

**Sygn. akt: KIO 1799/20**

## **WYROK**

**z dnia 17 sierpnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**  
**Członkowie: Katarzyna Brzeska**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 sierpnia 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 lipca 2020 r.** przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** prowadzący postępowanie **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra**

przy udziale wykonawcy **MGGP S. A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Ayesa Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Klonowa 10, 55-002 Kamieniec Wrocławski; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Szyb Walenty 26a, 41-700 Ruda Śląska** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert, jak i wyboru oferty najkorzystniejszej z 21.07.2020 r. (data przekazania informacji) oraz nakazuje przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w jej ramach nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty: Konsorcjum Firm: Promost**

Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) Transprojekt Gdańsk Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk; 3) MIZ Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Ceglana 34, 66-003 Droszków; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Boh. Westerplatte 11, 65-034 Zielona Góra oraz SAFEGE S.A.S., 15/27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu zaniechania odrzucenia ofert tych Wykonawców, pomimo że ich treść jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** prowadzący postępowanie **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra** i:

2.1. 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., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** prowadzący postępowanie **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra** na rzecz **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** kwotę **18 600 zł 20 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Dostosowanie DK18 do parametrów autostrady na odcinkach „0” od km 0+192,50 do km 1+500 oraz na odcinku „1” od km 1+500 do km 11+860*”, Numer referencyjny: O.ZG.D-3.2413.2.2020; zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.01.2020 r. pod nr 2020/S 017-036907 przez: Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 21.07.2020 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej: eB2B) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Firm: 1) Ayesa Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Klonowa 10, 55-002 Kamieniec Wrocławski; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Szyb Walenty 26a, 41-700 Ruda Śląska zwane dalej: „Konsorcjum Ayesa” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Drugą pozycję w rankingu ofert zajęło: Konsorcjum Firm: Promost Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) Transprojekt Gdańsk Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk; 3) MIZ Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Ceglana 34, 66-003 Droszków; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Boh. Westerplatte 11, 65-034 Zielona Góra zwane dalej: „Konsorcjum Promost”. Trzecią pozycję w rankingu ofert zajęło: SAFEGE S.A.S., 15/27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja zwane dalej: „SAFEGE S.A.S.”. Czwartą pozycję w rankingu ofert zajęło: ECMG GmbH Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń, Austria zwane dalej: „ECMG GmbH”. Piątą pozycję w rankingu ofert zajęło: TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa zwana dalej: „TPF Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Szóstą pozycję w rankingu ofert zajęło: Konsorcjum Firm: 1) Eksametr Sp. z o. o. (Lider Konsorcjum); 2) Miliarium Sp. z o. o. (Partner Konsorcjum), ul. Kilińskiego 2505-075 Warszawa; 3) Schuessler – Plan Inżynierzy Sp. z o. o. (Partner Konsorcjum), Al. Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa, 4) Schüßler – Plan Ingenieurgesellschaft mbH (Partner Konsorcjum); Sankt – Franziskus - Straße 148, 40470 Düsseldorf; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Grzybowska 8700-844 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Eksametr”. Siódmą pozycję w rankingu ofert zajęło:

MGGP S. A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów zwane dalej: „MGGP S. A.” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego”.

W dniu 31.07.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) TPF Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynność z 21.07.2020 r. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (za pośrednictwem Platformy Zakupowej: eB2B). Wniósł odwołanie na:

1. niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Ayesa, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu;
2. zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa, pomimo iż treść oferty jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”,
3. zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarzut ewentualny),
4. zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechanie wezwania Konsorcjum Ayesa do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp (zarzut ewentualny),
5. zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Promost oraz oferty Safege S.A.S. pomimo iż treść w/w ofert jest sprzeczna z treścią SIWZ,
6. zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Promost oraz oferty Safege, pomimo że w/w oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarzut ewentualny),
7. zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechanie wezwania Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp (zarzut ewentualny),
8. zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechanie wezwania ECMG GmbH do uzupełnienia formularza JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Ayesa jako oferty najkorzystniejszej,

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa i Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege, pomimo że treść w/w ofert jest sprzeczna z treścią SIWZ,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa i Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege, pomimo iż w/w oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2)
4. naruszenie art. 90 ust. 1 - 3 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ayesa i Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege do złożenia wyjaśnień, pomimo że istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwość co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego (zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2)
5. naruszenie art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania ECMG GmbH do uzupełnienia formularza JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby,
6. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Pzp).

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. ponowną ocenę ofert,
4. wezwanie ECM do uzupełnienia formularza JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby,
5. odrzucenie oferty Konsorcjum Ayesa,
6. odrzucenie oferty Konsorcjum Promost,
7. odrzucenie oferty Wykonawcy Safege,
8. z ostrożności – wezwanie Konsorcjum Ayesa, Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 - 3 Pzp.

Odnosnie zarzutu 2:

W zakresie Konsorcjum Ayesa. W SIWZ TOM III - OPZ w pkt. 2.4 „Środek transportu i łączności” Zamawiający wskazał: „Konsultant użyty Zamawiającemu, 1 sztukę środków transportu do wyłącznej całodobowej dyspozycji Zamawiającego na czas określony poniżej:  
1. samochód typu SUV– 14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności.

Konsultant zapewni Zamawiającemu ciągłość w korzystaniu ze środków transportu. W przypadku ujawnienia wady lub awarii Konsultant zapewni pojazd zastępczy w ciągu 24 godzin od zgłoszenia.

Samochód zastępczy ma spełniać wymagania techniczne jak samochód podstawowy.

Środek transportu dla Zamawiającego będzie spełniać niżej wymienione warunki:

1. Parametry i wyposażenie pojazdu nie będą gorsze niż określone w poniższej tabeli

Lp.	Wyposażenie i parametry	Samochód SUV, 5-drzwiowy
1	Napęd 4x4 (stały lub dołączany)	+
2	Układ stabilizacji toru jazdy (ESP)	+
3	System zapobiegający blokowaniu się kół podczas hamowania (ABS)	+
4	Lusterka zewnętrzne boczne podgrzewane sterowane elektrycznie	+
5	Minimum 2 poduszki powietrzne	+
6	Klimatyzacja	+
7	Radio	+
8	Komplet podłogowych dywaników gumowych	+
9	Komplet opon zimowych, Komplet opon letnich	+
10	Wspomaganie układu kierowniczego	+
11	Regulowana kolumna kierownicy	+
12	Zestaw głośnomówiący	+
13	Lampa błyskowa pomarańczowa na magnes z przedłużaczem (kogut)	+
14	Polskie świadectwo homologacji	+
15	Nie dopuszcza się samochodów z homologacją ciężarową (tzw. Kratka)	+

Wymaga się aby użyczony samochód posiadał ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, AC, NNW i Assistance. Wymagane jest aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyzonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przechowywania opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy w miesiącu (dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), sprzątanía wnętrza samochodu raz w miesiącu, abonament na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Zielonej Górze. Wymaga się aby Konsultant zapewnił samochód zastępczy na czas naprawy i przeglądu.

Zamawiający zwróci samochód Konsultantowi niezwłocznie po wystawieniu Ostatecznego Świadectwa Płatności Konsultant może użyć samochód nowy bądź

używany, jednak nie starszy niż czteroletni (4 lata liczone od pierwszej rejestracji) i z przebiegiem nie większym niż 80 tys. km. Wiek i przebieg samochodu będą liczone/ustalane na dzień podpisania Umowy.

Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.4 oraz 4.4 Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio sześć tysięcy kilometrów na miesiąc (średnio trzy tysiące kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych wskazanych powyżej.”

Tymczasem Konsorcjum Ayesa za w/w element wskazało następujące stawki w formularzu cenowym:

	<b>Konsorcjum Ayesa</b> – cena jednostkowa netto w PLN za 1 miesiąc
<b>1. Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia</b>	
1.4 Środek transportu Zamawiającego	<b>2 800</b>
<b>4. Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności</b>	
4.4 Środek transportu Zamawiającego	<b><u>750</u></b>

O ile stawka 2 800 zł jaką Konsorcjum Ayesa założyło w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia wydaje się być stawką realną, o tyle kwota 750 zł za środek transportu Zamawiającego w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności jest stawką całkowicie nierealną biorąc pod uwagę w/w wymagania Zamawiającego opisane w OPZ.

Z zapisów SIWZ wynika, że kluczowe koszty eksploatacyjne użytkownika samochodu przez Zamawiającego to:

- koszt paliwa (w od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności szacowany średnio dla 3 000 km miesięcznie)
- abonament na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Zielonej Górze

Odwołujący podnosił, że Konsorcjum Ayesa wielokrotnie w innych postępowaniach prowadzonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, przy zbliżonych wymaganiach SIWZ wyjaśniało sposób kalkulacji ceny środka transportu Zamawiającego. Do swoich wyjaśnień Konsorcjum Ayesa zakładało następujące parametry pojazdu:



<b>Marka</b>	Dacia Duster
<b>Rodzaj paliwa</b>	PB 95
<b>Średnie spalanie</b>	6,8 L / 100 km
<b>Cena za 1 L</b>	4,72 zł

Uwzględniając powyższe parametry oraz średni miesięczny limit kilometrów w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności (3 000 km / miesięcznie) otrzymujemy następujący koszt dla przedmiotowego postępowania:  $(3\ 000\ \text{km} / 100) * 6,8\ \text{L} * 4,72\ \text{zł} = 962,88\ \text{zł}$  miesięcznie

Dowód: *Wyciąg wyjaśnień RNC Konsorcjum Ayesa z postępowania pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa autostrady A1 koniec obw. Częstochowy – Tuszyn, odcinek E gr. Woj. Łódzkiego – węzeł Rząsawa (bez węzła) – w załączeniu.*

W zakresie abonamentu za korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania Odwołujący podnosi, iż Miasto Zielona Góra ofertuje następujące abonamenty na parkowanie:

Oплаты abonamentowe:

- Tygodniowy - 100,00 zł;
- Miesięczny - 300,00 zł;
- Trzymiesięczny - 800,00 zł.
- Roczny - 3 000,00 zł.

Źródło: [www.zielona-gora.pl](http://www.zielona-gora.pl)

Tak więc najtańszą opcją dla 15-miesięcznego okresu od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności będzie wykupienie abonamentu rocznego za 3 000 zł oraz trzymiesięcznego za 800 zł, co łącznie daje kwotę 3 800 zł, a więc 253,33 zł miesięcznie.

Jak widać uwzględnienie jedynie kosztów paliwa oraz abonamentu za parkowanie kształtuje koszt środka transportu Zamawiającego na poziomie ok 1 215,00 zł, co znacznie przekracza kwotę 750 złotych wskazaną w formularzu cenowym przez Konsorcjum Ayesa. (pozycja 4.4) Dodatkowo zgodnie z wymaganiami SIWZ uwzględnić należy:

- koszt płynów, materiałów eksploatacyjnych,
- koszt bieżących napraw, przeglądów technicznych,
- koszt sezonowej wymiany opon, przechowywania opon,
- koszt przedłużania ubezpieczenia,
- koszt mycia samochodu dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa

Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności,

- koszt sprzątnięcia wnętrza samochodu raz w miesiącu,

Wszystkie w/w koszty to dodatkowe kilkaset złotych miesięcznie. Tak więc oczywiste jest, iż kwota 750 zł miesięcznie za udostępnienie środka transportu Zamawiającemu w okresie od wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności nie może obejmować całkowitego kosztu wykonania danej pozycji. Tak więc oferta Konsorcjum Ayesa jest niezgodna z treścią SIWZ.

W zakresie Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege.

W SIWZ TOM II IPU – Umowa w § 13 „Ogólne obowiązki Konsultanta” w ust. 4 – 6 Zamawiający wskazał: „4. Zamawiający, wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ.

5. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatecznego Świadczenia Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu.

6. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres realizacji Usługi, do wydania ostatecznego Świadczenia Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego). W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z zasad określonych w niniejszej umowie. W przypadku zmiany o której mowa wyżej, wyznaczenie danej osoby do realizacji Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wystąpienia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą.”

Jednocześnie w SIWZ TOM III OPZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 2 „Wymagania” ppkt 2.1. „Personel Konsultanta” Zamawiający określił następujące warunki realizacji usługi:

Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Konsultanta oraz osobom zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami kontraktowymi. Głównym miejscem świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta będzie biuro Konsultanta o którym mowa w pkt. 2.2.1 OPZ i Plac Budowy. Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni

Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

1) Personel Konsultanta (Eksperti Kluczowi, Inni Eksperti),

2) Personel biurowy: Dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych min 2 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp. Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.),

3) Personel pomocniczy: Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min 2 osoby, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi,). Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi,), niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. W zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy wchodzi:

- ✓ Przyjmowanie korespondencji i potwierdzanie tego faktu
- ✓ Prowadzenie rejestrów korespondencji przychodzącej i wychodzącej
- ✓ Nadawanie numerów korespondencji wychodzącej
- ✓ Obsługa urządzeń biurowych
- ✓ Odbieranie telefonów zewnętrznych i łączenie rozmów z poszczególnymi pracownikami Biura Inżyniera
- ✓ Systematyczna obsługa poczty e-mail Konsultanta
- ✓ Archiwizowanie korespondencji i dokumentów kontraktowych w tym wykonywanie kopii (scany) zgodnie z przyjętym systemem
- ✓ Wydawanie pism i dokumentów Wykonawcom, Zamawiającemu i stronom trzecim
- ✓ Przygotowanie pism i dokumentów do wysyłki za pośrednictwem poczty lub kuriera (pakowanie, adresowanie, opłacenie, nadanie)
- ✓ Przyjmowanie wszystkich interesantów, informowanie ich o możliwościach załatwienia sprawy i skierowanie do właściwej osoby
- ✓ Dostarczanie Inżynierowi Kontraktu bieżącej korespondencji
- ✓ Przekazywanie zadekretowanych pism i dokumentów poszczególnym osobom
- ✓ Współpraca z personelem w zorganizowaniu Rad Budowy i innych spotkań
- ✓ Prowadzenie spraw związanych z utrzymaniem i funkcjonowaniem Biura i jego wyposażenia technicznego

Personel Konsultanta będzie biegle posługiwał się językiem polskim w zakresie ogólnym i technicznym. Jeśli taka sytuacja nie będzie miała miejsca, Konsultant zapewni przez cały czas pracy odpowiednio wykwalifikowanego tłumacza dysponującego zarówno

wiedzą ogólną w zakresie tłumaczenia, jak i wiedzą techniczną. Inżynier Kontraktu będzie odpowiedzialny za pracę swojego Personelu oraz Personelu biurowego i pomocniczego. Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, zapisy dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, zmniejszeniem intensywności prac w okresach zimowych itp. Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde zasadne wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót. Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. Personel biurowy ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu.

Zamawiający w „Formularzu Cenowym” wymagał aby Wykonawcy podali ceny za każdy miesiąc pracy Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego osobno dla różnych okresów realizacji usługi:

- W pkt 1.5 i 1.6 – dla okresu „*od Daty rozpoczęcia realizacji usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa przejęcia*”
- W pkt. 4.5 i 4.6 – dla okresu „*od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności*”

Ponadto w uwagach do Formularza Cenowego Zamawiający zawarł:

1. Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia
2. Pozycja "*Personel biurowy*" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta.
3. Pozycja "*Personel pomocniczy*" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem wszelkich innych asystentów, którzy nie zostali wymienieni w kategorii "*Inni eksperci*", a którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ.

2. Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności (pozycja 4)

1. Uwagi analogiczne jak w Dziale 1.

Analizując powyższe zapisy SIWZ jasno wynika, że w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia Wykonawca jest zobowiązany do:

- Zatrudnienia personelu biurowego w liczbie co najmniej 2 osób na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu,

- Zatrudnienia personelu pomocniczego w liczbie co najmniej 2 osób na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu,

Tymczasem Konsorcjum Promost oraz Wykonawca Safege za w/w elementy wskazał następujące stawki w formularzu cenowym:

	<b>Konsorcjum Promost</b> – cena jednostkowa netto w PLN za 1 miesiąc	<b>Wykonawca Safege</b> – cena jednostkowa netto w PLN za 1 miesiąc
<b>1. Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia</b>		
1.5 Personel biurowy	<b>6 900</b>	<b>4 000</b>
1.6 Personel pomocniczy	<b>3 100</b>	<b>3 000</b>

Odwołujący podnosił, że koszt personelu pomocniczego w ofercie Konsorcjum Promost oraz koszty personelu biurowego i personelu pomocniczego w ofercie Wykonawcy Safege zostały wskazane z naruszeniem przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 roku (Dz.U. z 2019 r., poz. 1778) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. Od 1 stycznia 2020 r. bowiem obowiązującą stawką minimalnego wynagrodzenia za pracę jest kwota 2600 zł, zaś minimalna stawka godzinowa wynosi 17 zł. Tak więc minimalna kwota wynagrodzenia personelu biurowego (2 osoby) oraz personelu pomocniczego (2 osoby) zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia nie może być niższa niż 5 200 zł dla każdej z pozycji.

Personel biurowy = 2 osoby \* 2 600 zł = 5 200 zł

Personel pomocniczy = 2 osoby \* 2 600 zł = 5 200 zł

Jak wynika z powyższego ceny jednostkowe personelu pomocniczego w ofercie Konsorcjum Promost oraz ceny personelu biurowego i personelu pomocniczego w ofercie Wykonawcy Safege w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia nie obejmują całkowitego kosztu wykonania danej pozycji. Tak więc oferta Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege jest niezgodna z treścią SIWZ.

W tym miejscu Odwołujący pragnie podkreślić, że ujęcie w/w kosztów w innych pozycjach jest niedopuszczalne co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO z 5.10.2017 r., sygn. akt: 1965/17 i KIO 1966/17: „*W tym miejscu wskazać należy, że Zamawiający w Tomie I SIWZ tj. Instrukcji dla Wykonawców punkt 15 wskazał, że: cena oferty musi być wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy zawarty w Tomie IV SIWZ. Formularz ten 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 wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym i nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Cenowego. Zgodnie zatem z ww. wymogami SIWZ Odwołujący nie był uprawniony do przenoszenia kosztów między pozycjami. Odwołujący winien wycenić koszt środka transportu wyłącznie w pozycjach 1.2.a i 4.2.a. Powyższe postanowienia SIWZ w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazywały więc, że na etapie od rozpoczęcia sługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia oraz od wystawienia ostatniego świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, wszelkie wymogi SIWZ związane ze środkiem transportu winny być wycenione wyłącznie w dziale 1 i 4 i to w odpowiednich pozycjach Formularza Cenowego. W związku z powyższym, w ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo uznał, że uwzględnienie tych kosztów w dziale 2 było niedopuszczalne. Przenosząc koszty z poz. 1.2a i 4.2a do działu 2, Odwołujący postąpił niezgodnie z treścią SIWZ, ponieważ przeniesienie kosztów do innego działu spowodowało, że cena jednostkowa pozycji 1.2a i 4.2a "Środek transportu" nie obejmowała całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości. Podkreślić należy, że niezgodności tej nie można było usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp."

Odnośnie zarzutu trzeciego i czwartego.

W zakresie Konsorcjum Ayesa, Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege

Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia powyżej (w zakresie Konsorcjum Ayesa, Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege), Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu. Wobec powyższego Odwołujący wskazuje, że niniejszy zarzut jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 1.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie wystosował do Konsorcjum Ayesa, Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege wezwania w trybie art. 90 ust. 1-3 Pzp w zakresie ceny oferty, a w szczególności w zakresie dotyczącym istotnych części składowej ceny oferty tj.

- w zakresie ceny wskazanej w pozycji 4.4 – „Środek transportu Zamawiającego” w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności (Konsorcjum Ayesa)

• w zakresie ceny wskazanej w pozycjach 1.5 oraz 1.6 – „Personel biurowy” i „Personel pomocniczy” w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia. (Konsorcjum Promost oraz Wykonawca Safege).

Biorąc pod uwagę przesłanki opisane w pkt 1 uzasadnienia powyżej Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum Ayesa, Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege albo jeżeli uznałby to za konieczne wezwać w/w Wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień.

Zamawiający jednak nie bacząc na obowiązujące przepisy prawa tj. Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 roku (Dz.U. z 2019 r., poz. 1778) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., czy też różnicę zaproponowanych cen w stosunku do cen rynkowych w tym cen pozostałych oferentów zaniechał takiej czynności.

Zamawiający powinien wezwać w/w Wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 - 3 Pzp, a następnie, po otrzymaniu wyjaśnień – odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zdaniem Odwołującego nie jest bowiem możliwe złożenie przez w/w Wykonawców wyjaśnień, które obalałyby prawne domniemanie rażąco niskiej ceny. Cena jednego litra paliwa oraz wysokość abonamentu na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Zielonej Górze (dotyczy oferty Konsorcjum Ayesa) jak również fakt obowiązywania stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę w kwocie 2600 zł mają charakter obiektywny, tak więc oczywiste naruszenie prawa przez Konsorcjum Ayesa, Konsorcjum Promost oraz Wykonawcę Safege nie jest możliwe do zlikwidowania w wyniku złożenia wyjaśnień.

Oдноśnie zarzutu piątego.

Wykonawca ECMG GmbH złożył w dniu 27.03.2020 r. ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Do oferty załączono formularz JEDZ Spółki ECMG GmbH w którym w Części II C – „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?” Wykonawca udzielił odpowiedzi TAK. Zgodnie z instrukcją umieszczoną poniżej w Części II C Wykonawca był zobowiązany do złożenia formularza JEDZ każdego podmiotu na zasobach którego polega w przedmiotowym postępowaniu: Instrukcja w Części II C:

*„Proszę przedstawić odrębne formularze ESPD zawierające informacje wymagane zgodnie z sekcjami A i B niniejszej części oraz częścią III dla każdego z podmiotów, których to dotyczy, należycie wypełnione i podpisane przez dane podmioty.*

*Należy zauważyć, że dotyczy to również wszystkich pracowników technicznych lub służb technicznych, nienależących bezpośrednio do przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości, a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane – tych, do których wykonawca będzie mógł się zwrócić o wykonanie robót budowlanych. O ile ma to znaczenie dla określonych zdolności, na których polega wykonawca, proszę dołączyć – dla każdego z podmiotów, których to dotyczy – informacje wymagane zgodnie z częściami IV i V.”*

Wymóg przedstawienia formularza JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby Zamawiający zawarł również w SIWZ pkt. 10.7: „Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, składa jednolite dokumenty dotyczące także tych podmiotów.

*Zgodnie z informacją zawartą w JEDZ, o ile ma to znaczenie dla określonych zdolności, na których polega wykonawca, należy dołączyć – dla każdego z podmiotów, których to dotyczy – informacje wymagane w części IV JEDZ.*

*Oświadczenia podmiotów udostępniających potencjał składane na formularzu JEDZ powinny mieć formę dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdy z tych podmiotów w zakresie w jakim potwierdzają okoliczności, o których mowa w treści art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Należy je przesłać w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z zasadami określonymi w pkt 12 IDW.”*

Mając na uwadze powyższe dziwi fakt braku wezwania Wykonawcy ECMG GmbH do złożenia formularza JEDZ podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Zamawiający odstępując od wezwania Wykonawcy do uzupełnienia w/w oświadczenia pozbawił się możliwości weryfikacji braku istnienia wobec tego podmiotu podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia przez ten podmiot spełniania warunków udziału w postępowaniu – w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby Wykonawca ECMG GmbH.

Zamawiający w dniu 03.08.2020 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej: eB2B) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 06.08.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) MGGP S. A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.



W dniu 06.08.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum Ayesa zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 13.08.2020 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym.

*Odnosnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa i Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege, pomimo że treść w/w ofert jest sprzeczna z treścią SIWZ.*

W zakresie Konsorcjum Ayesa:

W ocenie Odwołującego kwota 750,00 zł miesięcznie (netto) za udostępnienie środka transportu Zamawiającemu w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia ostatniego Świadczenia Płatności nie może obejmować całkowitego kosztu wykonania danej pozycji stąd w ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum Ayesa jest niezgodna z treścią SIWZ. Tak postawiony wniosek przez Odwołującego jest błędny i nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z pkt. 2.4. Opisu Przedmiotu Zamówienia - „Środki transportu i łączności”: *„Konsultant użyczy Zamawiającemu, 1 sztukę środków transportu do wyłącznej całodobowej dyspozycji Zamawiającego na czas określony poniżej:*

*1. samochód typu SUV- 14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności. Konsultant zapewni Zamawiającemu ciągłość w korzystaniu ze środków transportu. W przypadku ujawnienia wady lub awarii Konsultant zapewni pojazd zastępczy w ciągu 24 godzin od zgłoszenia. Samochód zastępczy ma spełniać wymagania techniczne jak samochód podstawowy. Środek transportu dla Zamawiającego będzie spełniać niżej wymienione warunki: 1. Parametry i wyposażenie pojazdu nie będą gorsze niż określone w poniższej tabeli:*

<b>Lp.</b>	<b>Wyposażenie i parametry</b>	<b>Samochód SUV, 5drzwiowy</b>
1	<i>Napęd 4x4 (stały lub dołączany)</i>	+
2	<i>Układ stabilizacji toru jazdy (ESP)</i>	+
3	<i>System zapobiegający blokowaniu się kół podczas hamowania (ABS)</i>	+

4	Lusterka zewnętrzne boczne podgrzewane sterowane elektrycznie	+
5	Minimum 2 poduszki powietrzne	+
6	Klimatyzacja	+
7	Radio	+
8	Komplet podłogowych dywaników gumowych	+
9	Komplet opon zimowych, Komplet opon letnich	+
10	Wspomaganie układu kierowniczego	+
11	Regulowana kolumna kierownicy	+
12	Zestaw głośnomówiący	+
13	Lampa błyskowa pomarańczowa na magnes z przedłużaczem (kogut)	+
14	Polskie świadectwo homologacji	+
15	Nie dopuszcza się samochodów z homologacją ciężarową (tzw. Kratka)	+

Wymaga się aby użyczony samochód posiadał ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, NNW i Assistance. Wymagane jest aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyczonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy w miesiącu (dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), sprzątnięcia wnętrza samochodu raz w miesiącu, abonament na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Zielonej Górze.

Wymaga się aby Konsultant zapewnił samochód zastępczy na czas naprawy i przeglądu. Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.4 oraz 4.4 Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio sześć tysięcy kilometrów na miesiąc (średnio trzy tysiące kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych wskazanych powyżej. Zamawiający wskazał, że nigdzie nie wskazał czym ma być napędzany użyczony samochód pozostawiając tym samym wybór przyszłemu Wykonawcy. Poniżej Zamawiający przedstawił przykładową kalkulację ceny środka transportu z uwzględnieniem wszystkich wymagań określonych w Opisie przedmiotu zamówienia przy założeniu limitu 3tys km/m-c.

<b>Z oferty Wykonawcy</b> 4.4 Środek transportu Zamawiającego	<b>750,00 zł netto / m-c + VAT = 922,50 zł brutto</b>	<b>Najkorzystniejszy koszt / m-c rozliczeniowy [zł] brutto</b>
koszt płynów, materiałów eksploatacyjnych, Paliwo: Gaz (1,97 zł/l śr spalanie 110% z 61/1 OOkm) Benzyna/Diesel (4,3zł/l śr sp. 61/100 km) Elektryk (1kWh od 0,55zł do 2,20 zł) zużycie ok. 20 kWh/100km Hybryda (śr sp. 4,01/1 OOkm) Hybryda z gazem (śr sp. 5,01/1 OOkm) Płyn do spryskiwaczy MAMMOOTH MMT D001 000 2,0 zł/ 5l raz na kw. 5L ok 8zł/12 = 0,67 zł Koszt wymiany oleju na 15 kkm czyli co śr. 5 m-cv (2,4/rok) olej silnikowy CASTROL GTX 5W30 RN17 5L - 148,83 zł/szt MOBIL M-SUP 2000 X1 5W30 5L - 106,32 zł/szt CASTROL Edge Titanium FST Turbo Diesel 5W40, 5 L /https://intercars.pl/- 159,16 zł/szt na rok (2 4x106.32=255 17/12= 21 26zł/m-c1 lub 1/rok przy longlife 135.81 zł/12 = 11.32zł/mc koszt parkowania w SPP Zielona Góra (3000/r=250 zł/mc)	390 zł 774 zł 330-1320 zł 516 zł 296 0,70	390,00 0,70 zł 11,32 250,00
koszt bieżących napraw, przeglądów technicznych, przegląd gazowy 162 zł/ przy założeniu 1 przegląd na rok 162/12=13,50 bieżące naprawy przyjęto ok 40zł/mc		13,50 40,00
koszt sezonowej wymiany opon, przechowywania opon, przy założeniu opon wielosezonowych - koszt znika	0,00	0,00
koszt przedłużania ubezpieczenia, (Unią) od 1512 zł/r/12 = 126,00 /https://rankomat.pl/ zł/m-c		126
koszt mycia samochodu dwa razy w miesiącu przy założeniu 2/mc = 30 zł		30
koszt sprzątnięcia wnętrza samochodu raz w miesiącu,		30
Co razem daje sumę :		891,52 zł/mc brutto

Do wyliczenia przyjęto auto napędzane gazem LPG i z powyższego wyliczenia jednoznacznie wynika, że cena przyjęta przez Wykonawcę Konsorcjum Ayesa jest jak najbardziej realna i obejmuje całkowity koszt w zakresie wymagań Zamawiającego dotyczących środków transportu. Zamawiający rzetelnie przeanalizował zaistniały w sprawie stan faktyczny pod kątem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny i pozycja 4.4 nie budziła wątpliwości Zamawiającego.

Ceny płynów eksploatacyjnych przyjęto na podstawie sklepu internetowego [www.intercars.pl](http://www.intercars.pl) Koszty ubezpieczenia na podstawie [www.rankomat.pl](http://www.rankomat.pl)

Koszt wymiany płynów ujęto w bieżących naprawach. Zamawiający dla przykładu wskazuje, iż na podstawie danych uzyskanych z Wydziału Administracji (GDDKiA Oddział w Zielonej Górze), który zarządza flotą samochodową, koszty napraw bieżących dla

samochodu typu SUV KIA Sportage użytkowanego w GDDKiA O/ZG wynoszą 1 767,31 zł na 4 lata co daje kwotę 36,82 zł/mc.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że cena z poz. 4.4. Formularza cenowego w ofercie Konsorcjum Ayesa nie zawiera wszystkich elementów wymaganych w SIWZ. W istocie rozważenia wymaga przede wszystkim podniesiony przez Odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny, którą rzekomo ma być zaoferowana przez wykonawcę cena jednostkowe za udostępnienie środka transportu Zamawiającemu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia ostatniego Świadectwa Płatności. Zdaniem zamawiającego w tym zakresie nie popełniono żadnych uchybień, bowiem nie doszło do spełnienia przesłanek określonych w art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Cena oferty Konsorcjum Ayesa przekracza budżet Zamawiającego, cena nie jest również niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, również poz. 4.4. Formularza cenowego oferty Konsorcjum Ayesa nie budzi wątpliwości Zamawiającego, co więcej pozycja 4.4 stanowi 0,17% ceny oferty Konsorcjum Ayesa a zatem jest to pozycja poboczna. Natomiast jak wskazano w wyroku Izby z 17.09.2017 r. w sprawie KIO 1805/17 w zakresie istotnych części zamówienia ważne jest aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego przy tak znikomym udziale poz. 4.4. w całości przedmiotu zamówienia uznać można, że ta część nie ma istotnego znaczenia dla wyceny. Nie samo wyodrębnienie części zamówienia ma tu znaczenie, a jego wpływ na wycenę całości zamówienia. W ocenie Zamawiającego wskazana pozycja nie może zaważyć na wykonaniu całego zamówienia i według Zamawiającego nie występują tu wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

#### W zakresie Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege:

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje szerokie omówienie w doktrynie oraz w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Analiza orzecznictwa pozwala stwierdzić, że odrzucenie oferty wykonawcy nastąpi w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie, z zakresem zobowiązania, którego jednostka zamawiająca oczekuje - zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania. Innymi słowy, aby doszło do wypełnienia hipotezy 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi dojść do niezgodności w sferze merytorycznego zobowiązania określonego w SIWZ z tym, co w swojej ofercie zaoferował wykonawca. Jako reprezentatywne dla ogółu orzecznictwa można przywołać stanowisko SO w Łodzi wyrażone w wyroku z 22.05.2017 r., sygn. akt III Ca 452/17:

*„Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna”.* Ponadto, jak trafnie wskazał SO w Katowicach w wyroku z 13.02.2017 r., sygn. akt IX Ga 3/17: *„przypadek opisany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp zachodzi wówczas, gdy pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans uzasadniający twierdzenie, że wykonawca zaferował świadczenie inne, niż opisane w SIWZ, co stwarza zagrożenie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego”.*

Zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, na kanwie 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wymaga jednoznacznego wykazania na czym zarzucana niezgodność oferty polega - poprzez klarowne wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż wskazane przez Odwołującego zapisy SIWZ nie stoją w sprzeczności z ofertami Konsorcjum Promost i Wykonawcy Safege w zakresie wyceny kosztów administracyjnych przeznaczonych na Personel biurowy i Personel pomocniczy.

Odwołujący wskazał, że ceny jednostkowe personelu pomocniczego w ofercie Konsorcjum Promost oraz ceny personelu biurowego i personelu pomocniczego w ofercie Wykonawcy Safege w okresie od wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia nie obejmują całkowitego kosztu wykonania danej pozycji stąd w ocenie Odwołującego oferty ww. Wykonawców są niezgodne z treścią SIWZ. Powyższy zarzut jest w opinii Zamawiającego chybiony. Odwołujący nie wziął pod uwagę faktu, iż w 8 godzinnym czasie pracy osoby wchodzące w skład personelu biurowego i personelu pomocniczego mogą obsługiwać więcej niż 1 kontrakt. Zakładając, że osoby wchodzące w skład personelu biurowego i personelu pomocniczego obsługują w 8 godzinnym czasie pracy kilka kontraktów, należy przyjąć że ww. personel otrzyma co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę.

Zgodnie z § 11 ust. 13 Umowy, Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz Inni Eksperti zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy (z wyłączeniem Innych Ekspertów, których planowany czas pracy określony w zatwierdzonym HPPK,

w danym miesiącu kalendarzowym, nie przekroczy 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) w okresie trwania Umowy nie będą podejmowały czynności kolidujących lub uniemożliwiających wykonywanie obowiązków w ramach Umowy chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę. Zamawiający nie wyrazi zgody, o której mowa w niniejszym ust., jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar spowoduje wystąpienie konfliktu interesów. Zgodnie z § 1 Umowy - Definicje, przez Eksperta Kluczowego (Personel Kluczowy) należy rozumieć eksperta wymienionego w Formularzu cenowym w dziale „Eksperti Kluczowi”, z kolei „Inny Ekspert” oznacza eksperta innego niż Ekspert Kluczowy. Personel biurowy i pomocniczy został zdefiniowany jako personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji Umowy, zapewniający działanie Biura Konsultanta w pełnym zakresie opisanym w Umowie i Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Zatem jak wynika z § 11 ust. 13 Umowy, jedynie Personel Kluczowy oraz Inni Eksperti nie mogą podejmować innych zajęć zarobkowych, chyba że Zamawiający wyrazi na to zgodę. Takie ograniczenie nie zostało zastosowane wobec personelu biurowego i personelu pomocniczego, zatem nic nie stoi na przeszkodzie aby osoby wchodzące w skład ww. personelu podejmowały w okresie trwania umowy na nadzór, inne zajęcia zarobkowe a co za tym idzie uzyskiwały za swoją pracę wynagrodzenie. W świetle powyższego, nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, iż oferty Konsorcjum Promost i Wykonawcy Safege są niezgodne z treścią SIWZ.

*Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa i Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege, pomimo że w/w oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 90 ust. 1-3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ayesa i Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege do złożenia wyjaśnień, pomimo że istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie do przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.*

Procedura wyjaśniania poziomu ceny w przypadku zaistnienia podejrzenia, że może być ona ceną rażąco niską została opisana w przepisach art. 90 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, Zamawiający w każdym przypadku kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (czyli wartości tego zamówienia) i poweźmie wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego - lub wynikające z odrębnych przepisów - wymagania, zobowiązany jest o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Ww. przepis wyraża zasadę, że podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, jest stosunek ceny oferty lub kosztu lub ich istotnych części składowych do przedmiotu

zamówienia (inaczej jego wartości). Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia). Zamawiający uzyskał również uprawnienie do zwrócenia się o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania (np. istotnej zmiany cen rynkowych). Zamawiający wskazał, że w przedmiotowej sprawie żadna z powyższych okoliczności nie miała miejsca, zatem Zamawiający nie miał podstaw do wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że cena wszystkich ofert przekraczała kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Również cena żadnej z ofert nie była niższa o co najmniej 30% od średniej ceny oferty. Cena żadnej z ofert nie budziła wątpliwości Zamawiającego, również żadna pozycja nie budziła wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 90 ust. 1-3 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ayesa i Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege do złożenia wyjaśnień, pomimo że istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie do przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że chodzi o: - poz. 4.4 „Środek transportu Zamawiającego” w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności (Konsorcjum Ayesa), - poz. 1.5 oraz 1.6 „Personel biurowy” i „Personel pomocniczy” w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia (Konsorcjum Promost oraz Wykonawca Safege). Z powyższym nie zgadza się Zamawiający, gdyż obowiązek żądania od Wykonawcy wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych zaistniałby gdyby cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawiała wrażenie rażąco niskiej, natomiast taka sytuacja nie miała w przedmiotowej sprawie miejsca. Poz. 4.4. „Środek transportu Zamawiającego” ma wartość 11 250,00 co stanowi 0,17% ceny oferty Ayesa, zatem pozycja ta nie jest pozycją istotną, znaczącą, cenotwórczą. Poz. 1.6. Personel pomocniczy ma wartość 130 200,00 co stanowi 1,89% ceny oferty Konsorcjum Promost, zatem pozycja ta nie jest pozycją istotną, znaczącą, cenotwórczą. Poz. 1.5. Personel biurowy ma wartość 168 000,00 zł co stanowi 2,43% ceny oferty Wykonawcy Safege, zatem pozycja ta nie jest pozycją istotną, znaczącą, cenotwórczą. Poz. 1.6. Personel pomocniczy ma wartość 126 000,00 zł co stanowi 1,82% ceny oferty Wykonawcy Safege, zatem pozycja ta nie jest pozycją istotną, znaczącą, cenotwórczą.

Oferta z rażąco niską ceną, kosztem lub częścią składową podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Nie można jednak odrzucić z tego powodu oferty bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. I w tym właśnie sensie należy traktować obligatoryjność tego postępowania: każde odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 musi być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym. W przedmiotowej sprawie nie istniały przesłanki do wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tym samym nie mogło dojść do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż ofertę można odrzucić na ww. podstawie jedynie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego. W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny uznaje się, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazuje się, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. W przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał weryfikacji czy cena wykonawcy Konsorcjum Ayesa oraz Konsorcjum Promost i Wykonawcy Safege została skalkulowana rzetelnie, czy posiada charakter ekwiwalentny poprzez pryzmat warunków przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, wartości zamówienia oraz uwarunkowań danego rynku, z uwzględnieniem cen konkurencji i nie miał wątpliwości, że ceny są realne i wiarygodne.

*Naruszenie art. 26 ust. 3 poprzez zaniechania wezwania ECM GmbH do uzupełnienia formularza JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby.* Powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający przewidział w SIWZ (pkt. 9.6. Instrukcji dla Wykonawców) oraz w ogłoszeniu (pkt. VI.3.11) możliwość skorzystania z tzw. procedury odwróconej. Zgodnie z art. 24aa ust.1 Pzp, Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17.01.2017r., sygn. akt: KIO 44/17, zgodnie z treścią art. 24aa Pzp Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26



lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji. Procedura ta polega zatem na tym, że Zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie JEDZ. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp. W świetle powyższego zarzut Odwoływającego jest bezzasadny.

W świetle powyższego, z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych powyżej nie mogło dojść tym samym do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwoływający ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwoływający, którego oferta uplasowała się na piątej pozycji w rankingu złożonych ofert /procedura odwrócona/, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia. Jednocześnie, Izba podkreśla odnośnie legitymacji procesowej Odwoływającego, że z uwagi na procedurę odwróconą Odwoływający mógł ograniczyć się jedynie do zakwestionowania Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Następnie, w wypadku skutecznego podważenia, zakwestionowania kolejnego, aż do osiągnięcia oczekiwanego rezultatu. Nie miał obowiązku zakwestionowania w procedurze odwróconej ofert Wykonawców poprzedzających jego pozycję. Przy czym, w tym wypadku tak zrobił, co tym bardziej czyni argumentację Przystępującego z jego pisma procesowego złożonego na posiedzeniu bezzasadną. Podobnie w wyroku KIO z 10.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2446/18: „(...) Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż Odwoływający

*nie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na miejscu trzecim. Z uwagi na zastosowanie procedury odwróconej przez Zamawiającego wykonawca będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert, Odwołujący miałby szansę podnoszenia zarzutów wobec wyłonionego wykonawcy. Następnie w wyniku ich potwierdzenia, czyli w przypadku kolejnego badania i oceny ofert przez Zamawiającego, miałby możliwość uzyskania zamówienia, gdyby to jego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Co istotne nie ma znaczenia, że Odwołujący w celu uzyskania zamówienia musiałby złożyć kilka odwołań. W ocenie Izby bez względu na to ile razy Odwołujący musiałby złożyć odwołanie (co jest jego niekwestionowanym uprawnieniem) w dalszym ciągu posiada realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby, w przypadku procedury odwróconej interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert. (...).”*

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej. Poza tym, ofert wszystkich Wykonawców, których oferty zostały objęte odwołaniem przez Odwołującego, jak i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (przesłana 21.07.2020 r.).

W poczet materiału dowodowego zostały zaliczone także dołączone do odwołania przez Odwołującego:

- Wyciąg z wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Konsorcjum Ayesa z postępowania pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa autostrady A1 koniec obw. Częstochowy – Tuszyn, odcinek E gr. Woj. Łódzkiego – węzeł Rząsawa (bez węzła)”.

Izba dopuściła jako dowód dołączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego załączniki:

- Porównanie cen ofert do średniej ceny ofert i kwoty przeznaczonej na realizację zadania określonej przez Zamawiającego.

Izba dopuściła jako dowód dołączone do pisma procesowego Przystępującego złożonego na posiedzeniu załączniki:

- 1) Tabela kalkulacji kosztów paliwa przygotowana przez pracownika Przystępującego /w treści pisma/,
- 2) oferta Sprzedaży Samochodu Dacia Duster – oferta PBI S. W.,

- 3) wyciąg z wykazem cen paliw i gazu LPG na stacjach Żarach, Żaganiu i w okolicach,
- 4) rozliczenie wydatków w cyklu rocznym,
- 5) oferta ubezpieczenia TU Benefia,
- 6) cennik myjni stacja Shell,
- 7) kopia oferty serwisowej pojazdów,
- 8) oferta na płyn do spryskiwaczy.

Dodatkowo, Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) Pełniejszy wyciąg z wyjaśnień z 17.01.2018 r. dotyczących rażąco niskiej ceny Konsorcjum Ayesa z postępowania pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „*Budowa autostrady A1 koniec obw. Częstochowy – Tuszyn, odcinek E gr. Woj. Łódzkiego – węzeł Rząsawa (bez węzła)*”,
- 2) zestawienie kosztów za środek transportu dla Zamawiającego, przedstawione przez konsorcjum Ayesa w trzech (ostatecznie dwóch) prowadzonych aktualnie równolegle postępowaniach wraz z formularzem cenowym z tych postępowań oraz OPZ,
- 3) wezwania do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej - pismo z 2018 r. oddziału w Katowicach oraz pismo z 2020 r. oddziału w Warszawie.

Dodatkowo, Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożony przez Przystępującego na rozprawie:

- ewidencji przebiegu pojazdu, tzw. „Kilometrówkę”, które przedstawił stronom oraz Izbie - za miesiąc maj oraz czerwiec 2020, dotyczy budowy autostrady A18.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. względem niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Ayesa jako oferty najkorzystniejszej,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa i Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege, pomimo że treść w/w ofert jest sprzeczna z treścią SIWZ,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa i Konsorcjum Promost oraz Safege, pomimo iż w/w oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2)

4. art. 90 ust. 1 - 3 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ayesa i Konsorcjum Promost oraz Safege do złożenia wyjaśnień, pomimo że istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwość co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego (zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2)

5. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania ECMG GmbH do uzupełnienia formularza JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby,

6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Pzp).

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania w szczególności w zakresie przywołanych tam postanowień SIWZ (tomu III OPZ pkt 2 ppkt 2.1 „Personel Konsultanta” oraz ppkt 2.4 „Środek transportu i łączności – razem w tabelą „Wyposażenie i parametry”) (tomu II Umowa - § 13 „Ogólne obowiązki Konsultanta ust. 4 do 6) oraz treści ofert Wykonawców (formularza cenowego poz. 1.4 oraz 4.4, 1.5 i 1.6 oraz 4.5 i 4.6, jak i uwag pod formularzem cenowym, tudzież formularza JEDZ Wykonawcy ECMG GmbH Części II C oraz instrukcji umieszczonej poniżej w Części II C), jak i odpowiedzi na odwołanie w szczególności w zakresie przywołanych tam postanowień SIWZ (tom II Umowa - § 1 definicje oraz § 11 ust. 13) oraz pisma procesowego Przystępującego.

Nadto, w tomie I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami stwierdza się w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego - pkt 5.4 SIWZ: *„Wymagania zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia zostały określone w dalszej części SIWZ.*

*Powyższe wymagania określają w szczególności:*

- a) sposób dokumentowania zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę,*
- b) uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez Wykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań,*

*c) rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.”*

Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego oraz ich braku, czyli zaniechań. Ich ocena był odmienna między stronami.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu drugiego względem Konsorcjum Ayesa, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

Brak jest podstaw do uznania, że Konsorcjum Ayesa nie ujęło w zaoferowanej cenie za środek transportu dla Zamawiającego po wystawieniu Świadectwa Przejęcia wszystkich składników (kosztów) oczekiwanych przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ przywołanymi w odwołaniu przez Odwołującego.

W ocenie Izby, rozprawa i przedstawione wyliczenia, tak przez Zamawiającego, jak i Przystępującego mogą co najwyżej stanowić asumpt do rozważenia, czy zasadne byłoby wezwanie Przystępującego w zakresie tej pozycji, co do wyjaśnienia odnośnie ceny rażąco niskiej w kontekście istotności tego elementu jako części składowej zaoferowanej ceny. Odwołujący bowiem nie kwestionował w odwołaniu walorów technicznych (wyposażenia i parametrów) zaoferowanego pojazdu. Sporny był jedynie koszt, za który wyceniono poszczególne składniki (Odwołujący w swoim odwołaniu bazował na informacjach przedstawionych w wyjaśnieniach w tym zakresie, tj. środka transportu dla Zamawiającego z 2018r.). Odwołujący podczas rozprawy podkreślał sprzeczności w wyliczeniach Zamawiającego i Przystępującego, jednakże Izba podkreśla, że wyliczenia te miały jedynie na celu wykazać możliwość ujęcia w wycenie, tj. podanej kwocie 750 PLN, wymaganych składników kosztowych, a w odniesieniu do Zamawiającego miały także charakter przykładowy. Nie chodziło w niej o wyjaśnienie, czy też wykazywanie charakteru zaoferowanej ceny jako nie będącej ceną rażąco niską.

Podczas rozprawy Odwołujący, niejako w odpowiedzi na przedstawione wyliczenia zakwestionował pewne elementy tych wyliczeń podkreślając m.in. konieczność zachowania walorów określonych w zestawieniu tabelarycznym (wyposażenie i parametry) Zamawiającego w OPZ, jednakże pominął fakt, że jest tam zastrzeżenie: „nie gorsze niż”.

W ocenie Izby, opony wielosezonowe niewątpliwie są: „nie gorsze niż”. Nadto, niewątpliwie brak jest podstaw do uznania, że nie zostaną zakupione w okresie przed wydaniem Świadczenia Przejęcia, czyli w okresie nie objętym przedmiotem sporu, co będzie skutkowało brakiem konieczności ich sezonowej wymiany w okresie letnim lub zimowym. Odnosnie kwestii możliwości użycia pojazdu napędzanego gazem (LPG), Izba uznaje za okoliczność notoryjną, dopuszczenie przez Zamawiającego takiej możliwości, chociażby z uwagi na określenie: „nie gorszą niż”. Jednocześnie, w ocenie Izby, Przystępujący złożonym na rozprawie dowodem, tj. „kilometrówką” /ewidencji przebiegu pojazdu/ udowodnił, że chodzi w jego przypadku o cenę netto, a nie brutto (spełniała wszystkie wymagania na jakie wskazywał Odwołujący na rozprawie), z uwagi na możliwość odliczenia stawki podatku VAT z tego tytułu – dotyczy ceny za 1 L LPG oraz ceny benzyny przy rozruchu samochodu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego Konsorcjum Ayesa, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

Izba zgadza się ze stanowiskiem wynikającym z orzecznictwa, że samo odwołanie się do wartości procentowej, w kontekście ustalenia istotnych części składowych ceny oferty bez odniesienia się do innych kryteriów czy okoliczności jest błędne. Należy interpretować istotność części składowej ceny poprzez odniesienie się do istotności części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu.

Podobnie w wyroku KIO z 18.01.2019 r., sygn. akt: KIO 2678/18 Izba uznała, że „opieranie się wyłącznie na językowej wykładni ww. uregulowania i stosowanie tego rodzaju porównania w celu ustalenia istotnych części składowych ceny (kosztu) oferty, bez odwołania się do innych kryteriów czy okoliczności, jest błędne. Wynika to z tego, że im bardziej dana część składowa ceny oferty jest zaniżona, tym mniejszy jest jej udział procentowy w całkowitej cenie oferty. Tym samym pojęcie „istotności” części składowej ceny lub kosztu należy interpretować również poprzez odniesienie się do „istotności” części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu.

Jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona”. W innym orzeczeniu – wyrok KIO z 08.04.2019 r., sygn. akt: KIO 468/19 Izba uznała, że: „samo wyodrębnienie ceny w formularzu ofertowym nie może przesądzać o istotności tej części składowej. Istotna część składowa ceny to między innymi taka, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki generuje koszty po stronie wykonawcy.”.

Zgodnie, zaś z wyrokiem KIO 02.11.2017 r., sygn. akt 2155/17: „(...) Nie jest bowiem dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składających się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. To, że Zamawiający (jeśli poweźmie wątpliwość) ma prawo wyjaśniać istotne elementy składowe ceny, nie oznacza że ceny jednostkowe są podstawą odrzucenia całej oferty, jako rażąco niskiej, jeśli ich wysokość nie wpływa na całościową cenę oferty, w kontekście rażąco niskiej ceny. Przesłanka rażąco niskiej ceny musi zostać wypełniona w stosunku do ostatecznej, całościowej ceny oferty”.

W przedmiotowych okolicznościach sprawy, to po pierwsze nie było obligu do wezwania wynikającego z Pzp, po drugie mimo, iż Izba nie przeczy, że w przywołanych na rozprawie orzeczeniach (KIO 2039/17, KIO 2717/17 oraz KIO 266/18) koszt środka transportu Zamawiającego był przedmiotem wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, to były tam odmienne okoliczności. W tych sprawach bowiem nie tylko wezwanie wynikało z obligu wskazanego przepisem, ale samo wezwanie nie ograniczało się jedynie do tej jednej pozycji formularza cenowego, tj. środka transportu dla Zamawiającego. Wyjaśnieniu podlegało kilka pozycji formularza cenowego wobec danego Wykonawcy, a nie jedna, do tego wyjaśnieniu podlegał koszt środka transportu dla Zamawiającego podczas całej realizacji, z uwagi na kompleksowy charakter wezwania. W okolicznościach przedmiotowej sprawy chodzi natomiast tylko o koszt środka transportu dla Zamawiającego po wystawieniu Świadectwa Przejęcia. Nadto, chodziło w tych sprawach (KIO 2039/17, KIO 2717/17 oraz KIO 266/18) niejednokrotnie o przerzucenie kosztów między różnymi pozycjami, co było niedopuszczalne. Podobnie wynika z wezwań (dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego – z 2018 i 2020 r.). Izba wskazuje, że te wezwania były kompleksowe i nie ograniczały się jedynie do jednej pozycji formularza cenowego, w rezultacie ich adekwatność do przedstawionej pozycji jest pozorna.

W niniejszej bowiem sytuacji Izba musi rozważyć na ile składnik formularza cenowego, tj. koszt środka transportu dla Zamawiającego po wystawieniu Świadectwa Przejęcia jest istotny względem przedmiotu zamówienia. Naturalnie kwestia regulacji i jego rozmiaru w OPZ może stanowić pewien wyznacznik, ale jest ona wspólna do etapu przed i po wystawieniu Świadectwa Przejęcia z pewnymi różnicami. Izba wskazuje, że Świadectwo Przejęcia stanowi potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych i nie zmienia tego faktu wskazanie wad do usunięcia. Dopuszczalność przedłożenia przez wykonawców Świadectw Przejęć jako dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót została potwierdzona wyrokami KIO, m.in. wyrok KIO z 11.05.2011 r. sygn. akt: KIO 902/11, wyrok z 27.07.2011 r. sygn. akt: KIO 1507/11 oraz wyrok KIO z 24.05.2016 r. sygn. akt: KIO

782/16. Przy czym zgodnie ze stanowiskiem KIO w przypadku przedstawienia Świadectwa przejęcia, nie ma obowiązku przedkładania dowodów usunięcia usterek. Wskazuje się na cechy Świadectwa Przejęcia tj. umożliwienie przejęcie przedmiotu odbioru w posiadanie i jego używanie przez inwestora, zgodnie z założonym celem, przekazanie dokumentacji powykonawczej, pozytywne ukończenie prób, wymagalność roszczenia o wynagrodzenie, rozpoczęcie okresu zgłaszania wad, świadczą o jego podobieństwie do protokołu odbioru. Należy także podnieść za orzecznictwem sądów powszechnych, że nie ma realizacji robót budowlanych bezusterkowych. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 24.02.2012 r., sygn. akt: V Ca 198/12 stwierdza się, że konieczność odbioru „bezusterkowego” jest przesłanką nie przewidzianą w k.c. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 06.09.2016 r., V Ca 936/15 stwierdza się, że art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane odwołuje się do „odbioru robót” a nie „bezusterkowego odbioru robót”. Nawet jeśli strony w umowie postanowią inaczej, wykonawca może skutecznie domagać się wynagrodzenia, kiedy w protokole odbioru stwierdzono, że roboty dotknięte są usterkami. (za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24.05.2016 r., sygn. akt: I ACa 1094/15). Tak też w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 12.10.2016 r., sygn. akt: I ACa 138/16, czy też w wyroku Sądu Najwyższego z 22.06.2007 r., sygn. akt: V CSK 99/07. Odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa będzie, jeżeli prace zostaną wykonane niezgodnie z projektem lub zasadami wiedzy technicznej, ewentualnie wystąpią wady na tyle istotne, że przedmiot umowy nie będzie się nadawał do użytkowania (za wyrokiem Sądu Najwyższego z 07.03.2013 r., sygn. akt: II CSK 476.12).

W rezultacie Izba uznała, że przed wystawieniem Świadectwa Przejęcia, albo podczas realizacji całego kontraktu koszt środka transportu dla Zamawiającego stanowi istotną część składową ceny, ale jak w tym wypadku – ten sam koszt tylko po wystawieniu ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia ostatecznego Świadectwa Płatności (po usunięciu wszystkich wad i niedociągnięć) nie może być za taki uznany. Na marginesie, Izba podnosi że z dowodu, tj. „kilometrówka” złożonej przez Przystępującego, wynikało, że dotyczy ona raczej okresu budowy, a nie okresu końcowego po wystawieniu Świadectwa Przejęcia.

Skoro więc zarzut czwarty zaniechania wezwania do wyjaśnień Konsorcjum Ayesa do złożenia wyjaśnień, pomimo że istotna część składowa ceny wydają się rażąco niskie do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwość co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego jest chybiony, to w konsekwencji zarzutem niezasadnym jest także zarzut trzeci względem Konsorcjum Ayesa zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa, pomimo iż w/w oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż każdorazowo nie można odrzucić



ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Z uwagi na nie potwierdzenie się zarzutów względem Konsorcjum Ayesa, Izba uznała, jako konsekwencje tego stanu rzeczy, za podlegający oddaleniu także zarzut pierwszy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego względem Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege, Izba uznała, że podlegają one uwzględnieniu.

Izba przeanalizowała argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie i uznała, że w świetle postanowień umowy jest ona błędna. W odróżnieniu bowiem od definicji Eksperta Kluczowego znajdującego § 1 umowy, która wprost odnosi się do ekspertów wymienionych w formularzu cenowym w dziale „Eksperci Kluczowi”, to definicja „Innego Eksperta” nie odwołuje się wcale do formularza cenowego i jego działu takiego, czy innego. Wynika więc z tego, że ma charakter szeroki – „ekspert inny niż Ekspert Kluczowy”, czyli każdy inny. Nadto na str. 3 umowy także w § 1 /definicje/ znajduje się definicja Personelu biurowego i pomocniczego, gdzie stwierdza się, iż to personel, skierowany przez Konsultanta do realizacji umowy, z kolei Personel Konsultanta, to Eksperci Kluczowi i Inni Eksperci skierowani przez Konsultanta do realizacji umowy. Inaczej mówiąc wynika, z tego, że Personel biurowy i pomocniczy jako skierowany przez Konsultanta do realizacji umowy także mieści się w Innych Ekspertach.

W konsekwencji, ograniczenia z § 11 ust. 13 umowy, dotyczą także Personelu biurowego i pomocniczego, tzn. muszą osoby z tego personelu pracować na potrzeby danego kontraktu. Do tego na pełny etat i być zatrudnione na umowę o pracę (§ 13 ust. 4-5 umowy). W orzeczeniach przywołanych przez Odwołującego na rozprawie (KIO 2039/17, KIO 2717/17 oraz KIO 266/18) wynikało, że Zamawiający także oczekiwał do Personelu biurowego i pomocniczego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na pełny etat, każdorazowo bowiem przedmiotem sporu było, czy ujęte wynagrodzenie minimalne, czasem nawet w kontekście kosztów urlopu, czy zastępstwa. Dodatkowo przemawia przeciw argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie to, że biuro nie może być w odległości 10 km od terenu budowy, tak też było w orzeczeniach przywołanych przez Odwołującego na rozprawie.

W efekcie koszt personelu pomocniczego w ofercie - Konsorcjum Promost oraz koszty personelu biurowego i personelu pomocniczego w ofercie - Wykonawcy Safege zostały wskazane z naruszeniem przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10

września 2019 roku (Dz.U. z 2019 r., poz. 1778) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., czyli niezgodnie z pkt 5.4 SIWZ (tom I w kontekście obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę), który odsyła do dalszych części SIWZ, czyli niezgodnie z § 13 ust. 4-5 umowy (Tom II Istotne postanowienia Umowy – obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na pełny etat). Inaczej mówiąc w zakresie wyceny kosztów administracyjnych przeznaczonych na personel biurowy i pomocniczy. Od 01.01.2020 r. bowiem obowiązującą stawką minimalnego wynagrodzenia za pracę jest kwota 2600 zł, zaś minimalna stawka godzinowa wynosi 17 zł. Tak więc minimalna kwota wynagrodzenia personelu biurowego (2 osoby) oraz personelu pomocniczego (2 osoby) zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu w okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia nie może być niższa niż 5 200 zł dla każdej z pozycji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego i czwartego względem Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege, Izba ich nie rozpatrywała, z uwagi na ich ewentualny charakter. Odwołujący wyraźnie podnosił, że są to zarzuty ewentualne tylko na wypadek nieuwzględnienia zarzutu drugiego, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Stwierdził, że: *„Odwołujący wskazuje, że przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia powyżej (w zakresie Konsorcjum Ayesa, Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege), Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu. (...)”*.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu piątego względem Wykonawcy ECMG GmbH, Izba uznał, że podlega on oddaleniu, z uwagi na jego przedwczesny charakter.

Zarzut de facto dotyczy kwestii weryfikacji podmiotowej Wykonawcy ECMG GmbH, który aktualnie plasuje się na czwartej pozycji w rankingu złożonych ofert z 21.07.2020 r. W kontekście tego zarzutu istotna jest okoliczność, że postępowanie jest prowadzone w procedurze odwróconej. W tej procedurze Zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert w zakresie przedmiotowym, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w rankingu ofert, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Czynność oceny ofert w rozumieniu procedury odwróconej oznacza, że bada się je pod kątem kryteriów oceny ofert, warstwy przedmiotowej oferty, zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, rażąco niskiej ceny, czyli przesłanek odrzucenia oferty. Dopiero po ustaleniu rankingu Zamawiający bada ofertę ocenioną najwyżej, czy składający ją wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, podlega

wykluczeniu. Zamawiający co do tych elementów co do zasady nie bada ofert pozostałych wykonawców, nie weryfikuje złożonych przez nich oświadczeń. Procedura odwrócona jest zatem swego rodzaju uproszczeniem etapu badania ofert dla zamawiającego. Od procedury standardowej różni się tylko tym, że pod kątem przesłanek wykluczenia bada się wyłącznie wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, a nie wszystkich oferentów.

Istotę oceny ofert w procedurze zasadniczej i odwróconej trafnie uchwycił Sąd Okręgowy w Koninie w wyroku z 04.04.2017 r., sygn. akt: II Ca 51/17: „(...) *W trybie przetargu nieograniczonego zamawiający może skorzystać z dwóch rodzajów procedury badania i oceny ofert prowadzących do wyboru oferty najkorzystniejszej, procedury zasadniczej albo procedury odwróconej, uregulowanej w art. 24aa ustawy Pzp, której możliwość zastosowania wprowadziła do ustawy Pzp ustawa nowelizująca. Zarówno w ramach procedury zasadniczej, jak i odwróconej, w związku z etapem badania i oceny ofert zamawiający najpierw bada oferty od strony formalnej, ustalając m.in. terminowość złożenia oferty, prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, jeśli żądał jego wniesienia. Następnie, jeśli zamawiający stosuje procedurę zasadniczą, przechodzi do oceny podmiotowej warstwy oferty, w ramach której ustala czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wreszcie dokonuje oceny zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przyznając im odpowiednią punktację w świetle ustanowionych przez siebie kryteriów oceny ofert. Procedura odwrócona różni się od procedury zasadniczej kolejnością przeprowadzonych czynności w ramach etapu badania i oceny oferty, a także zakresem podmiotowym zastosowanych przez zamawiającego czynności.*” Podobnie w wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 22.12.2016 r., sygn. akt: II Ca 1461/16: „*Procedura odwrócona różni się od procedury zasadniczej kolejnością przeprowadzanych czynności w ramach etapu badania i oceny ofert, a także zakresem podmiotowym zastosowanych przez zamawiającego czynności. Stosując procedurę odwróconą zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ramach tej procedury, po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert zamawiający przechodzi do oceny ofert pod kątem wystąpienia przesłanek ich odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat kryteriów oceny ofert i wyłania z nich ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza i dopiero na tym etapie, lecz przed przekazaniem wykonawcom informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonuje oceny podmiotowej (tj. oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania) wykonawcy, którego oferta została oceniona najlepiej.*”

*Różnica między procedurą zasadniczą a procedurą odwróconą sprowadza się zatem do tego, że w ramach tej drugiej zamawiający nie dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania wobec wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w danym postępowaniu. W przeciwieństwie do procedury zasadniczej, zamawiający dokonuje więc oceny podmiotowej pod kątem przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie wobec wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej (por. art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).”* Izba także podzieliła stanowisko wyrażone w przywołanym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyroku KIO z 17.01.2017 r., sygn. akt: KIO 44/17.

Jeżeli więc Zamawiający nie był zobowiązany treścią przepisu do badania warstwy podmiotowej oferty wykonawcy ECMG GmbH pod kątem potwierdzenia przesłanek niepodlegania wykluczeniu, to nie można w takiej sytuacji postawić mu zarzutu zaniechania danej czynności, do wykonania której wykonawca nie był zobowiązany.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Z uwagi na potwierdzenie się zarzutu drugiego względem Konsorcjum Promost oraz Wykonawcy Safege, Izba uznała, jako konsekwencje tego stanu rzeczy, za potwierdzony także zarzut szósty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp. Jednocześnie, Izba uznała, że skuteczne zakwestionowanie przez Odwołującego tylko oferty drugiej i trzeciej w rankingu, a nie pierwszej – może mieć wpływ na wynik postępowania, co skutkowało uwzględnieniem odwołania. Po pierwsze, dlatego, że nie można utrzymać w postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w sensie szerokim nie tylko w kontekście Wykonawcy wybranego, obarczonego niezgodnym z przepisami Pzp zaniechaniem odrzucenia oferty drugiej i trzeciej, w konsekwencji aby niezgodność sanować konieczne jest unieważnienie pierwotnego wyboru. Po drugie, a zarazem najważniejsze mamy tutaj do czynienia z procedura odwróconą. Polega ona na tym, że najpierw ocenia się oferty, co do przesłanek odrzucenia z art. 89 ust. 1 Pzp i zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ (oferta najwyżej oceniona), a dopiero następnie weryfikuje je pod względem przesłanek wykluczenia z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu. Kwestia więc oceny podmiotowej ma miejsce w dalszym kroku i tylko wobec Wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Istotne jest więc prawidłowe zamknięcie etapu badania i oceny merytorycznej wszystkich ofert, aby móc przejść do etapu oceny podmiotowej (swoista etapowość postępowania). Nadto, jest to istotne nie tylko wobec

Wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, ale także dalszych, gdyż z art. 24 aa ust. 2 Pzp wynika, że stanowi regulację szczególną i nie ma zastosowania art. 94 ust. 3 Pzp. W rezultacie, gdy pierwszy uchylił się od zawarcia umowy lub nie wnieśli zabezpieczenia, Zamawiający może jedynie zweryfikować kolejnego pod względem podmiotowym, gdyż brak jest obowiązku dokonywania przez Zamawiającego ponownego badania ofert. Zatem Zamawiający nie dokonuje ponownego przeliczenia punktów, ale opiera się na poprzednim badaniu i pierwotnym rankingu. Tak ważne jest więc odrzucenie wszystkich ofert kwalifikujących się do tego. Dodatkowo, należy uznać, że skoro zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania obliguje do równego traktowania wszystkich Wykonawców i ich ofert, to nie mogą w postępowaniu pozostać oferty innych Wykonawców w stosunku do których ziszcili się przesłanki odrzucenia, skoro oferty części Wykonawców zostały już odrzucone. Generalnie, także dlatego, gdyż zastosowanie lub nie procedury odwróconej może mieć wpływ na ustalenie rankingu ofert, jeżeli odrzucenie oferty danego Wykonawcy powoduje zmianę sposobu przyznania punktacji pozostałym Wykonawcom. Co prawda, w tym stanie faktycznym tak nie jest, to jednak nie zwalnia Izby od konieczności nakazania Zamawiającemu działania zgodnego z przepisami Pzp, skutkującego odrzuceniem oferty drugiej i trzeciej, z racji ziszczenia się przesłanek odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 24. 06.2019 r., sygn. akt: II Ca 928/19: „(...) Procedura odwrócona, jaką zastosował Zamawiający, różni się zatem od procedury klasycznej kolejnością przeprowadzanych czynności w ramach etapu badania i oceny ofert, a także zakresem podmiotowym zastosowanych przez zamawiającego czynności. Niezależnie jednak od zastosowanej przez zamawiającego procedury, rezultatem jego wszystkich czynności na etapie badania i oceny ofert jest wybór najkorzystniejszej oferty. Czynności dokonywane przez zamawiającego oraz uczestników postępowania pozostają ze sobą w ścisłym związku. Na zamawiającym spoczywa kategoriyczny obowiązek ustalenia, czy złożone oferty nie podlegają odrzuceniu, gdyż przepis art. 89 ust. 1 ustawy, którego naruszenie zarzucał Odwołujący przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter normy ius cogens. (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....