Konsultanta (Personel biurowy i pomocniczy: personel skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) nie będący Personelem Konsultanta.). Na uwagę zasługuje również fakt, że zgodnie z instrukcją Zamawiającego, znajdującą się pod Formularzem cenowym, zarówno pozycja dotycząca personelu biurowego, jak i pomocniczego, winna obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Biura Konsultanta oraz z zapewnieniem wszelkich innych asystentów i pracowników, którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania usługi zgodnie z umową i OPZ. Oznacza to, że w pozycjach w pkt 1.3 i 1.4 oraz odpowiednio w pkt 4.3 i 4.4 Formularza cenowego wykonawca winien przewidzieć wszystkie koszty personelu biurowego i pomocniczego, również w zakresie jego zastępowalności.

Ze względu zaś na określone przez Zamawiającego limity, niezgodności tej nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający postanowił bowiem, że łączne koszty Działu 1 miały stanowić nie więcej niż 15% wartości wyliczonej w pozycji A formularza (cena łączna netto). Uwzględniając więc wyłącznie koszty środków transportu wskazane przez Odwołującego Inko limit procentowy zostałby przekroczony, gdyby prawidłowo zakwalifikował te wydatki. W przypadku przeniesienia do Działu 1 jedynie

kosztów środków transportu dla personelu konsultanta, określonego przez Odwołującego Inko w piśmie z dnia 27 listopada 2017 r. wartość Działu 1 wyniosłaby 1 088 800,00 zł, co o 3,25% przekracza ustalony limit.

Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący Inko w sposób nieuprawniony przerzucił koszty środków transportu oraz koszty zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych do Działu 2 Formularza cenowego. Treść oferty Odwołującego Inko nie odpowiada postanowieniom SIWZ, a niezgodności tej nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba nie przychyliła się również do stanowiska Odwołującego Inko, że w tej sprawie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). W orzecznictwie przyjmuje się, że błędem w obliczeniu ceny jest każdy, inny niż omyłka rachunkowa, błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu niewłaściwych lub niepełnych danych do jej obliczenia. W niniejszej sprawie faktycznym wyjaśnieniem Odwołującego Inko wskazywały, że zaoferowana cena objęła wszystkie elementy określone w SIWZ, a jedynie sposób jej przedstawienia był niezgodny z postanowieniami specyfikacji.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia ani art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ani zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty Przystępującego Promost oraz prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego Inko, czym potwierdził, że równo traktuje wykonawców w postępowaniu, bowiem jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy równe traktowanie wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie

postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej

miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (vide: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt VIII Ga 22/08).

W zakresie zaś naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz racjonalność przepisów, zasada ta dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a więc w niniejszym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanej zasady.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: