

Sygn. akt: KIO 995/18

**WYROK**

**z dnia 5 czerwca 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska

**Protokolant:** Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 czerwca 2018 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 maja 2018 roku** przez wykonawcę **Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**, którego reprezentuje prowadzący postępowanie **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Rzeszowie**

przy udziale wykonawców:

- 1) ZDI Spółka z o.o. z siedzibą w Zamościu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- 2) Promost Consulting Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy - **Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** na rzecz Zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**, którego reprezentuje prowadzący postępowanie **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Rzeszowie** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Rzeszowie**

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

W dniu 21 maja 2018 roku d Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 zwanej dalej „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na <<Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Kontynuacja budowy przy optymalizacji rozwiązań projektowych zadania pn. Rozbudowa drogi krajowej Nr 4 (E - 40) Jędrzychowice - Korczowa wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi ode. Łańcut - Głuchów km 613+767, 30 do 619+589, 86”>> prowadzi **Zamawiający: Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**. Ogłoszenie o zamówieniu: 2017/S 175-358604 opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2017 r. Wartość zamówienia postępowania przekracza kwoty, o których mowa w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 PZP.

Odwołanie wniesiono od czynności następujących czynności Zamawiającego:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Promost Consulting Sp. z o.o. Sp. k. (dalej zwanego także Wykonawcą lub Promost)
2. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Promost pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę i jest niezgodna z postanowieniami SIWZ,
3. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego pomimo faktu, że jest ona najkorzystniejszą z ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wybór oferty Promost jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez 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 zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Promost jako oferty z rażąco niską ceną,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Promost jako oferty niezgodnej z postanowieniami SIWZ,

5. art. 90 ust. 4 Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Promost.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności oceny ofert,
3. odrzucenie oferty wykonawcy Promost,
4. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 11 maja 2018 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej. Tym samym odwołanie zostało złożone w przewidzianym ustawowo terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Wpis od odwołania w prawidłowej wysokości został uiszczony na rachunek UZP.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania wynika z faktu, że jego oferta została sklasyfikowana jako druga i jest najkorzystniejszą z ofert nie podlegających odrzuceniu. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. ZDI sp. z o.o., której oferta uzyskała 58,74 pkt,
2. ZBM Inwestor Zastępczy S.A., którego oferta została odrzucona,
3. Ayesa Polska sp. z o.o., której oferta uzyskała 62,26 pkt,
4. Konsorcjum BAC Engeneering Consultancy Group SL, Eurogeotecnica S.A.U., których oferta została odrzucona, a wykonawca został wykluczony z postępowania,
5. Promost Consulting Sp. z o.o. sp. k. której oferta uzyskała 88,00 pkt.

Odwołujący wskazuje, że oferta złożona przez Promost zawiera rażąco niską cenę. Oferta złożona została na cenę 3.566.703,57 zł, stanowiącą 58,51 % średniej ceny złożonych ofert - 6.095.100.87 zł i niższą od kolejnej oferty, złożonej przez Odwołującego o 40%. Powyższe wskazuje już, że oferta ta zdecydowanie odbiegała od średniej ceny ofert funkcjonujących na rynku.

Zamawiający wezwał spółkę Promost do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a Wykonawca ten w dniu 4 stycznia 2018 r. złożył wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Z przedłożonych dokumentów wynikają niespójności:

a) niewłaściwe wyliczenie kosztów zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego - pozycja 1.3,1.4 oraz 4.3, 4.3 Formularza cenowego

Zamawiający wymagał zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego na podstawie umowy o pracę, co wynikało z §13 ust. 6 wzoru umowy.

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 09.11.2017 r. Na podstawie przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r., minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi w 2018 r. 2 100 zł brutto (Dz. U. 15.09.2017 r.), a zatem minimalną stawkę wynagrodzenia w wysokości 2100 zł brutto winien przyjąć wykonawca do kalkulacji oferty, była ona znana przed terminem składania ofert. Wykonawca składając ofertę w listopadzie 2017 roku doskonale zdawał sobie sprawę, że rozpocznie świadczenie usług dopiero w roku 2018 roku. Z wyjaśnień Promost wynika, że wykonana przez Wykonawcę kalkulacja została wykonana w sposób nieprawidłowy i nie spełnia wymogów SIWZ.

Zatrudnienie 2 osób na umowę o pracę nakłada na Wykonawcę odpowiedzialność oraz dodatkowe zobowiązania - które są zobowiązaniami kosztotwórczymi. Zdaniem Odwołującego koszty te nie zostały uwzględnione w cenie oferty firmy Promost, a następnie nie wykazano ich w złożonych wyjaśnieniach.

Zgodnie z zapisami OPZ pkt. 2.1 Konsultant musi zapewnić dla personelu biurowego oraz personelu pomocniczego dla okresu projektowania oraz wykonania robót budowlanych po minimum 1 osobie zatrudnionych na pełen etat. Natomiast zgodnie z SIWZ TOM II WU, §13 pkt. 6 „Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na umowę o pracę były również osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących personel biurowy oraz personel pomocniczy, tj. czynności biurowe, administracyjne o organizacyjne wskazane w pkt. 2.1 OPZ”.

W wyjaśnieniach wraz z załącznikami Promost zadeklarował następujące koszty ponoszone przy zatrudnianiu pracownika na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem równym minimalnemu - 2 100,00 zł brutto:

Wynagrodzenie pracownika brutto: 2 100,00 PLN

Ubezpieczenie emerytalne (9,76%) 204,96 PLN

Ubezpieczenie rentowe (6,50%) 136,50 PLN

Ubezpieczenie wypadkowe (0,67%) stawka minimalna zadeklarowana przez Wykonawcę  
14,07 PLN

Fundusz Pracy (2,45%) 51,45 PLN

FGŚP (0,10%) 2,10 PLN

Zadeklarowany łączny koszt 2 509,08 PLN

Kalkulacja przedstawiona przez Wykonawcę jest nieprawidłowa i niezgodna z zapisami SIWZ, gdyż nie uwzględnia obowiązkowych kosztów zatrudnienia pracownika na umowę o pracę wynikających z przepisów prawa oraz wymaganych postanowieniami SIWZ.

Elementy nie ujęte w kalkulacji Promost:

1. składka na PFRON - minimalna wysokość składki: 102,94 zł/etat/m-c

Pracodawca jest zobowiązany opłacać składki na PFRON w przypadku zatrudniania co najmniej 25 pracowników. Z treści wyjaśnień nie wynika, że Wykonawca jest z takiego obowiązku zwolniony. Ponadto na stronie internetowej Wykonawcy jest informacja, że Wykonawca zatrudnia ponad 100 osób. W wyjaśnieniach nie ma informacji o zatrudnianiu pracowników niepełnosprawnych, co mogłoby ewentualnie skutkować zmniejszeniem lub niepłaceniem składki na PFRON.

Przy minimalnym zatrudnieniu 25 pracowników składka na PFRON wyniesie 2 573,57 zł miesięcznie dla pracodawcy, co w przeliczeniu na jeden etat daje kwotę 102,94 zł/etat. A zatem w świetle obowiązujących przepisów Wykonawca powinien był ująć koszt składki na PFRON, jednak tego nie zrobił. Wykonawca nie ujął w swoich wyliczeniach składki na PFRON ani też nie wskazał, że jest z takiej opłaty zwolniony.

Zatem Zamawiający na etapie analizy ofert, wobec braku informacji o zwolnieniu z PFRON powinien był założyć, że Wykonawca jest zobowiązany taką składkę opłacać. Skoro Wykonawca nie ujął tej składki w swoich kalkulacjach, uznać należy, że kalkulacja jest niewłaściwa i nie obejmuje wszystkich kosztów dla tej pozycji formularza cenowego.

2. Koszty urlopów i zastępstw - minimalny koszt miesięczny: 208,13 zł.

Zgodnie z wymogami SIWZ, Tom II, WU, §11 pkt. 18 „Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować zastępstwo w przypadkach: 1. Śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób personelu Konsultanta”. A zatem do kosztów należy doliczyć następujące, obowiązkowe elementy kosztowe:

Koszty urlopów zgodnie z Kodeksem pracy, dział VII urlopy pracownicze, art. 152 § 1 minimalny urlop, za który pracownikowi przysługuje wynagrodzenie, to 20 dni roboczych. Kalkulacja miesięcznych kosztów zastępstw przedstawia się następująco:

20 dni (minimalny wymiar roczny urlopu): 251 (ilość dni roboczych w 2018 roku) co daje 7,968% - procentową ilość dni przepracowanych w ciągu roku przez pracownika na zastępstwie. Kalkulacja minimalnego miesięcznego kosztu ponoszonego przez pracodawcę z tytułu zastępstwa wygląda następująco:

2 612,02 zł x 0,07968, co daje kwotę 208,13 zł. Zatem miesięczny koszt ponoszony przez pracodawcę z tytułu zastępstwa wynosi 208,13 zł.

Na kwotę 2 612,02 zł składa się kwota 2 509,08 zł (łącznie koszt pracodawcy dot. wynagrodzenia) + 102,94 zł (koszt opłaty PFRON).

3. Koszty zwolnień lekarskich - minimalny koszt miesięczny: 88,81zł

Koszt zwolnień lekarskich za pierwsze 33 dni tzw. chorobowego wynagrodzenia płaci pracodawca. Departament Statystyki i Prognoz Aktuarialnych ZUS opublikował w 2017 roku

raport „Absencja chorobowa w 2016 roku”, z którego wynika, że „Przeciętna długość absencji chorobowej w 2016 roku przypadająca na 1 osobę ubezpieczoną w ZUS wyniosła 12,43 dnia”. Przyjęta kalkulacja miesięcznych kosztów zastępstw przedstawia się następująco:

12,43:365 (ilość dni w roku) co daje 0,034.

2612,02 x 0,034 co daje 88,81zł

Zatem miesięczny koszt ponoszony przez pracodawcę z tytułu zwolnień lekarskich wynosi 88,81 zł.

4. Koszt przygotowania stanowiska pracy i obowiązkowych badań lekarskich - minimalny koszt miesięczny: 19,42 zł

W swoich wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, że firma nie ponosi kosztów związanych z wyposażeniem biura, natomiast kwota obowiązkowych badań lekarskich również nie została ujęta. Miesięczny koszt obowiązkowych badań lekarskich wynosi co najmniej 233zł/12 m-cy, co daje kwotę 19,42 zł.

W świetle powyższego całkowity miesięczny koszt pracodawcy zatrudniającego pracownika na umowę o pracę, obejmujący brakujące w ofercie elementy kosztowe wymagane przepisami prawa oraz postanowieniami SIWZ wynosi:

2 509,08 zł + 102,94 zł + 208,13 zł + 88,81 zł + 19,42 zł = 2 928.38 zł

Zgodnie z Formularzem ofertowym zaangażowanie Personelu biurowego i pomocniczego w okresie od rozpoczęcia usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia powinno wynosić 43 miesiące, zatem całkowite niedoszacowanie kosztów przez Wykonawcę w okresie 43 miesięcy kształtuje się następująco:

Kwota Wykonawcy	Pozycja 1.3. formularza cenowego bez rezerwy	Pozycja 1.4. formularza cenowego bez rezerwy
		2 509,08 zł
Niedoszacowanie w skali miesiąca [2 928,34 zł - 2 509,08 zł]	-419,26 zł	-419,26 zł
Niedoszacowanie w okresie 43 miesięcy [419,26 x 43 m-ce]	-18 028,18 zł	-18 028,18 zł

Jak pokazują powyższe kalkulacje w pozycjach 1.3. i 1.4. Promost skalkulował koszt pracodawcy w sposób nieprawidłowy, nierzetelny i niezgodny z zapisami SIWZ oraz przepisami prawa. W żadnym miejscu wyjaśnienia nie odnoszą się do przedmiotowych elementów cenotwórczych takich jak: koszty urlopów, zastępstw, zwolnień lekarskich itp. do czego Wykonawca był zobowiązany zgodnie z postanowieniami SIWZ, TOM IIDW pkt. 15.3. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że koszty

rezerwy obejmują wydatki związane z zatrudnieniem pracowników biurowych np. okresowe badania lekarskie. Wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie, w opinii Odwołującego, nie zasługuje na uwzględnienie ze względu na istotę rezerwy. Rezerwa ma służyć na pokrycie kosztów nadzwyczajnych, wynikających z okoliczności nieznanych na dzień składania ofert, których Wykonawca nie mógł przewidzieć. Tymczasem koszt okresowych badań lekarskich był czynnikiem znanym na dzień składania ofert i należało go wycenić w kalkulacji kosztów.

Sytuacja wygląda analogicznie jeśli chodzi o pozycje 4.3. i 4.4. Formularza cenowego. Wykonawca nie ujął w tych pozycjach następujących obligatoryjnych elementów kosztowych.

Wynagrodzenie personelu biurowego i pomocniczego zatrudnionego na Y2 etatu brutto wg oferty i wyjaśnień Promost wynosi 1 050,00 PLN, wraz z kosztami dodatkowymi, co daje łącznie 1 254,55 zł

Analogicznie jak w pozycjach 1.3. i 1.4 Wykonawca nie ujął następujących kosztów:

1. Składek na PFRON - 51,47 zł
2. Urlopów i zastępstw- 104,07 zł
3. Zwolnień lekarskich - 44,41 zł
4. Koszt przygotowania stanowiska pracy i obowiązkowych badań lekarskich - 19,42 zł

W świetle powyższego całkowity miesięczny koszt pracodawcy zatrudniającego pracownika na umowę o pracę na A etatu, obejmujący wszystkie elementy kosztowe wymagane przepisami prawa oraz postanowieniami SIWZ wynosi:

1 254,55 zł +51,47 zł +104,07 zł +44,41 zł +19,42 zł = 1 473.92 zł

Zgodnie z Formularzem cenowym zaangażowanie Personelu biurowego i pomocniczego w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia ostatecznego Świadczenia Płatności powinno wynosić 15 miesięcy, zatem całkowite niedoszacowanie kosztów przez Wykonawcę w okresie 15 miesięcy kształtuje się następująco:

Kwota Wykonawcy	Pozycja 4.3. formularza cenowego bez rezerwy	Pozycja 4.4. formularza cenowego bez rezerwy
	1 254,54 zł	1 254,54 zł
<b>Niedoszacowanie w skali miesiąca [1473,92 zł -1254,54 zł]</b>	<b>-219,38 zł</b>	<b>-219,38 zł</b>
<b>Niedoszacowanie w okresie 15 miesięcy [219,38 zł x 15 m-cy]</b>	<b>-3 290,70 zł</b>	<b>-3 290,70 zł</b>



Powyższe kalkulacje pokazują, że Wykonawca dokonał kalkulacji w sposób nieprawidłowy, gdyż nie ujął w pozycjach wszystkich kosztów, co jest niezgodne z postanowieniami SIWZ, TOM I IDW pkt. 15.3.

b) niewłaściwe wyliczenie kosztów zatrudnienia personelu kluczowego - pozycja 2.2 Formularza cenowego

Zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym Tom II SIWZ, § 13 pkt. 4-7:

*„4. Konsultant na podstawie art. 36a ust. 2 Pzp jest zobowiązany wykonać osobiście kluczową część zamówienia obejmującą czynności polegające na pełnieniu funkcji: Inżyniera Kontraktu, Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń oraz Technologa, tzn. czynności związane z pełnieniem tych funkcji opisane w § 13 - 25 (z wyłączeniem czynności polegających na pełnieniu funkcji Weryfikatorów dokumentacji).*

*5. Zamawiający wymaga, aby wszystkie osoby wykonujące funkcje objęte kluczową częścią zamówienia, o której mowa w ust 4, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez Konsultanta.*

*6. Zamawiający, wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były również 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.*

*7. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatecznego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełniły obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu, z zastrzeżeniem, iż w Okresie Projektowania Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Specjalista ds. rozliczeń, Specjalista ds. roszczeń zatrudnieni będą w wymiarze nie mniejszym niż A etatu, tzn. będą pełniły obowiązki w co najmniej połowę dni roboczych w miesiącu. Technolog, przez okres realizacji usługi, do wydania ostatecznego Świadectwa Przejęcia, zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż A etatu.”*

W związku z powyższym należy przyjąć, że Wykonawca na etapie realizacji robót (28 miesięcy) jest zobowiązany do utrzymania zatrudnienia na umowę o pracę z Kadry Kluczowej - 4 osoby na pełen etat, tj. Inżyniera Kontraktu, Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń.

Zgodnie z prawem pracy każdemu pracownikowi zatrudnionemu na umowę o pracę przysługuje od 20 do 26 dni urlopu wypoczynkowego. Biorąc pod uwagę wymagane doświadczenie wskazanej kadry kluczowej należy przyjąć, że należny urlop to 26 dni roboczych, co wynika z konieczności posiadania przez te osoby wyższego wykształcenia (co

daje 8-letni staż pracy wliczony do wymiaru urlopu) i doświadczenia (co daje także określony staż pracy wliczany do wymiaru urlopu).

Zgodnie natomiast z §11 ust. 19-20 wzoru umowy:

*„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.*

*Konsultant nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu tymczasowego wykonywanych obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej.”*

W przypadku urlopów wypoczynkowych kadry kluczowej należy skierować do tymczasowego wykonywania obowiązków innego pracownika z personelu konsultanta. W takim przypadku wykonawca nie dostaje wynagrodzenia za pracownika, który jest na urlopie, ale musi mu zapłacić pełne wynagrodzenie. Są to tzw. koszty zastępstw podczas nieobecności pracowników, które Wykonawca określił na poziomie 6 065.80 zł, punkt 13 wyjaśnień „okres realizacji robót” (poz. 2.2 Formularza cenowego) oraz załącznika nr 14 do pisma pozycja 2.2.23.:

Potwierdza to jednoznacznie, że koszty urlopów i zastępstw Wykonawca nie ujął w żadnej z pozycji działu 2.2 od pozycji 2.2.1 do pozycji 2.2.22, a postanowił je ująć w rezerwie w pozycji 2.2.23.

Należy podkreślić, że założona przez Wykonawcę w wyjaśnieniach kwota 6 065.80 zł nie pokrywa rzeczywistych kosztów, które musi ponieść w okresie realizacji robót, czyli 28-miu miesięcy. W tym czasie pracownicy pracujący na umowę o pracę na pełen etat powinni wykorzystać około 60 dni urlopu, co daje około 2,5 miesiąca urlopu na każdego pracownika. Koszty tych urlopów to kwota 67 149,20 zł, co daje niedoszacowanie przez Wykonawcę kosztu w pozycji 2.2 „okres realizacji robót” Formularza cenowego na poziomie 61 083.40 zł, nie uwzględniając zwolnień chorobowych oraz pozostałych kosztów, które się Wykonawca deklaruje, że mieszczą się w pozycji 2.2.23 Rezerwa.

c) brak ujęcia w ofercie kosztów niezmienności personelu kluczowego

Kosztem nie ujętym w ofercie w okresie realizacji robót w pozycji pkt 2.2 formularza cenowego, jest koszt, który Wykonawca musi ponieść w związku ze złożoną w ofercie deklaracją niezmienności personelu konsultanta (strona nr 5 oferty).

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, Wykonawca nie wykazał tego kosztu w żadnej z pozycji od 2.2.1 d 2.2.23 tabeli załącznik nr 14, a z uwagi na to, że jest to koszt, który da się przewidzieć i jest jasno określony, nie można go przypisać do rezerwy, którą opisuje

Zgodnie z IDW pkt. 19.1.2.2 podpunkt 4. Podkryterium 1.4 Niezmiennosc personelu Konsultanta:

*„W przypadku zmiany ekspertów kluczowych w trakcie realizacji umowy Konsultant zapewni, w ramach obowiązków każdego zatrudnionego eksperta, sporządzenie szczegółowego Raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego eksperta w ramach Kontraktu oraz zdublowanie pracy ekspertów w okresie 2 tygodni.”*

Zapisy oznaczają, że przy każdej zmianie osoby z grupy ekspertów kluczowych należy przewidzieć zaangażowanie dodatkowego równorzędnego eksperta na 2 tygodnie równoległe na tzw. zakład. W wyjaśnieniach Wykonawca w ogóle nie wspomina o tym koszcie. Wobec braków kadrowych oraz rotacji pracowników na rynku oraz możliwości zmiany ekspertów na żądanie Zamawiającego, należy założyć, że w przeciągu okresu realizacji 28 miesięcy każdy z ekspertów zostanie średnio 1 raz zamieniony. Wobec czego dodatkowy koszt, który Wykonawca powinien doliczyć do oferty, to 2 tygodnie kosztów dla kadry ekspertów kluczowych, co razem daje koszt 15 179,84 zł.

d) niezgodność z SIWZ Biura Konsultanta i Zamawiającego

W swoich kalkulacjach Wykonawca wskazał lokal położony w Korniahtowie Południowym 80A, 37-114 Białobrzegi, będący siedzibą firmy E J. M. Fabryka Dekoracji - załącznik nr 8 do wyjaśnień Wykonawcy.

Odwołujący po przeanalizowaniu informacji przedstawionych przez Wykonawcę stwierdza, że przedstawiony lokal nie spełnia wymogów SIWZ. Odwołujący celem sprawdzenia wiarygodności informacji przeprowadził w dniu 16.05.2018 roku wizję lokalną, jako dowód załączając do odwołania materiał zdjęciowy z wizji lokalnej.

Załączony materiał stanowi dowód na to, że przedstawiony lokal nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, a przede wszystkim w Rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w zakresie wymogów stawianych pomieszczeniom do pracy biurowej. Zdjęcia wyraźnie pokazują, że nie jest to budynek z przeznaczeniem biurowym, jak to zostało zadeklarowane, a raczej budynek warsztatowo-magazynowy z niewielką częścią, która mogłaby zostać przeznaczona na biura. Z pomiarów terenowych na podstawie systemu Geoportal 2 wynika, że część która mogłaby służyć jako powierzchnia biurowa ma powierzchnię maksymalnie 60 m<sup>2</sup>, a nie jak zadeklarował Wykonawca 140 m<sup>2</sup>. Pozostała część budynku stanowi część warsztatową służącą do produkcji elementów dekoracyjnych zgodnie z prowadzoną tam działalnością.

Zgodnie z wymaganiami postawionymi w pkt 2.2.1 OPZ:

*„Zaplecze Inżyniera będzie odpowiadać wymaganiom:*

- *Ustawy Prawo Budowlane (Dz. U. z 2013 r. poz. 1409, ze zm.),*

- *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 5 lipca 2013 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie ( Dz.U. 2013 poz. 926),*
- *Kodeksu Pracy (Dz. U. 2014 poz. 208),*
- *Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz. U. 2003 Nr 169 Poz. 1650 z późn. zmianami),*
- *Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 1 grudnia 1998 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na stanowiskach wyposażonych w monitory ekranowe (Dz. U. 1998 Nr 148 Poz. 973 z późn. zmianami),*
- *innym, właściwym przepisom prawa*

*Zaplecze będzie wyposażone we wszystkie elementy wymagane dla prawidłowego wykonania Usługi, w szczególności Konsultant zapewni:*

- a) pomieszczenia, które będą mieć okna o powierzchni umożliwiającej odpowiednie oświetlenie i wentylację, a okna wystawione na bezpośrednie światło słoneczne podczas godzin pracy będą wyposażone w żaluzje (rolety),*
- b) ogrzewanie na skalę mogącą utrzymać temperaturę w biurze 20°C,*
- c) podłogi w pomieszczeniach biurowych pokryte odpowiednio wytrzymałymi wykładzinami,*
- d) we wszystkich toaletach ustępy ze spłuczkami i umywalki z podłączoną gorącą i zimną wodą. Konsultant powinien zapewnić wystarczającą dostawę wody dla odpowiedniej obsługi zaplecza. Wszystkie ustępy, umywalki, zlewy i rury odprowadzające winny być podłączone do odpowiednich instalacji odprowadzających, zatwierdzonych przez lokalne władze sanitarne i/lub wodno - kanalizacyjne,*
- e) wyposażenie w media: elektryczność, wod-kan., łącza telekomunikacyjne, łącza internetowe oraz wymagany odpowiednimi przepisami sprzęt bhp i ppoż,*
- f) drogi dojazdowe i parking, w tym dla Zamawiającego min. 2 miejsca parkingowe,*
- g) salę konferencyjną dla minimum 25 osób wyposażoną w stół, krzesła, tablicę szkolną białą o rozmiarze minimum 150cm x 100 cm i rzutnik multimedialny. W przypadku gdy Konsultant, w okresie projektowania, zapewni Biuro Konsultanta w odległości większej niż 10 km od terenu budowy, wtedy Konsultant jest zobowiązany zapewnić w tym okresie salę konferencyjną, z uwzględnieniem wymagań określonych w pkt. od a) - f), znajdującą się w odległości do 10 km od terenu budowy.”*

Zdaniem Odwołującego przedstawiony lokal nie spełnia powyższych kryteriów. Nie jest możliwe, aby na tak małej powierzchni zapewnić pomieszczenia dla Personelu Konsultanta oraz Zamawiającego, gdyż zgodnie z wymogami SIWZ minimalna powierzchnia

Biura Zamawiającego to 20 m<sup>2</sup>. Zatem na Biuro Konsultanta zostaje jedynie 40 m<sup>2</sup>, co biorąc pod uwagę ilość osób, która może przebywać w biurze z zgodnie z postanowieniami SIWZ, a także umieszczenie sprzętu biurowego i mebli jest niewystarczające.

Dodatkowo wątpliwe jest, czy do budynku zostały doprowadzone wszystkie wymagane media, jak chociażby ogrzewanie, łącze telekomunikacyjne czy internetowe. Być może można byłoby przystosować część warsztatową na pomieszczenia biurowe poprzez wymianę stolarki drzwiowej i okiennej, wykonanie podłóg, doprowadzenie ciepłej i zimnej wody, wykonanie instalacji ogrzewania oraz innych prac budowlanych, ale z uwagi na ogromny zakres prac, koszty takiej adaptacji byłyby duże.

Zdaniem Odwołującego minimalny koszt ewentualnego przystosowania budynku dla potrzeb realizacji przedmiotowego kontraktu to wydatek rzędu 40 000 zł, a zakres prac jest tak duży, że daje pod wątpliwość dostępność lokalu w odpowiednim czasie. Dodatkowo przekwalifikowanie użytkownika lokalu może okazać się niemożliwe. Wykonawca nie ujął takich kosztów w przedstawionej wycenie. Znamienny jest również fakt, że w przedstawionej przez Wykonawcę przedwstępnej umowie najmu lokalu całkowite koszty wynajmu lokalu wraz z mediami to 2 100 zł, co w podziale na 140 m<sup>2</sup>, które zamierza wynająć Wykonawca daje 15 zł za m<sup>2</sup>.

Natomiast w dalszej części wyjaśnień Wykonawca podaje koszt samego tylko utrzymania biura w okresie projektowania na poziomie 17,53 zł za m<sup>2</sup>.

Wątpliwości Odwołującego budzi fakt, iż cena za m<sup>2</sup> samego utrzymania biura w okresie projektowania jest wyższa niż cena za m<sup>2</sup> wynajmu biura wraz z mediami. Zdaniem Odwołującego cena oferty na poziomie 15 zł za m<sup>2</sup> nosi znamiona ceny nierynkowej i oszacowanej wyłącznie na potrzeby wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska.

e) niedoszacowanie kosztów Biura Konsultanta, pozycja 1.1 Formularza cenowego koszt wynajęcia i utrzymania biura w okresie realizacji

Skoro lokal przedstawiony przez Wykonawcę nie spełnia wymogów dla celów kalkulacji dla okresu realizacji robót (28 miesięcy), a załączony dowód w postaci umowy przedwstępnej jest niewiarygodny, Odwołujący przyjął średni koszt wynajmu lokalu spełniającego wymogi SIWZ na obszarze realizacji inwestycji.

Na podstawie oferty z portalu *Otodom* założono koszt wynajmu 1 m<sup>2</sup> lokalu biurowego spełniającego wszystkie wymogi SIWZ na poziomie 25zł/m<sup>2</sup>. Zatem miesięczny koszt samego wynajmu lokalu o powierzchni 120 m<sup>2</sup> (Biuro Konsultanta) wyniesie 3 000 zł netto. Dodatkowo należy doliczyć koszty mediów oraz utrzymania biura.

Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy oraz załącznikiem nr 2 do wyjaśnień średni koszt mediów można wyliczyć na poziomie 8,19 zł za m<sup>2</sup> pomieszczenia (kalkulacja bez amortyzacji i podatku od nieruchomości). Zatem miesięczny koszt mediów dla Biura Konsultanta wyniesie 8,19 zł x 120 m<sup>2</sup> = 982,80 zł.

Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy oraz załącznikiem nr 8a do wyjaśnień Wykonawca zakłada koszt utrzymania biura na poziomie 1 202,43 zł miesięcznie.

Wobec tego miesięczny koszt wynajmu, mediów oraz utrzymania Biura Konsultanta w okresie realizacji to co najmniej:

$3\ 000\ \text{zł} + 982,80\ \text{zł} + 1\ 202,43\ \text{zł} = 5\ 185,23\ \text{zł}$

Co daje za cały okres realizacji 28 miesięcy  $\times 5\ 185,23\ \text{zł} = 145\ 186,40\ \text{zł}$

Wykonawca natomiast w wyjaśnieniach - strona 6, 7 oraz w załączniku 14 pozycja tabeli 1.1.2 - szacuje tę kwotę w ujęciu miesięcznym na poziomie 3 000 zł netto, co daje za cały okres realizacji 28 miesięcy kwotę 84 000,00 zł.

Wobec tego należy uznać, że niedoszacowanie Wykonawcy w pozycji 1.1.2, a tym samym w pozycji sumarycznej 1.1. jest co najmniej w kwocie 61 186,40 zł.

#### koszt wynajęcia sali konferencyjnej w okresie realizacji

Ponadto Wykonawca nie ujął w kosztach oferty kosztów wynajmu Sali konferencyjnej w okresie realizacji robót budowlanych, co było wymagane postanowieniami pkt. 2.2.1 g) OPZ. Wykonawca wskazał koszt wynajęcia sali jedynie w okresie projektowania. Wykonawca Promost nie ujął kosztów wynajmu sali konferencyjnej w okresie realizacji robót budowlanych, co jest niezgodne z SIWZ. Przedwstępna umowa najmu lokalu usługowego stanowiąca załącznik nr 8 wyraźnie wskazuje, że Wynajmujący zobowiązuje się do wynajęcia sali konferencyjnej jedynie w okresie projektowania. W związku z powyższym załączona umowa nie gwarantuje możliwości wynajęcia sali konferencyjnej w okresie realizacji robót. Wykonawca nie przedstawił również żadnej innej lokalizacji sali konferencyjnej, która spełniałaby wymogi SIWZ.

Z doświadczenia Odwołującego wynikającego z realizacji inwestycji infrastrukturalnych wynika, że obowiązkowe Rady Budowy oraz Rady Techniczne, na potrzeby których między innymi wykorzystywana jest sala konferencyjna w okresie realizacji robót, odbywają się z częstotliwością co najmniej 1 raz w tygodniu - z uwagi na fakt, że okres realizacji robót jest etapem największej intensywności pracy i omówienia problemów technicznych. Do celów takich zebrań również wykorzystywana jest sala konferencyjna. Tak więc oprócz obowiązkowych Rad Technicznych i Rad Budowy należało założyć jeszcze konieczność wykorzystania sali konferencyjnej na zebrania z tytułu problemów pojawiających się na projekcie w ilości 2 razy w miesiącu.

Zatem w kosztach Biura Zamawiającego należało przyjąć koszt wynajęcia sali konferencyjnej z częstotliwością co najmniej 6 razy w miesiącu (4 razy Rada Budowy i Rada Techniczna + 2 razy w miesiącu zebrania związane z bieżącymi problemami). Opierając się na kosztach przedstawionych przez Promost i przyjmując jednorazowy koszt wynajmu sali w wysokości 200 zł, należy przyjąć koszt wynajęcia sali w okresie realizacji robót 6 razy w miesiącu, co daje kwotę 1 200 zł miesięcznie.

Niedoszacowany koszt wynajmu sali w całym okresie realizacji robót, tj. 28 miesięcy wynosi: 28 miesięcy x 1 200 zł netto = 33 600 zł, i zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy oraz załącznikiem nr 14 do wyjaśnień w pozycjach tabeli od 1.1.1 do 1.1.8, kwota 33 600 zł nie została ujęta przez Wykonawcę jako koszt konieczny do poniesienia.

#### koszt zapewnienia środków transportu i łączności

Zgodnie z SIWZ (TOM III, pkt 2.4 „Środki transportu i łączność”) Konsultant zamówienia wyposaży swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności (telefony komórkowe), zapewniające sprawne pełnienie usługi.

Jedyne informacje o udostępnionych środkach transportu dla kadry, Wykonawca zawarł na stronie nr 7 wyjaśnień „*Planowany koszt środków transportu dla Konsultanta na etapie realizacji założono na poziomie 500,00 zł za miesiąc (zakładamy dwa samochody osobowe KIA RIO z instalacją LPG):*”

Odwołujący wskazuje, iż Wykonawca nie przedstawił dowodów na posiadanie samochodów osobowych, które to dowody wydają się łatwo dostępne i proste w zaprezentowaniu (dowody rejestracyjne, faktury, koszty amortyzacji). Jest to o tyle ważne, że amortyzacja, ewentualnie rata leasingu, wiąże się z największym kosztem przypisanym działowi „Środki transportu i łączność”. Zatem Wykonawca albo nie posiada w/w samochodów i będzie musiał je zakupić np. biorąc je w leasing (koszt raty leasingowej) lub posiada na własność i powinien liczyć miesięczne koszty amortyzacji.

Ze względu na brak dowodów i parametrów samochodów KIA RIO, Odwołujący w celu przedstawienia niedoszacowania kosztów amortyzacji, przyjął ofertę ze strony dealera na zakup samochodu marki wskazanej przez Wykonawcę w najtańszej wersji, to jest KIA RIO 1.2 DOHC CWT 84 KM 5MT - wersja wyposażenia M.

Koszt amortyzacji samochodu osobowego, który polega na stopniowym, comiesięcznym zaliczaniu do kosztów podatkowych wydatków związanych z zakupem majątku trwałego, których wartość przekroczyła 10.000 zł, stanowi całkowity koszt Wykonawcy związany z zakupem niniejszego pojazdu.

Odwołujący w celu wykazania całkowitego kosztu amortyzacji jednego nowego samochodu osobowego Wykonawcy przyjął następujące wartości w oparciu o ofertę dla KIA RIO:

- koszt netto zakupu samochodu - 36 577,24 zł
- koszt 50% podatku VAT wynikającego z ograniczenia w odliczeniu zgodnie z Ustawą o VAT - 4 206,38 zł

Odwołujący w celu wykazania minimalnych miesięcznych kosztów amortyzacji przyjął okres amortyzacji zbliżony do okresu trwania kontraktu 60 miesięcy, co daje miesięczny koszt w wysokości 679,73 zł dla jednego samochodu.

Poza powyższymi kosztami, Wykonawca nie uwzględnił również kosztów związanych z użytkowaniem środków transportu, jakimi są:

- koszty paliwa Pb95 koniecznego do funkcjonowania silnika z instalacją LPG
- koszty montażu instalacji LPG
- koszty ubezpieczenia dwóch samochodów
- koszty badań technicznych
- kosztu wymiany opon

Wykonawca do wyceny przyjął jedynie koszty paliwa. Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy - strona 7, średni dzienny przebieg samochodów w okresie realizacji założył na poziomie 40 km na dzień na każdy z samochodów, co daje przy 22 dniach roboczych 1 760 km na miesiąc. Należy zauważyć, że samochody te w okresie realizacji są przeznaczone dla 17 inspektorów Wykonawcy wskazanych w Załączniku 14 do wyjaśnień. Wobec tego założona w ofercie Wykonawcy ilość kilometrów wydaje się mocno zaniżona, zważywszy na to, że Zamawiający zakłada, że auto samego tylko Kierownika Projektu (1 osoba) będzie przejeżdżało w okresie realizacji około 3 000 km miesięcznie.

Obliczenia zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy są niejasne i nie zawierają informacji, na jakiej podstawie zostały przyjęte poszczególne wartości w celu dokonania prawidłowej kalkulacji kosztów.

Zgodnie z doświadczeniem Odwołującego, średnie spalanie benzyny Pb95 przy instalacji LPG to 1L na 100 km. Przy przebiegu miesięcznym aut Wykonawcy na poziomie 1 760 km w okresie realizacji oraz 400 km w okresie projektowania, konieczny do poniesienia miesięczny koszt benzyny Pb95 to:

$1\,760\text{ km} / 100 \times 4,76\text{ zł/L} = 83,78\text{ zł}$ ; (miesięcznie przez okres realizacji)

$400\text{ km} / 100 \times 4,76\text{ zł/L} = 19,04\text{ zł}$  (miesięcznie przez okres projektowania)

Co z uwagi na powyższe daje łącznie koszty w pozycji 1.1.4. (tabela z załącznika 14 do wyjaśnień Wykonawcy) w kwocie:  $28 \times 83,78\text{ zł} + 15 \times 19,04\text{ zł} = 2\,631,44\text{ zł}$



Zestawiono wszystkie nieujęte lub niedoszacowane koszty, które Wykonawca powinien ująć w pozycji „Środki transportu Konsultanta” pozycja 1.1.4 tabeli załącznik 14 do wyjaśnień przez okres projektowania oraz realizacji (43 m-ce) w kwocie:

<b>Koszty nie ujęte w pozycji 1.1.4 tabeli załącznik 14 do wyjaśnień</b>	
Koszty amortyzacji samochodów osobowych KIA RIO	$(679,73 \text{ zł} \times 28 \text{ m-cy}) \times 2 \text{ samochody} + 679,73 \text{ zł} \times 15 \text{ m-cy} = \mathbf{48\ 260,83 \text{ zł}}$
koszty paliwa Pb95 przy używaniu instalacji LPG	$83,78 \text{ zł} \times 28 \text{ m-cy} + 19,04 \text{ zł} \times 15 \text{ m-cy} = \mathbf{2631,44 \text{ zł}}$
Montaż instalacji LPG dla dwóch samochodów	$\mathbf{= 4\ 000,00 \text{ zł}}$ $93,02 \text{ zł} \times 43 \text{ m-ce}$
Koszt ubezpieczenia OC dla jednego samochodu przez 15 m-cy, dwóch samochodów przez 28 m-cy	$600 \text{ zł}/12 \times 1 \times 15 \text{ m-cy} + 600/12 \times 2 \times 28 \text{ m-cy} = \mathbf{3550,00 \text{ zł}}$
Koszt badań technicznych dla jednego samochodu przez 15 m-cy, dwóch samochodów przez 28 m-cy	$161 \times 1 + 161 \times 2 \times 2 = \mathbf{805,00 \text{ zł}}$
Koszt wymiany opon 2 x roku jeden samochód przez 15 m-cy, dwa samochody przez 28 m-cy	$60 \text{ zł} \times 2 \text{ lata} \times 2 \text{ zmiany} \times 2 \text{ sam.} + 60 \text{ zł} \times 1 \text{ rok} \times 2 \text{ zmiany} \times 1 \text{ sam.}$ $\mathbf{= 600,00 \text{ zł}}$
<b>Łączny niedoszacowany koszt pozycji 1.1.4 Formularza cen.</b>	<b>59 847,27 zł (1 391,80 zł *43 m-ce)</b>

Koszty nie ujęte w pozycji 1.14 nie mogą zostać pokryte z rezerw ze względu na fakt, iż rezerwa w swoim założeniu ma służyć na pokrycie kosztów nadzwyczajnych, wynikających z okoliczności nieznanych na dzień składania ofert, których Wykonawca nie mógł przewidzieć.

Wobec czego koszty pozycji zostały skalkulowane nienależycie, niezgodnie z wymogami SIWZ, zatem oferta powinna podlegać odrzuceniu.

f) niedoszacowanie kosztów Biura Zamawiającego, pozycja 1.2 Formularza cenowego koszt wynajęcia i utrzymania biura w okresie realizacji

Analogicznie, jak dla Biura Konsultanta, uznano, że lokal przedstawiony przez Wykonawcę nie spełnia wymogów dla celów kalkulacji dla okresu realizacji robót (28 miesięcy), a załączony dowód w postaci umowy przedwstępnej jest niewiarygodny. Odwołujący przyjął średni koszt wynajmu lokalu spełniającego wymogi SIWZ na obszarze realizacji inwestycji. Na podstawie oferty z portalu *Otodom* założono koszt wynajmu 1 m<sup>2</sup> lokalu biurowego spełniającego wszystkie wymogi SIWZ na poziomie 25zł/m<sup>2</sup>. Zatem

miesięczny koszt samego wynajmu lokalu o powierzchni 20 m<sup>2</sup> (Biuro Zamawiającego) wyniesie 500 zł netto. Dodatkowo należy doliczyć koszty mediów, kalkulacja analogiczna, jak dla Biura Konsultanta.

Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy oraz załącznikiem nr 2 do wyjaśnień, średni koszt mediów można wyliczyć na poziomie 8,19 zł za m<sup>2</sup> pomieszczenia (kalkulacja bez amortyzacji i podatku od nieruchomości). Zatem miesięczny koszt mediów dla Biura Zamawiającego wyniesie 8,19 zł x 20 m<sup>2</sup> = 163,80 zł.

Wobec tego miesięczny koszt wynajmu i mediów Biura Zamawiającego w okresie realizacji to co najmniej: 500 zł + 163,80 zł = 663,80 zł

Co daje za cały okres realizacji 28 miesięcy x 663,80 zł = 18 586,40 zł

Wykonawca natomiast w wyjaśnieniach - strona 10 oraz w załączniku 14 pozycja tabeli 1.2.2, szacuje kwotę za najem biura z mediami w ujęciu miesięcznym na poziomie 300 zł netto, co daje za cały okres realizacji 28 miesięcy kwotę 8 400,00 zł.

Wobec tego należy uznać, że niedoszacowanie Wykonawcy w pozycji 1.2.2, a tym samym w pozycji sumarycznej 1.2. jest co najmniej w kwocie: 10 186,40 zł

#### Urządzenie wielofunkcyjne

Odnosząc się do kosztów zapewnienia sprzętu biurowego dla Zamawiającego wymaganego z zapisami pkt. 2.2.2 OPZ, zgodnie z którym „Konsultant umożliwi Zamawiającemu korzystanie z kolorowego urządzenia wielofunkcyjnego (drukarka, kopiarka, skaner, obsługującego format A3, automatyczny skan i druk obustronny)” Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał w „Opisie przyjętych założeń”, że zamierza wykorzystać do realizacji kontraktu posiadane urządzenia biurowe (fax, drukarki, telefony) i z racji tego, że amortyzacja tych urządzeń została już zakończona, firma ponosi jedynie koszty ich eksploatacji.

Odwołujący zauważa, że poza deklaracją, Wykonawca nie załączył żadnych dowodów potwierdzających fakt posiadania na własność urządzeń biurowych. Wykonawca ograniczył się do załączenia oferty handlowej stanowiącej załącznik nr 4 do wyjaśnień, natomiast nie ujął tego kosztu w ofercie. Należy zauważyć, że Wykonawca nie załączył dowodów na posiadanie na własność urządzeń pomimo, że został do tego wezwany przez Zamawiającego.

Oferta stanowiąca załącznik nr 4 do wyjaśnień Wykonawcy nie może być traktowana jako dowód z dwóch powodów: po pierwsze nie zawiera szczegółowych danych, co rodzi uzasadnione wątpliwości, co do jej wiarygodności, po drugie, oferta ta nie potwierdza wcześniejszej deklaracji Wykonawcy w zakresie posiadania na własność zadeklarowanych urządzeń.

Powołując się na ofertę przedłożoną przez samego Wykonawcę, koszt zakupu urządzenia Konica Minolta Bizhub 224e wynosi 9 500 zł. Zatem niedoszacowanie kalkulacji Wykonawcy z uwagi na powyższe w pozycji 1.2 Formularza cenowego wynosi 9 500,00 zł. W rozbiciu na 43 miesiące daje kwotę 220,93 zł. Koszt ten nie został przez Wykonawcę ujęty w kalkulacji cenowej, zatem treść oferty jest niezgodna z zapisami SIWZ.

Razem niedoszacowanie pozycji 1.2 Biuro Zamawiającego wynosi około 19 686,40 zł.

g) Niezgodność z SIWZ środka transportu oraz niedoszacowanie kosztu (poz. 1.2a Formularza ofertowego)

Zgodnie z SIWZ TOM III, pkt 2.4 „Środki transportu i łączności” - (...) Konsultant użyje Zamawiającemu 1 sztukę środków transportu do wyłącznej całodobowej dyspozycji Zamawiającego na czas określony poniżej:

1. samochód typu SUV - od podpisania Umowy do wystawienia ostatecznego świadectwo płatności- przekazanie pojazdu w ciągu 30 dni od podpisania umowy.

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

Środek transportu dla Zamawiającego miał spełniać określone szczegółowo.

Wymagano się, aby użyzony samochód posiadał ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, NNW i Assistance. Wymagane było aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją używanego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przedłużenia ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy w miesiącu (...)

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."

Zgodnie z pismem Wykonawcy należy uznać, że wyjaśnienia w punkcie 9. Poz. 1,2a Formularza ofertowego - „Środek transportu” strona 11 są niewystarczające oraz, że Wykonawca w cenie jednostkowej nie ujął wszystkich kosztów wymaganych przez Zamawiającego.

Przed wszystkim, Wykonawca nie określił w wyjaśnieniach w jaki sposób dysponuje, lub będzie dysponował samochodem, co nierozdzielnie łączy się z określeniem kosztów i wypełnieniem formularza ofertowego w pozycji 1.2.a. Wykonawca w wyjaśnieniach jedynie informuje, że planuje przekazać Zamawiającemu samochód z instalacją LPG, zgodny z wymaganiami określonymi w punkcie 2.4 OPZ. Natomiast w kalkulacji cenowej w punkcie 9 pisma, Wykonawca nie ujmuje żadnego kosztu związanego z wynajmem, leasingiem lub amortyzacją auta, a jest to podstawowy koszt związany z pozycją 1.2.a.

Brak dowodów na posiadanie samochodu przez Wykonawcę w postaci dowodów rejestracyjnych czy faktur, uniemożliwia potwierdzenie przede wszystkim typu silnika, wieku samochodu i jego przebiegu, a także potwierdzenia, czy środek transportu został już amortyzowany. Wobec czego Zamawiający nie może być pewien, czy środek transportu, który ma zostać mu użyczony spełnia wszystkie wymogi SIWZ w zakresie zapewnienia samochodu.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca nie posiada na własność proponowanego Zamawiającemu samochodu, a tym samym nie uwzględnił w kalkulacji kosztów amortyzacji. W załączonych polisach ubezpieczenia samochodu, na podstawie których Wykonawca przyjął do wyceny wysokość składki ubezpieczenia samochodów Dacia Duster, spółka Promost widnieje jako leasingobiorca, jednak Wykonawca nie ujął raty leasingowej jako kosztu w pozycji 1.2.a Formularza ofertowego.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca zawierając w wyjaśnieniach informacje o posiadaniu własnej floty samochodów, powinien przedstawić ich polisy ubezpieczenia, umowy leasingowe tak, aby w jasny i oczywisty sposób udowodnić niniejsze dane.

Dodatkowo, obie polisy ubezpieczenia zawarte zostały dla samochodów Dacia Duster z silnikiem benzynowym. Odwołujący sprawdził przedstawione dane korzystając z ogólnodostępnej bazy danych sprawdzania pojazdów w oparciu o numery VIN pojazdów wskazanych w polisach.

PROMOST. oszacowała te koszty następująco:

Planowany koszt zapewnienia paliwa wymaganego do przejechania 3000 km/m-c 3000  
km x 8l /100 x 2,2 zł/l x 43 m-ce = 22 704.00 zł: w cyklu miesięcznym 528.00 zł

Planowany koszt utrzymania samochodu, w tym:

Wymiana opon 2 razy w roku 60 zł/1 zmiana x 4 lata = 480,00 zł

Koszt myjni i płynu do spryskiwaczy na podstawie oferty 320 zł/m-c x 43 m-ce = 13 760,00  
zł

Koszty ubezpieczenia na podstawie oferty 861 zł/rok x 4 = 3 444,00 zł

Koszt badań technicznych raz do roku na podstawie oferty - załącznik 12 161,00 zł/rok  
x 4 lata = 644,00 zł

RAZEM 41 032,00 zł

ZAŁOŻONA REZERWA 1 968,00 zł (45,77 zł \*43 m-ce)

Łączna kwota w poz. 1.2a -. 43 000,00 zł

Natomiast wg Odwołującego, Wykonawca nie ujął w kalkulacji ceny jednostkowej pozycji 1.2a Formularza ofertowego następujących kosztów:

1. Miesięcznego kosztu wynajmu lub leasingu lub amortyzacji samochodu
2. Kosztu założenia instalacji LPG

3. Kosztu benzyny koniecznej do używania auta z instalacją LPG
4. Kosztu samochodu zastępczego

Odwołujący wskazuje, iż ze względu na przyjęcie przez Wykonawcę kosztów paliwa LPG, w celu sprawnego poruszania się pojazdem, niezbędne jest także zapewnienie benzyny dla rozruchu silnika przy instalacji gazowej. Zatem do celów oszacowania kosztów benzyny niezbędnej do użytkowania pojazdu, Odwołujący przyjął najmniejszą i najbardziej prawdopodobną wartość spalania paliwa PB95 1L na 100 km, w oparciu o własne doświadczenie oraz poniesione koszty w stosunku do użytkowania tożsamyh samochodów przy realizacji podobnych zamówień. Miesięczne koszty paliwa PB95 zdaniem Odwołującego wynoszą 142,80 zł.

Ponadto, Wykonawca nie potwierdził żadnymi dowodów, iż wspomniany w wyjaśnieniach samochód rzeczywiście posiada takową instalację. Dlatego Odwołujący wskazuje, iż Wykonawca powinien przyjąć dodatkowo koszty montażu instalacji LPG w samochodzie Dacia Duster, tym bardziej, że na rynku samochodowym tego typu model z napędem 4x4 można wyposażyć w LPG jedynie we własnym zakresie. W oparciu o dane na rynku oraz własne doświadczenie, najtańszy montaż instalacji kosztuje netto ok. 2 000 zł.

Wykonawca nie wyjaśnił oraz nie skalkulował kosztu związanego z zapewnieniem samochodu zastępczego w razie wystąpienia wady lub awarii pojazdu użyczonego Zamawiającemu. Brak również informacji posiadania/zapewnienia lampy błyskowej pomarańczowej na magnes z przedłużaczem, tzw. „kogut”, co jest wymagane w zapisach SIWZ - pkt. 2.4 ORZ.

Odwołujący wskazuje koszty, które zostały niedoszacowane przez Wykonawcę w pozycji 1.2.a formularza ofertowego w kwocie co najmniej 75 777.32 zł (miesięcznie cena jednostkowa 1 762.26 zł).

Wobec tak znaczącego niedoszacowania pozycji należy uznać, że Wykonawca dokonał kalkulacji wyceny środka transportu w sposób nieprawidłowy i niezgodny z zapisami SIWZ.

Dodatkowo Zamawiający wymagał zachowania limitów dla kosztów administracyjnych w dziale 1 Formularza ofertowego „nie więcej niż 15% wartości wyliczonej w pozycji A niniejszego formularza” (IDW punkt 15.4.) tj. w przypadku Wykonawcy ujęta kwota z pozycji A wynosi: 2 899 759,00 zł netto, co daje limit:  $2\,899\,759,00\text{ zł} \times 15\% = 434\,963,90\text{ zł netto}$ .

Biorąc pod uwagę, że Wykonawca powinien dodatkowo w pozycji 1.2a ująć koszt 75 777.32 zł netto, łącznie suma kosztów administracyjnych działu 1 powinna wynosić:  $430\,688,00\text{ zł}$  (kwota z formularza cenowego Wykonawcy, suma działu 1) +  $75\,777,32\text{ zł} = 506\,465,32\text{ zł netto}$ , co stanowi 17,40% kwoty wyliczonej przez Wykonawcę w pozycji A formularza ofertowego i przekracza o 2,4% narzucony przez Zamawiającego limit.

Wobec tego Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy z uwagi na przekroczony limit. Oferta Wykonawcy jest w tym zakresie niezgodna z SIWZ.

h) niezgodność z SIWZ kosztów działań promocyjnych - pozycje 3.2, 3.3, 3.4., 3.5, 3.6 i 3.7 formularza cenowego

Zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia

Zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności

Odwołujący wskazuje, iż Wykonawca nie przedstawił dowodów na posiadanie niezbędnego zamortyzowanego sprzętu m. in. Phantom 3 Advanced do wykonywania dokumentacji fotograficznej naziemnej oraz zdjęć lotniczych. Wykonawca nie przedstawił kalkulacji kosztów pracownika zajmującego się obsługą tych urządzeń oraz dowodów na jego przeszkolenie w zakresie bezzałogowego systemu powietrznego. Uznać zatem należy, iż Wykonawca nie posiada na własność wskazanego sprzętu, a zatem powinien w kalkulacji dla tej pozycji ująć koszt wynajmu bądź zakupu sprzętu wymaganego postanowieniami SIWZ (TOM I IDW pkt. 15.3.)

Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia

Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności

Odwołujący wskazuje, iż Wykonawca nie przedstawił dowodów na posiadanie na własność niezbędnego zamortyzowanego sprzętu m. in. Phantom 3 Advanced do wykonywania materiałów filmowych. Uznać zatem należy do Wykonawca nie posiada na własność wskazanego sprzętu a zatem powinien w kalkulacji dla tej pozycji ująć koszt wynajmu bądź zakupu sprzętu wymaganego postanowieniami SIWZ (TOM I IDW pkt. 15.3.). W tym zakresie oferta jest niezgodna z zapisami SIWZ. Wykonawca wskazał, że materiały filmowe będą wykonywane przez Personel Konsultanta, jednak nie podał informacji ani nie dostarczył dowodów potwierdzających odbycia szkolenia przez pracownika w zakresie obsługi bezzałogowego systemu powietrznego.

Informacyjna strona internetowa kompleksowo (projekt, realizacja, utrzymanie) w okresie od rozpoczęcia realizacji umowy do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia

Informacyjna strona internetowa - aktualizacja w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności

Odwołujący wskazuje, że Wykonawca nie przedstawił dowodów na posiadanie hostingu oraz gotowych schematów stron spełniających warunki SIWZ. Brak przedstawienia kalkulacji czasu pracy personelu biurowego, oraz dowodów na koszt wykupienia domeny

internetowej. Wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę dla danej pozycji nie zawierają szczegółowych informacji, tym samym nie potwierdzają spełnienia wymogów Zamawiającego.

Uznać zatem należy, że Wykonawca nie posiada na własność hostingów i domeny internetowej. Wykonawca nie ujął tego kosztu w przedstawionej kalkulacji cenowej, co jest niezgodne z SIWZ.

Reasumując wskazaną argumentację Odwołujący podkreślił, że oferta złożona przez Promost została niedoszacowana łącznie o wartość minimum 368 398,39 zł. Szacunek ten jest bardzo ostrożny i oparty wyłącznie na ewidentnych błędach w szacowaniu oferty wskazanych przez Wykonawcę. Biorąc pod uwagę, że zysk Promost nie został wykazany, a jedynie miał pochodzić z rezerw, wskazać należy, że w przypadku wyboru oferty Promost nie będzie możliwe osiągnięcie przez tego Wykonawcę zysku - nawet przy założeniu, że w trakcie realizacji umowy z Zamawiającym nie nastąpią żadne nieprzewidziane wydarzenia. W ramach realizacji Kontraktu Wykonawca nie osiągnąłby żadnego zysku, a wręcz poniósł stratę w wysokości ok. 250.000 zł.

Powyższe jednoznacznie świadczy o fakcie, że oferta złożona przez Promost jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę.

Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na Wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, zatem Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedłożyć dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś Zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i zasadność przedłożonych wyjaśnień, co do sposobu kalkulacji ceny. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić - dla skutecznego wykazania nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyliczyć, ale także udowodnić, czy choćby przekonująco uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Wykonawca Promost nie podołał temu obowiązkowi, a wręcz przeciwnie - z przedłożonych przez niego wyjaśnień i kalkulacji jednoznacznie wynika, że zaoferowana cena jest nierealistyczna a przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie przez niego zamówienia z założeniem osiągnięcia choćby minimalnego zysku, byłoby niemożliwe.

Stanowisko dotyczące rażąco niskiej ceny jest jednoznacznie określone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby, np. wyrok z dnia 2 listopada 2017 r. (sygn. akt: KIO 2155/17); wyrok z dnia 24 listopada 2017 r.

Zaoferowana przez Promost. cena ewidentnie zdaniem Odwołującego kwalifikuje się do uznania jej jako rażąco niskiej. To na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania elementów

oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu dokonania kalkulacji ceny, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nie złożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień, których ocena wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że cena jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, którego to obowiązku Zamawiający zaniechał.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp

Zgodnie z postanowieniami pkt 15.3 IDW stanowiącej pierwszą część SIWZ: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.”

Dalej, zgodnie z postanowieniami pkt 15.4 IDW: „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.”

Zamawiający więc jednoznacznie wskazał limity i skutki ich przekroczenia.

Promost w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do oferty nieprawidłowo przyjął koszty personelu pomocniczego wskazanego w pkt 4.3 i 4.4, Zamawiający jednoznacznie narzucił ograniczenie wartości, wskazując w formularzu cenowym, że:

- a) dla pozycji 4.3: Personel biurowy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.3)
- b) dla pozycji 4.4: Personel pomocniczy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4)

Oferta złożona przez Promost nie spełniała wskazanych powyżej wymagań, co Wykonawca ten wprost przyznał.

W wyjaśnieniach, w załączniku nr 14 „Planowane koszty realizacji usług”, Wykonawca oświadcza, że kalkulację ceny ofertowej wykonał niezgodnie z zaleceniami IDW punkt 15.3. W załączniku nr [14] „Planowane koszty realizacji usługi”, do pisma Wykonawcy punkt tabeli 4.3: „Personel biurowy w związku z narzuconym przez Zamawiającego ograniczeniem wartości do 50% z poz. 1.3 pozostały koszt pracy personelu biurowego został ujęty w pozycji 2 Usługi nadzoru okres przeglądów i rozliczenia kontraktu”

Oraz punkt tabeli 4.4:

„Personel pomocniczy w związku z narzuconym przez Zamawiającego ograniczeniem wartości do 50% z poz. 1.3 pozostały koszt pracy personelu biurowego został ujęty w pozycji 2 Usługi nadzoru okres przeglądów i rozliczenia kontraktu”

W Formularzu Cenowym w pozycji 1.3 oraz 1.4 Wykonawca oszacował cenę jednostki czasu 2 533,00 netto w każdej z pozycji. Wobec narzuconych limitów opisanych



w Formularzu Cenowym w punkcie 4.3 oraz 4.4 Zamawiający zastrzegł limity „Cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu z pozycji 1.3” to samo się tyczy pozycji 1.4.

Wobec tego kwoty w pozycjach 4,3 oraz 4.4 nie mogą być większe niż 50% kwot z pozycji 1.3 oraz 1.4, więc bezwzględnie nie mogą przekraczać kwoty 1 266,50 zł.

Następnie Wykonawca zdeklarował, że w pozycjach 4.3 oraz 4.4 nie ujął całości kosztów (choćby teoretycznie 1 zł kosztu), wobec tego podlega bezwarunkowemu odrzuceniu zgodnie z punktem IDW 15.4, ponieważ każda kwota powyżej 1266,50 zł (teoretycznie większa o 1 zł tj. 1267,50) jest wyższa niż 50% kwot.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Promost jest niezgodna z SIWZ. Omyłka ta nie ma charakteru innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a tym samym nie może ulec poprawieniu w tym trybie.

Powyższe zresztą wskazał wprost Zamawiający, wskazując konsekwencje nieprawidłowości w zakresie omyłek w formularzu cenowym.

Oferta Promost zawiera więc następujące niezgodności z SIWZ:

1. Niezgodność z pkt 2.1 OPZ i pkt 15.3 IDW - wskazane przez wykonawcę koszty związane z zatrudnieniem pracowników nie pozwalają na zatrudnienie pracowników na pełen etat.
2. Niezgodność z pkt 2.2.1 lit g) OPZ Wskazany przez Wykonawcę budynek nie spełnia wymogów SIWZ, nie zawiera sali konferencyjnej, a cena zaoferowana przez Wykonawcę nie pozwala na wynajęcie tej sali w cenach rynkowych.
3. Suma kosztów administracyjnych przekracza limit dopuszczony przez Zamawiającego określony w dziale 1 formularza cenowego oraz w dziale 4 formularza cenowego.
4. Promost nie ujął w cenie oferty kosztów wynajmu lub zakupu sprzętu służącego do wykonywania zdjęć naziemnych i lotniczych, jak również kosztów hostingu i domeny internetowej.
5. Oferta Promost przekracza limit „Planowanych kosztów realizacji usługi” określony przez Zamawiającego na 15%

Zwrócić należy uwagę, że analogiczna sytuacja była już przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt: KIO 2717/17 (wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.) Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi S3 na odcinku Miękowo - koniec obw. Brzozowa wraz z rozbudową odcinka Miękowo - Rzęśnia - Budowa obwodnicy Brzozowa w ciągu S3 oraz dostosowanie drogi krajowej nr 3 do parametrów drogi

ekspresowej na odcinku Brzozowo - Miękowo.” Błędy analogiczne do błędów popełnionych przez Promost, popełnili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Inko - Consulting sp. z o.o. w Pszczynie, MP - Mosty sp. z o.o. w Krakowie, co skutkowało uwzględnieniem odwołania przez Izbę i nakazaniem ponownej oceny ofert.

Przedmiotowy wyrok jednoznacznie określa skutki popełnienia błędów w formularzu cenowym w stosunku do wymogów SIWZ. I tak Izba wskazała, że: *„W kwestii drugiej ze wskazanych podstaw odrzucenia ofert przystępujących, a to niezgodności treści oferty z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) podkreślenia wymaga, że w orzecznictwie Izby mianem tym określa się nie tylko niezgodność zobowiązania opisanego w SIWZ ze zobowiązaniem oferowanym przez wykonawcę (tj. sytuację, w której świadczenie z oferty nie odpowiada, np. ze względu na parametry techniczne, świadczeniu oczekiwanemu przez zamawiającego), ale również przypadki sporządzenia i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Nadmienić trzeba że należy to odnosić do wymagań SIWZ dotyczących sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagań co do treści oferty, a nie wymagań co do jej formy, które również tradycyjnie zamieszczane są w SIWZ (np. wymóg parafowania każdej ze stron formularza oferty).”*

Nie ulega wątpliwości, że nieuwzględnienie w treści formularza cenowego wszystkich wymaganych przez Zamawiającego składowych stanowi naruszenie postanowień SIWZ, nie podlegające poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym stanowi to kolejną przesłankę do odrzucenia oferty złożonej przez Promost.

Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Promost zawiera rażąco niską cenę, a także jest niezgodna z postanowieniami SIWZ. Tym samym powinna ona ulec odrzuceniu, a Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli oferty Odwołującego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, w sytuacji gdy ziściłby się przesłanki warunkujące jej odrzucenie, oznacza że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego (którego oferta zajęła kolejne miejsce w rankingu), możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

- 1) **ZDI Spółka z o.o. z siedzibą w Zamościu** po stronie Odwołującego
- 2) **Promost Consulting Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie** po stronie Zamawiającego.

Izba uznała przystąpienia za skuteczne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Wskazał, że w zakresie podnoszonym w odwołaniu, Wykonawca Promost wzywany był do złożenia wyjaśnień, takie wyjaśnienia Zamawiający uzyskał. Wyjaśnienia były szczegółowe i wyczerpujące, tłumaczyły elementy oferty Wykonawcy, które budziły wątpliwości Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że zarzuty odwołania oparte są jedynie na przypuszczeniach Odwołującego, a nie przedstawił on żadnych wiarygodnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Przystępujący Promost złożył pismo procesowe wraz z dowodami, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego i bezzasadnego.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy SIWZ istotne dla rozstrzygnięcia sporu, wskazał istotne elementy złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oraz opisał jakie dowody złożono wraz z wyjaśnieniami.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Ustosunkowując się do zarzutów potencjalnego naruszenia w postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp dostrzeżenia wymaga, że niewątpliwie na wysokość ceny oferty Przystępującego największy wpływ miała liczba personelu przewidziana do realizacji zamówienia, bowiem przy tego rodzaju zamówieniu czynnik ludzki jest największym czynnikiem kosztotwórczym. Rozważyć zatem należało, czy ujęcie tego czynnika w ofercie wykonawcy i przedstawionej z wyjaśnieniami kalkulacji mogło spowodować, że cenę oferty Przystępującego można uznać za rażąco niską.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Analizując proces badania i oceny ofert uznano, że treść wezwania Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp miała bardzo szczegółowy charakter. Zawierała odniesienie do wszystkich elementów formularza ofertowego, zaznaczając, na które zagadnienia Wykonawca winien zwrócić szczególną uwagę podczas wyjaśniania sposobu kalkulacji ceny oferty.

Przystępujący odniósł się do wezwania w sposób prawidłowy, składając bardzo obszerne wyjaśnienia i załączając do nich materiał dowodowy, który uzasadniać miał wysokość podanych cen jednostkowych, pokazując dzięki jakim zabiegom i ofertom udało się Przystępującemu złożyć ofertę konkurencyjną cenowo. Izba uznała, że przedstawiona kalkulacja, wyjaśnienia i dowody miały rzetelny charakter, udowadniały rentowność założeń.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Izba uznała zgromadzony przez Zamawiającego materiał dowodowy i przeprowadzoną analizę ceny ofertowej Przystępującego za prawidłową.

#### koszty zatrudnienia personelu pomocniczego i biurowego.

Niezrozumiałe są w tej materii zarzuty Odwołującego, ponieważ ze złożonych wyjaśnień jasno wynika, że do kalkulacji przyjęte zostały koszty w wysokości 2 509,08 zł (np. str 12 wyjaśnień) jako koszt pracodawcy przy zatrudnieniu pracownika na umowę o pracę. Koszty te uwzględniają więc wynagrodzenie dla pracownika w wysokości minimalnej, zgadzają się także pozostałe składniki wynagrodzenia, które ponieść musi pracodawca oraz prawidłowo przyjęto liczbę osób do zatrudnienia. Tym samym kalkulacja przedstawiona przez Przystępującego jest prawidłowa, uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę, które wynikają z przepisów prawa oraz postanowień SIWZ.

#### koszty składki PEFRON

Po pierwsze jak zauważył Zamawiający zarzut częściowo opiera się na informacjach zaczerpniętych przez Odwołującego ze strony internetowej Przystępującego dotyczącej wysokości zatrudnienia. Nie jest to z pewnością źródło, które wyczerpująco charakteryzuje strukturę zatrudnienia w przedsiębiorstwie Przystępującego. Informacje te nie stanowią podstawy do wyliczenia wysokości składki, którą zobowiązany jest odprowadzać Przystępujący. Jest to rodzaj składki, której wysokość zależy od wielu czynników. Przystępujący w piśmie procesowym wyjaśnił, że jako korzystający z pracy zakładu pracy chronionej przysługują mu zwolnienia i koszty te mają znaczenie marginalne. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów i generalnie nie przeczył tezie, że koszty te mogą nie wchodzić w pozycje „Wynagrodzenia” ani „Ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia” w sprawozdaniach finansowych. Również w sprawozdaniach zarządczych prezentowane mogą być jako koszty ogólnego zarządu, a nie jako koszty bezpośrednie. Zatem Odwołujący nie wykazał po pierwsze, że koszty te nie zostały uwzględnione w kalkulacji ofertowej Przystępującego, jak też nie wykazał, że mogły one zostać ujęte w innej pozycji kosztorysowej.

#### koszty urlopów i zastępstw personelu biurowego i pomocniczego

W odniesieniu do tej kwestii Przystępujący zaznaczył, że w przypadku personelu biurowego Zamawiający postawił wymóg w pkt 2.1 Opisu przedmiotu zamówienia, że ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach od 7-15 na wszystkich etapach Kontraktu. W skład personelu biurowego wchodzi po jednej osobie plus dwie osoby z personelu pomocniczego. Natomiast zapisy, które przytoczył Odwołujący w odwołaniu dotyczą Personelu Kluczowego Projektu, gdzie dla poszczególnych osób Konsultant zobowiązany jest zapewnić zastępstwo. Izba zgadza się z założeniami przyjętymi przez Przystępującego do kalkulacji, że przewidziana w wyjaśnieniach liczba osób personelu biurowego i pomocniczego jest w stanie

zapewnić sprawną obsługę biura, także w okresie urlopowym. Zamawiający właściwie także zauważył, że Odwołujący przyjął wysokość uprawnień urlopowych przysługujących osobom pełniącym obowiązki na kontrakcie w jednakowej wielkości. Jak jednak wynika z wyjaśnień Przystępującego eksperci branżowi zatrudnieni będą na podstawie umów cywilno-prawnych. Wówczas uprawnienia urlopowe kształtują się odmiennie, natomiast do biura Konsultanta mogą zostać oddelegowani inni pracownicy. Odwołujący zapomina również, że w okresie wakacyjnym przedsiębiorcy mogą posiłkować się stażystami, praktykantami, studentami, wykorzystaniem krótkoterminowych umów o zastępstwo, zatrudnieniem w ramach prac interwencyjnych, a także inną organizacją pracy osób zatrudnionych na niepełnym etacie.

#### koszty zwolnień lekarskich

Ten element Odwołujący wyszacował przy założeniach czysto statystycznych. Jest więc to założenie tylko teoretyczne, bez znajomości doświadczenia i praktyki w przedsiębiorstwie Przystępującego. Trudno więc uznać, że kalkulacja Odwołującego jest obiektywna i odpowiada rzeczywistości. Zamawiający nie wymagał uwzględnienia w ofercie średniej statystycznej absencji przypadającej na jednego pracownika i Przystępujący, bazując na własnym doświadczeniu mógł mieć zupełnie inne założenia kalkulacyjne. Biorąc pod uwagę rodzaj wydatków, są one niemożliwe do przewidzenia na etapie ofertowania, a Przystępujący w wydatkach osobowych założył stosunkowo wysoką rezerwę, z której konieczność poniesienia takich wydatków może pokryć.

#### koszty obowiązkowych badań lekarskich

Po raz kolejny dostrzeżenia wymaga okoliczność, że Odwołujący nie podał źródła założeń kalkulacyjnych i dlatego akurat przyjęta przez niego liczba pracowników, którzy podlegali będą badaniom lekarskim jest właśnie taka. Słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że grupa pracowników, dla których przeprowadzenie takich badań będzie konieczne jest ograniczona i w przypadku Przystępującego w ogóle może nie być takich pracowników, koszt ten nie jest też kosztem powtarzalnym co roku. Poza tym kwota przyjęta do kalkulacji przez Odwołującego odpowiada wysokości jego kosztów, które ponosi za takie badania. Nie oznacza to, że nie jest możliwe uzyskanie korzystniejszej oferty dla własnych pracowników, co udowodnił Przystępujący składając do pisma procesowego skierowanie na badania wraz z fakturą dokumentującą wysokość wydatku. Nie da się nie zauważyć, że jest to kwota znacząco niższa niż przyjęta przez Odwołującego.

Zaś w przypadku kosztów związanych z wyposażeniem stanowiska pracy, Odwołujący jak wykazał w wyjaśnieniach, posiada już kompletne wyposażenie biurowe po zakończonych kontraktach (kontrakt Jędrzejów S7), o podobnej skali inwestycji, co nie jest zjawiskiem niespotykanym, a niewątpliwie generuje spore oszczędności.

#### koszty zatrudnienia personelu kluczowego

Izba podziela stanowisko wyrażone przez Przystępującego na rozprawie i w piśmie procesowym, że koszty te będą przez niego ponoszone jedynie tymczasowo, ponieważ zgodnie z SIWZ Tom II - Istotne dla stron postanowienia umowy § 4 Wynagrodzenia pkt 4 h) Istotnych postanowień umownych „*Po zakończeniu realizacji Kontraktu zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego, co powinno wynikać z zatwierdzonego Raportu Końcowego, Konsultant może wystąpić o wyrównanie wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty dla płatności opisanych w lit. b i c, z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń wynikających z niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w poza cenowych kryteriach oceny ofert*”. Nawet jeżeli więc koszty zatrudnienia zastępstwa w przypadku Personelu Kluczowego Przystępujący poniesieni początkowo jako koszty własne, to możliwe było przyjęcie w kalkulacji założenia, że ostatecznie koszty te zostaną wyrównane do wnioskowanej wysokości w przypadku pozytywnej oceny Personelu Przystępującego.

#### koszty niezmienności personelu kluczowego

W ocenie Izby nie jest jedyną prawidłową tezą, że na podobnych kontraktach należy założyć przynajmniej jedną zmianę każdej osoby wchodzącej w skład personelu kluczowego. Być może takie są doświadczenia z kadrami Odwołującego, ale nie musi być to prawidłowość w działalności każdego przedsiębiorcy. W ocenie składu orzekającego Izby jest to okoliczność trudna do przewidzenia. Nie można także odmówić słuszności twierdzeniom zaprezentowanym przez Przystępującego w piśmie procesowym, że coraz częstszą praktyką staje się wymaganie posiadania doświadczenia zawodowego zdobytego od momentu podpisania kontraktu do wystawienia świadectwa przejęcia. Możliwość przedstawienia do realizacji kontraktu zespołu składającego się z takich specjalistów jest niejednokrotnie premiowana przez Zamawiającego. Zatem przyjęcie do kalkulacji założenia, że zaprezentowany w ofercie zespół kluczowych ekspertów nie będzie się zmieniał, można uznać za prawidłowe. Dodatkowo Przystępujący przedłożył wraz z wyjaśnieniami umowy przedwstępne, z których wynika zobowiązanie osób do pracy w czasie realizacji całego kontraktu. Odwołujący nie przedstawił innych dowodów, z których wynikałoby, że te założenia w przypadku Przystępującego powinny być inne, ponieważ jego zespół charakteryzuje się znaczną zmiennością osobową. Przystępujący, jak w każdej pozycji kalkulacji, przewidział rezerwę, z której można pokryć wydatki nieprzewidziane, takie więc jak możliwa zmiana personelu kosztowego.

#### niezgodność z SIWZ Biura Konsultanta i Zamawiającego oraz nieprawidłowa wycena tej pozycji

Odwołujący podał w wątpliwość wiarygodność zawartej przez Przystępującego umowy przedwstępnej najmu lokalu oraz możliwość wykorzystania nieruchomości na cele

biurowe. Odwołujący nie przedstawił na tę okoliczność dowodów, poprzestał jedynie na swoich domniemaniach. Przedstawiony materiał z wizji lokalnej nie można uznać za w pełni wiarygodny, prezentuje on bowiem jedynie zewnętrzny wygląd budynku znajdującego się pod adresem wskazanym w wyjaśnieniach Przystępującego. Wskazany lokal będzie wykorzystywany jako pomieszczenia biurowe dopiero za 15 miesięcy od momentu podpisania umowy. Zatem nawet jeżeli w chwili obecnej nie odpowiada on wszystkim wymaganiom SIWZ, nie oznacza, to że w odpowiednim momencie nie będzie gotowy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Jak oświadczył jego właściciel, poniesie on koszty przystosowania pomieszczeń na własny koszt. Zamawiający nie wymagał, by lokal był gotowy i funkcjonował w momencie złożenia oferty. Nie jest natomiast rolą Zamawiającego antycypować dlaczego właściciel nieruchomości zgodził się na takie warunki umowne ale ocena, czy przyjęte przez Wykonawcę założenia cenowe można uznać za wiarygodne. Być może z uwagi na usytuowanie lokalu w niewielkiej odległości od przewidywanej dużej inwestycji drogowej jego właściciel uznał, że lokal zyska na wartości i zwrócą się koszty adaptacji na potrzeby pomieszczeń biurowych. Takie pomieszczenia mogą być również wykorzystywane przez inne podmioty po zakończeniu inwestycji.

Złożona do wyjaśnień przedwstępna umowa najmu potwierdza przewidzianą przez Przystępującego w kalkulacji cenę za m<sup>2</sup> najmu. Odwołujący przedstawił wyciąg z oferty najmu lokalu na rynku lokalnym z portalu *Otodom*, zgodnie z którą w jego ocenie cena 15 zł/m<sup>2</sup> była niemożliwa do osiągnięcia. Ta sama oferta w całości przedstawiona przez Przystępującego na rozprawie pokazuje, że ceny w okolicy realizacji inwestycji oscylują od minimalnej wartości 15 zł/m<sup>2</sup>. Tym samym więc stawka kalkulacji ceny oferty Przystępującego odpowiada prawdzie. Oferta załączona do odwołania ma charakter materiału reklamowego, tym niemniej nie przeczy założeniom Przystępującego wynikającym ze złożonej umowy przedwstępnej.

Na cenę oferty Przystępującego duży wpływ miała także okoliczność funkcjonowania własnej siedziby w Rzeszowie, którą Przystępujący na etapie projektowania zamierza wykorzystywać jako Biuro Konsultanta i Zamawiającego, co znacząco obniża koszty tego elementu kalkulacji. Przystępujący na tym etapie nie musi ponosić dodatkowych kosztów wynajmu sali konferencyjnej i wyposażenia biurowego, może bowiem korzystać z własnych zasobów. Koszty eksploatacyjne są niejako wpisane w koszty funkcjonowania normalnej działalności gospodarczej Wykonawcy, więc w tym okresie ich stawka może być niższa. Odwołujący podkreślał, że przyjęta stawka wynajmu i utrzymania biura w wysokości 17,53 zł/m<sup>2</sup> jest niemożliwa do osiągnięcia. Nie zauważył jednak Odwołujący, że koszt wynajęcia powierzchni biurowych w Rzeszowie Przystępujący określił jako 28 zł/m<sup>2</sup> (str. 1 wyjaśnień) i dopiero okoliczność wykorzystywania własnej siedziby wskazał jako motyw, który pozwolił



obniżyć cenę oferty. Z wyjaśnień Przystępującego wynika również w jaki sposób zapewni on Zamawiającemu dostęp do sali konferencyjnej na każdym etapie realizacji kontraktu.

Przystępujący przedstawił także z wyjaśnieniami ofertę handlową na urządzenie wielofunkcyjne, która stanowi potwierdzenie, że Wykonawca ma do dyspozycji urządzenie o określonych tam parametrach. Co do pozostałego wyposażenia biur, to Przystępujący szczegółowo odniósł się do tej kwestii i wyjaśnił w jaki sposób może wykorzystać wyposażenie i sprzęt dostępne po realizacji poprzednich kontraktów (str 2-3 wyjaśnień).

Nie jest też tak, że na każdą okoliczność Wykonawca zobowiązany jest przedstawiać dowód w postaci dokumentu. Dowodem mogą być same oświadczenia Strony.

koszty zapewnienia środków transportu i łączności: niezgodność z SIWZ środka transportu oraz niedoszacowanie kosztu

Ogólnie dostrzeżenia wymaga, że nie jest okolicznością wymagającą wiedzy specjalistycznej informacja, że wykonawca prowadzący działalność gospodarczą w określonej branży z dużym prawdopodobieństwem dysponuje określonym potencjałem technicznym niezbędnym do realizacji powtarzalnych na każdym zadaniu inwestycyjnym czynności, za takie zaś z pewnością należy uznać wymagania zamawiających związane z zapewnieniem dostępu do floty pojazdów.

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący zakłada dysponowanie dwoma samochodami osobowymi marki KIA RIO z instalacją LPG, wliczając miesięczne koszty paliwa w kwocie 500 zł. Po pierwsze wykonawca wyraźnie wskazał, że koszty leasingu wyliczył na podstawie oferty leasingu operacyjnego, którą załączył do wyjaśnień. Ponadto Przystępujący założył rezerwę w wysokości 12.986,88 zł na koszty nieprzewidziane. Następnie koszty mycia samochodu, wymiany opon, ubezpieczenia, badań technicznych oraz pozostałe koszty utrzymania zostały wyliczone przez Przystępującego. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania rzetelności wyjaśnień i kalkulacji kosztów. Odwołujący nie przedstawił powodu, dla którego w kalkulacji konieczne byłoby ujęcie kosztów montażu instalacji LPG, podczas gdy można nabyć samochody już w odpowiednie instalacje wyposażone. Także koszty zapewnienia samochodu dla Zamawiającego zostały szczegółowo przez Przystępującego rozpisane. Kwotę 1000 zł za m-c na utrzymanie środka transportu, zgodnie z doświadczeniem życiowym, należy uznać za wystarczającą.

Dla Izby zupełnie niezrozumiałe są wywody Odwołującego o konieczności doliczenia do tej pozycji kosztów utraty wartości przez pojazd w trakcie jego użytkowania. Jeżeli pojęcia tego Odwołujący nie utożsamia z amortyzacją, a to wynika z jego wypowiedzi na rozprawie, to trudno wyobrazić sobie w jaki miarodajny sposób i w jakiej wysokości należałoby jakieś (bliżej przez Odwołującego nieokreślone) koszty doliczyć. Jeżeli natomiast Odwołujący ma

na myśli amortyzację, to jak słusznie Zamawiający zauważył, w przypadku nowych pojazdów okres ich amortyzowania jako środka trwałego wynosi 5 lata, zaś w przypadku pojazdu użytkowanego co najmniej pół roku – maksymalnie 2,5 roku. Zauważyć natomiast należy, że Zamawiający nie wymagał samochodów fabrycznie nowych a Wykonawca wskazał, że okres amortyzacji dla pojazdów został już zakończony.

Co do urządzenia wielofunkcyjnego to Przystępujący przedstawił oferty handlowe, których wartości dowodowej i wynikających z nich kwot Odwołujący skutecznie nie podważył.

#### niezgodność z SIWZ kosztów działań promocyjnych

W wyjaśnieniach Przystępujący podnosił, że zamierza do realizacji kontraktu wykorzystać własne urządzenia techniczne, jak aparaty fotograficzne, dron, kamery, urządzenia multimedialne. Choć Przystępujący nie przedstawił z wyjaśnieniami dowodów, że takie urządzenia posiada, to nie można zapominać, że Zamawiający dokonuje oceny oferty każdego z wykonawców z wykorzystaniem wiedzy posiadanej na temat tych wykonawców i rynku, na którym oni działają. Skoro dany Wykonawca (tu Przystępujący) realizował dla Zamawiającego czynności na innych kontraktach z użyciem wymienionych urządzeń, bezcelowym w ocenie Izby byłoby wzywaniem Wykonawcy do złożenia kolejnych wyjaśnień, czy takie urządzenia posiada. Poza tym na zarzut Odwołującego, Przystępujący składając faktury zakupu urządzeń do pisma procesowego wykazał, iż rzeczywiście określonym sprzętem dysponuje. Wykorzystanie własnego sprzętu niewątpliwie było powodem niższych kosztów składających się na działania promocyjne, jak wykonanie zdjęć lotniczych, czy materiałów do emisji w internecie.

Jeżeli zaś określony sprzęt funkcjonuje już u Wykonawcy, to założyć dalej należało, że dysponuje on także pracownikami posiadającymi odpowiednie umiejętności praktyczne w wykorzystaniu tych specjalistycznych urządzeń. Jak też zauważył na rozprawie Przystępujący Zamawiający wymagał zatrudnienia specjalisty ds. kontaktu z mediami, więc w ramach zatrudnionych pracowników Przystępujący ujął wynagrodzenie dla osoby posiadającej odpowiednie przeszkolenie.

Dalej Przystępujący opisał, że przy użyciu sprzętu, którym dysponuje jest w stanie samodzielnie wykonać czynności związane z przygotowaniem materiałów filmowych do emisji, wykonania broszur informacyjnych, czy prowadzenia strony internetowej. Dodatkowe koszty w postaci hostingu stron, wydruku broszur, obróbki filmu, czy koszty eksploatacji sprzętu, zostały w kalkulacji ujęte.

Odwołującemu nie udało się tym samym skutecznie zanegować i przedstawić innych okoliczności, które mogły przełożyć się na uznanie, że cenę oferty Przystępującego należy traktować jak rażąco niską. Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący w postępowaniu

odwoławczym jest zobowiązany do przeprowadzania dowodów przeciwnych, iż wynikające ze złożonych wyjaśnień i że ciężar udowodnienia, że w postępowaniu nie wystąpiła cena rażąco niska nie spoczywa jedynie na stronie Zamawiającej i Przystępującym. To Odwołujący zanegował treść złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień, wskazując, że przyjęte tam założenia są nierealne, a przedstawiona kalkulacja nierzetelna. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, ową nierealność założeń Odwołujący winien wykazać. Możliwość zaś złożenia dodatkowego materiału dowodowego przez Przystępującego nie była spowodowana niestarannością przy złożeniu wyjaśnień, czy też niepełnymi wyjaśnieniami, ale dowody te zaprzeczać miały tezom przedstawionym przez Odwołującego i w tym zakresie Izba uznała materiały złożone przez Przystępującego za uzupełniające wyjaśnienia i im nie przeczące.

Dostrzeżenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący choć przedstawił własną kalkulację, opartą o przedstawiony materiał dowodowy w jaki sposób powinna kształtować się cena oferty w zakresie czynników objętych zapytaniem, to do wyliczeń przyjął założenia, które uwzględniają jego własne ofertowe uwarunkowania koncepcyjne, a te w porównaniu do oferty Przystępującego okazały się odmienne.

Zdaniem składu orzekającego Przystępujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako wystarczające, wiarygodne i rzetelne. Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Konkludując, Odwołujący nie udowodnił zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Nie wykazano, że cenę oferty złożonej przez Przystępującego należało uznać za rażąco niską a przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia w tym przedmiocie za niewiarygodne.

Nie sposób także zgodzić się z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Zgodnie z zapisami SIWZ Formularz Cenowy należało wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie.

Wykonawca obliczając cenę oferty miał uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym. Wykonawca nie mógł samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Cenowego. Każda cena jednostkowa zawarta w ofercie miała obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ ilości rozliczenia w Formularzu Cenowym. Dla działów 1, 2 (pozycje 2.1 i 2.3), 3, 4 oraz 5 Formularza Cenowego Zamawiający przewidział limity określone w tych formularzach. W przypadku, gdy którykolwiek z wymienionych limitów zostałby przekroczony w ofercie Wykonawcy, Zamawiający zamierzał odrzucić taką ofertę.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że PROMOST wypełnił Formularz Cenowy w sposób w pełni korespondujący z postanowieniami SIWZ. Choć w pozycjach 4.3. i 4.4 załącznika nr 14 widnienie dopisek, którego treść przytoczono w odwołaniu, to z analizy wartości poszczególnych pozycji Formularza, jak i łącznej ceny ofertowej, nie wynika, że dokonano przesunięcia kosztów do innej pozycji. Odwołujący nie umiał wskazać jakie koszty i do jakich pozycji zostały przesunięte.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp następuje tylko i wyłącznie w sytuacjach, kiedy zamawiający ma pewność, że treść oferty danego wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji, a przesłanki dotyczące odrzucenia winny być interpretowane w sposób ścisły. Ocena całokształtu oferty pokazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu nie ma mowy o takiej niezgodności treści oferty, która nakazywałaby Zamawiającemu zastosowanie dyspozycji art. 89 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem jej treść jest zgodna z treścią SIWZ.

W konsekwencji zdaniem Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazywanych w odwołaniu, a odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

**Przewodniczący:**