

Sygn. akt: KIO 547/19

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 10 kwietnia 2019 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 29 marca 2019 roku przez wykonawcę Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Gliwice

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach na rzecz Zamawiającego Miasta Gliwice kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Gliwice – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Pełnienie funkcji Inżyniera Nadzoru dla zadania on.: "Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Rybnickiej w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta.*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 sierpnia 2018 roku pod numerem 2018/S 159-3647716.

29 marca 2019 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy „Konsorcjum”: Lider Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., ul. Żelazna 17d/13, 40-851 Katowice, członek Konsorcjum: PROKOM Construction Sp. z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec (zwanego dalej Wykonawco lub Konsorcjum), pomimo tego, iż oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 4) i pkt 5) ustawy lub uznaniu za odrzuconą na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy;
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, do której Zamawiający obowiązany jest na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 4) ustawy, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu przepisów ustawy, a ww. Konsorcjum nie przedłożyło odpowiednich wyjaśnień, które potwierdzałyby, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska;
- 3) niezgodnej z przepisami ustawy oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w trybie art. 90 ustawy;
- 4) zaniechania czynności odrzucenia oferty ww. Konsorcjum, do której Zamawiający obowiązany jest na podstawie przepisów ustawy, w związku z faktem, iż oferta ww. Konsorcjum jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz została złożona przez Wykonawcę, który powinien być zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12) i pkt 16), art. 24 ust. 5 pkt 2) i pkt 4) ustawy oraz art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy;

- 5) niewzięcia pod uwagę przy ponownym badaniu i ocenie ofert (dokonanym przez Zamawiającego po zakończeniu poprzedniego postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. sygn. akt KIO 239/19 z dnia 25.02.2019r.) uzyskanych w toku powyższego postępowania przez Zamawiającego informacji wskazujących na to, że ww. Konsorcjum - przy składaniu na podstawie art. 25a ust. 1 i ust. 2 ustawy oświadczeń członków ww. Konsorcjum z dnia 17.10.2018r. i 22.10.2018r., że Wykonawcy (członkowie ww. Konsorcjum) spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w SIWZ oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) - 23) ustawy i na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy (stanowiących załączniki nr 2 do oferty ww. Konsorcjum z dnia 22.10.2018r.) oraz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZI - zataiło przed Zamawiającym informacje o tym, iż Zarząd Dróg Miasta Krakowa pismem nr JRP.470.1.246.2018 z dnia 27.09.2018r. wypowiedział w trybie natychmiastowym ze skutkiem na dzień 1.10.2018r. umowę nr 1269/ZIKiT/2016 z dnia 24.10.2016r. dotyczącą zamówienia pn. „Pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie pn. Rozbudowie ul. Igołomskiej, Drogi Krajowej nr 79 -Etap 2 wraz z infrastrukturą w Krakowie”, łączącą w w. Zarząd z członkiem w w. Konsorcjum (PROKOM Construction Sp. z o.o. w Sosnowcu) z powodu rażącego niewywiązywania się przez niego z obowiązków Inżyniera Kontraktu dla ww. inwestycji - co (oo dokonaniu przez Zamawiającego ponownego badania i oceny ofert) spełniało przesłanki:
- a) wykluczenia ww. Konsorcjum (na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) i pkt 16) ustawy oraz art. 24 ust 5 pkt 2) i pkt 4) ustawy) z postępowania o udzielenie zamówienia – oraz
 - b) uznania na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy oferty ww. Konsorcjum za odrzuconą (niezależnie od istnienia wystarczających podstaw do odrzucenia ww. oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy albo uznania ww. oferty za odrzuconą na podstawie przepisu art. 24 ust 4 ustawy),

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej.
2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum, podczas gdy z treści tych wyjaśnień wynika, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy przez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, iż

oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień odpowiadających wymogom art. 90 ust. 1-3 ustawy, a także przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

4. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo tego, iż jest ona niezgodna z SIWZ.
5. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3) i art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) i pkt 16) oraz art. 24 ust. 5 pkt 2) i pkt 4) ustawy przez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia ww. Konsorcjum (na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) i pkt 16) oraz art. 24 ust. 5 pkt 2) i pkt 4) ustawy) z postępowania o udzielenie zamówienia oraz uznania (na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy) oferty ww. Konsorcjum za odrzuconą (niezależnie od istnienia wystarczających podstaw do odrzucenia ww. oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy albo uznania ww. oferty za odrzuconą na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy).

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa, oferta Odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W wyniku sprzecznych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy, miało istotny wpływ na wynik postępowania, a było skutkiem zaniechań i czynności przez niego podejmowanych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i uwzględnienie go w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum albo na wykluczeniu ww. Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia oraz uznaniu oferty ww. Konsorcjum za odrzuconą;
- 4) nakazanie Zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia KIO w zakresie żądań podanych w pkt 2 i 3 powyżej;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- 6) nakazanie Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty niezgodnej z SIWZ i złożonej z naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 3) ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) i pkt 16) ustawy oraz art. 24 ust. 5 pkt 2) i pkt 4) ustawy.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania, w tym znajdujących się w aktach postępowania jak i dokumentów dołączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności przedstawione i wskazane w odwołaniu oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Zamawiający realizując postanowienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO 239/19 z dnia 25 lutego 2019r., unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, uznał za bezskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum oraz dokonał wyboru oferty ww. Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej - o czym w dniu 19.03.2019r. Zamawiający poinformował biorących udział w postępowaniu. (Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19.03.2019r. w aktach postępowania).

Odwołujący wnioskiem z dnia 19.03.2019r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie załączników do protokołu postępowania szczególnie zastrzeżonych bezskutecznie, przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Załączniki otrzymał Odwołujący drogą e-mail 22.03.2019r. o godz. 8.31.

I.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu rażąco niskiej ceny, niezgodności z SIWZ, braku złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nieprawidłowej oceny wyjaśnień przez Zamawiającego.

Odwołujący - formułując przedmiotowy zarzut na podstawie wyjaśnień i oświadczeń Wykonawcy złożonych w celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – stwierdził, że wszystkie złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia nie zawierają dowodów potwierdzających, że zaferowana przez Konsorcjum cena nie jest ceną rażąco niską.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny prawa zamówień publicznych, udzielenie odpowiedzi na żądanie wyjaśnienia ceny, przy równoczesnym nieodniesieniu się w treści wyjaśnień do wszystkich elementów cenotwórczych, jakie zgodnie z żądaniem zamawiającego miały być zaprezentowane, nie może być uznane za złożenie merytorycznych wyjaśnień. Takie działanie wykonawcy powinno zostać zaklasyfikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiegokolwiek wyjaśnienie oferowanej ceny oferty. Nieprzedstawienie kalkulacji ceny zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, czy

też złożenie lakonicznych oświadczeń o prawidłowości kalkulacji ceny może uniemożliwić pozytywną weryfikację wyjaśnienia, ale równocześnie nie musi potwierdzać oferowania realizacji usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. W takiej sytuacji zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy (tj. bez powoływania się na art. 89PZP). Odwołujący wskazał orzeczenie wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r. sygn. akt KIO 730/10, oraz wyrok KIO z dnia 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2031/14.

Odwołujący podał, że wyjaśnienia Konsorcjum, pozostają niewystarczające, niepotwierdzające objęcia wszystkich kosztów związanych z realizacją usługi. Wykonawca nie wyjaśnił skąd wynika tak duża dysproporcja cenowa pomiędzy środkami, jakie Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia tj. 1 822 500,00 zł brutto oraz średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu tj.: 2 020 746.61 zł brutto, a cena oferty Konsorcjum tj.: 788 430,00 zł brutto. Wykonawca udzielił jedynie wyjaśnień w zakresie niektórych elementów ceny, przy czym Odwołujący podkreślił że również w tym zakresie nie był wystarczająco precyzyjny. Zamawiający - po analizie kolejnych wyjaśnień Konsorcjum - powinien był ocenić je jako niewystarczające i na tej podstawie odrzucić ofertę tego Wykonawcy. Przedmiotowe wyjaśnienia w sposób oczywisty nie wypełniały bowiem wymogów, jakie ustawa nakłada na wykonawców w zakresie wyjaśnień zaofertowanej ceny.

Biorąc pod uwagę informacje na temat kosztów, jakie Konsorcjum przewidziało w określonych pozycjach Formularza załączonego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29.10.2018 r., Odwołujący stwierdził, że oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, a Zamawiający powinien ją odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy.

Wobec braku definicji legalnej pojęcia „rażąco niskiej ceny” należy odnieść się do definicji wypracowanej na bazie doktryny oraz wyroków sądów powszechnych, KIO oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którą: „cena rażąco niska oznacza cenę niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych i wskazującą na fakt wykonywania zamówienia poniżej kosztów” (Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 5 z 2009 r.). W wyrokach sądów powszechnych zgodnie wskazuje się, że „Ceną rażąco niską, o której mowa w art. 89 ust 1 pkt 4 p.z.p., będzie cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia; wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej” oraz że „cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016 r., sygn. akt II Ca 1461/16; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08; wyrok Sądu Okręgowego w Radomiu z dnia 14 lutego 2006 r., sygn. akt IV Ca 28/06, niepubl.; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia

1 sierpnia 2005 r., sygn. akt V Ca 887/05, niepubl.; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-2417/06.).

Odwołujący podał, że jego zdaniem zachodzi w tej sprawie, co wynika z analizy całokształtu złożonych przez Konsorcjum dokumentów i oświadczeń. Zgodnie z art. 90 ust. 2 i art. 190 ust. 1a ustawy to nie Odwołujący ma wykazać, że cena oferty Wykonawcy wybranej jako najkorzystniejsza jest ceną rażąco niską ani że potwierdzają to wyjaśnienia przez niego złożone. Wręcz przeciwnie, to na Wykonawcy, w odniesieniu do którego zaistniało podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty, ciąży obowiązek wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska, lecz jest ceną realną, rynkową oraz że zapewnia zarówno wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, jak również osiągnięcie zysku przez Wykonawcę. Z aktualnie obowiązujących przepisów ustawy wynika bowiem wprost, że to właśnie na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie. Powyższe ustawodawca uregulował w art. 90 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy” oraz w art. 190 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Odwołujący wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy oraz z ugruntowanym orzecznictwem, Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ws. rażąco niskiej ceny zobowiązany jest do przedłożenia szczegółowych i wyczerpujących informacji oraz dowodów, które potwierdzać będą realność zaoferowanej przez niego ceny oferty. Oznacza to, iż złożone wyjaśnienia i dowody nie mogą ograniczać się wyłącznie do elementów wskazanych w wezwaniu przez Zamawiającego, lecz winny być wyczerpujące obejmować wszelkie elementy istotnie wpływające na cenę globalną oferty i dowodzić jej realności. W tym celu konieczne jest uwzględnienie wszelkich aspektów wpływających na wyliczenie zarówno poszczególnych elementów ceny oferty (w tym w szczególności tych podniesionych przez Zamawiającego w wezwaniu), jak również ceny całej oferty. Temu wszak służy wprowadzenie przez ustawodawcę możliwości (a wręcz obowiązku) badania przez Zamawiającego istotnych elementów ceny oferty. Odwołujący podał, że niewątpliwie w praktyce często wezwania wystosowywane przez Zamawiających zawierają odniesienia do konkretnych elementów, których cena wzbudziła u Zamawiającego wątpliwości co do jej realności. W stosunku do takich elementów Wykonawca winien oczywiście przedstawić szczegółowe wyjaśnienia i potwierdzające je dowody. Nie oznacza to jednak, iż powyższe stanowi jakiegokolwiek ograniczenie dla zakresu, w jakim Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wyjaśnienia oraz dowody – z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Odwołujący wskazał, że sformułowane przez Konsorcjum wyjaśnienia nie wyjaśniły w sposób kompleksowy i jednoznaczny powstałych wątpliwości i nie dowodzą, że cena

zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska. Wskazał wyrok KIO z dnia 13 marca 2015 roku.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu, pomimo kilkukrotnie wystosowywanych przez Zamawiającego wezwań, Konsorcjum nadal nie wykazało, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska ani też by istniały po jego stronie obiektywne względy czy też szczególne, dostępne tylko dla niego uwarunkowania, które pozwalałyby mu na obniżenie ceny oferty bez konieczności finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Wskazał wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 681/17, [za:] wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2017 r., sygn. akt V Ca 2214/06. Wykonawca w ocenie Odwołującego nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, tj. nie wykazał i nie przedstawił dowodów, które mogłyby istotnie wpłynąć na możliwość obniżenia ceny oferty w omawianej pozycji, podczas gdy - jak już wyżej wskazano - to Konsorcjum winno było wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, zastosowanie winien znaleźć art. 90 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący stwierdził, że ww. Konsorcjum nie uwzględniło w swojej ofercie wskazanych poniżej czynników cenotwórczych: (1) Kosztów związanych Biurem Budowy, (2) Kosztów związanych z zatrudnieniem Personelu Podstawowego i Pomocniczego oraz Dodatkowego, (3) Kosztów ogólnych zarządu.

(Ad1) Koszty związane z Biurem Budowy

Odwołujący odnosząc się do kosztów Biura Budowy, jakie przyjęło w swojej ofercie Konsorcjum, wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 03.12.2018r. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty między innymi kosztów biura, Konsorcjum złożyło w załączeniu do pisma z dnia 10.12.2018r.: (dowód) - umowa najmu lokalu mieszkalnego nr 6 położonego w Gliwicach przy ul. Jagiellońskiej 3 o łącznej powierzchni 37,4 m² wraz z aneksem nr 1 do tej umowy (stanowiące załączniki nr 19 i 20 do wyjaśnień Konsorcjum z dnia 10.12.2018r. znajdujących się w dokumentacji postępowania). Zgodnie z treścią ww. umowy najmu przedmiotem tej umowy jest lokal mieszkalny nr 6 położony w Gliwicach przy ul. Jagiellońskiej 3 o łącznej powierzchni 37,4 m², który składa się z jednego pomieszczenia z aneksem kuchennym z wydzieloną częścią przedpokoju oraz oddzielną łazienką z możliwością użytkowania balkonu i piwnicy. Z pkt 1 ppkt 1.4 ww. umowy najmu wynika że Wynajmujący oddaje Najemcy (Lider Konsorcjum) na warunkach wynikających z niniejszej umowy opisany powyżej lokal do używania w celach mieszkaniowych wraz ze

znajdującym się w nim wyposażeniem lokalu. Zgodnie z pkt 1 ppkt 1.5 Umowy najmu Najemca oświadczył, że będzie wykorzystywał lokal wyłącznie w celu zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych. Załączony Aneks nr 1/2018 do umowy najmu mieszkania nie zmienia treści umowy w zakresie sposobu użytkowania lokalu mieszkalnego: dowody - umowa najmu lokalu mieszkalnego nr 6 położonego w Gliwicach przy ul. Jagiellońskiej 3 o łącznej powierzchni 37,4 m² wraz z aneksem nr 1 do tej umowy (stanowiące załączniki nr 19 i 20 do wyjaśnień Konsorcjum z dnia 10.12.2018r. znajdujących się w dokumentacji postępowania) Zgodnie z treścią pkt 13.2 - Wyposażenie biura oraz pkt 10.3.1 Utrzymanie biura Inżyniera Kontraktu przez cały okres trwania umowy - Szczegółowych Wymagań Zamawiającego (stanowiących załącznik nr 10 do SIWZ) Zamawiający wymagał na potrzeby przedmiotowego Zamówienia dysponowania biurem a nie lokalem mieszkaniowym, który może być użytkowany wyłącznie w celu zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych: dowód: - Szczegółowe Wymagania Zamawiającego /stanowiące załącznik nr 10 do SIWZ. Wobec powyższego dowody złożone przy piśmie z dnia 10.12.2018 nie potwierdzają, że Konsorcjum dysponuje biurem dla realizacji przedmiotowego zamówienia.

Kwota jaką Konsorcjum przyjęło w pkt 1.1 Formularza Cenowego (pismo z dnia 29.10.2018r. - w dokumentacji postępowania) tj. 2.430,00 zł jako całość kosztów związanych z organizacją Biura Budowy odbiega od wszelkich stawek obowiązujących na rynku nieruchomości w okręgu realizacji przedmiotowego zamówienia i jest niewystarczającą na pokrycie kosztów biura i jego obsługi administracyjnej: dowód - pkt 1.1 Formularza Cenowego (pismo z dnia 29.10.2018r. - w dokumentacji postępowania)

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w pkt 13.1.1. do 13.3 Szczegółowych Wymagań Zamawiającego (stanowiących załącznik nr 10 do SIWZ) - skład zespołu Inżyniera Nadzoru stanowi ok. 25 osób w tym: personel kluczowy - podstawowy - 7 osób, obsługa sekretariatu min. 1 osoba, personel dodatkowy i pomocniczy -17 osób. Zakładana minimalna ilość miejsc (biurek) dla Zespołu Inżyniera Nadzoru wynosi 10 sztuk tj.: pkt 13.1.1. Szczegółowych Wymagań Zamawiającego - personel podstawowy: 1. Inżynier Koordynator, 2. Inspektor nadzoru branży drogowej, 3. Inspektor nadzoru branży mostowej, 4. Inspektor nadzoru branży konstrukcyjno – budowlanej, 5. Inspektor nadzoru branży sanitarnej, 6. Inspektor nadzoru branży elektrycznej i elektroenergetycznej, 7. Inspektor nadzoru branży telekomunikacyjnej Pkt. 13.2 Szczegółowych Wymagań Zamawiającego: 8. Projektant, 9. Specjalista ds. rozliczeń; Pkt 13.2 c Szczegółowych Wymagań Zamawiającego: 10. Obsługa administracyjna, Pkt 13.2 Szczegółowych Wymagań Zamawiającego - personel pomocniczy: 11. 1 biurko dla 16 osobowego personelu dodatkowego i pomocniczego.

Dowód: - Szczegółowe Wymagania Zamawiającego (stanowiące załącznik nr 10 do SIWZ) Odwołujący wskazał, że minimalna powierzchnia w oparciu o obowiązujące przepisy: Ustawa Prawo budowlane (Dz. U. z 2017 r. DOZ. 1332 ze zm), Rozporządzenie Ministra

Infrastruktury z dnia 5 lipca 2013r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 2013r. ooz. 926), Kodeks Pracy (Dz. U. z2014rooz. 208), Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz. U. z 2003 Nr 169. ooz. 1650 z późn. zm.), Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 1 grudnia 1998r, w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na stanowiskach wyposażonych w monitory ekranowe (Dz. U. 1998 nr 148. DOZ. 973 z późn. zm.)

Na podstawie powyższych przepisów na jednego pracownika jednocześnie zatrudnionego w pomieszczeniach stałej pracy powinno przypadać minimum 13m³ wolnej objętości pomieszczenia oraz co najmniej 2 m² podłogi (nie zajętej urządzeniami technicznymi), założenie to dotyczy pomieszczeń o wysokości 3,0 metry. Z powyższego wynika, że minimalna powierzchnia pomieszczenia biurowego wynosi: 13 m³: 3,0 m + 2 m² = 6,33 m² + 25% (powierzchnia komunikacji, socjalna) 1,58 m² = 7,91 m²

Koszt wynajmu powierzchni biurowej za 1 miesiąc dla 10 osób wynosi: 79,1 m² (10 osób x 7,91 m²) x 30,00 zł/m² (minimalny koszt wynajmu DOW. biurowych 30.00 do 60.00 zł za 1 m²) = 2 373 zł

Do obliczenia kosztu powierzchni biurowej przyjęto minimalna ilość biurek tak aby korzystać wymiennie z biura budowy, poza obsługą sekretariatu mogło ok. 20 osób zespołu nadzoru. Biuro musi zapewniać również miejsce na dokumentację techniczną oraz gromadzenie dokumentacji i korespondencji dotyczącej inwestycji (pkt 7.16 Szczegółowych Wymagań Zamawiającego).

Koszty związane z wynajmem sali konferencyjnej:

Zgodnie z Szczegółowymi Wymaganiami Zamawiającego (Załącznik nr 10 do SIWZ) Inżynier Nadzoru zobowiązany jest do organizowania i prowadzenia Rad Budowy i innych spotkań związanych z realizacją przedmiotowej inwestycji. Rady Budowy winny odbywać się z częstotliwością nie mniejszą niż raz w tygodniu, oraz inne spotkania związane z realizacją inwestycji co wynika z pkt 7.14 Szczegółowych Wymagań Zamawiającego. W Radach Budowy i innych spotkaniach udział biorą przedstawiciele Wykonawcy Robót, Zamawiający, Zespół Inżyniera Nadzoru i inni.

Dowód: - Szczegółowe Wymaganie Zamawiającego (stanowiące załącznik nr 10 do SIWZ)

Minimalna powierzchnia sali konferencyjnej dla minimum 20 osób powinna wynosić minimum 30 m². Z uwagi na fakt, że poza cyklicznymi Radami Budów sala konferencyjna musi być do dyspozycji Wykonawcy Usługi Nadzoru z uwagi na pozostałe rady techniczne, spotkania przyjęto minimalną stawkę wynajmu w skali 1 miesiąca tj.: 30 m² x 30,00 zł/m² = 900.00 zł

Odwołujący podał, że łączny minimalny koszt wynajmu biura i Sali konferencyjnej miesięcznie wynosi: 2 373,00 zł + 900,00 zł = 3 273.00 zł. Kwota ta nie obejmuje kosztów mediów, wynajmu urządzeń technicznych, materiałów biurowych, miejsc parkingowych.

Obecnie oferty najmu powierzchni biurowych w Gliwicach, które odpowiadają wymaganiom SIWZ, rozpoczynają się od ok. 30,00 zł, sięgając aż do 60,00 zł za 1m². Odwołujący stwierdził, że cena oferty Konsorcjum w zakresie Biura Konsultanta, a więc istotnego elementu cenotwórczego w rozumieniu art. 90 ust.3 ustawy nosi przymiot ceny rażąco niskiej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że powoływanie się Konsorcjum na zdolność obniżenia kosztów utrzymania biura przez fakt prowadzenia w tym samym czasie innych inwestycji w Gliwicach (tj. : Budowa hali produkcyjno - magazynowej z częścią socjalno - biurową, obiektami towarzyszącymi, parkingami, układem drogowym, infrastruktura techniczna oraz przyłączami zewnętrznymi w Gliwicach przy ul. Bojkowskiej 92 pod nazwa Panattoni Park Gliwice III) wydaje się nieprawdziwe z uwagi na fakt, że na potrzeby wymienionej inwestycji biurem nie dysponuje (zgodnie z treścią umowy najmu), a jedynie lokalem mieszkalnym na potrzeby delegacyjne, noclegowe. Również informacja z dnia 05.12.2019r. Panattoni Development Europe Sp. z o.o. (Załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 10,12.2019r.) nie potwierdza terminów, nie określa ram czasowych w jakich będą realizowane dalsze etapy inwestycji, a terminy podane przez Konsorcjum są jedynie przypuszczeniami, opiniami Konsorcjum.

Ponadto, w złożonych wyjaśnieniach z dnia 10.12.2019r. pkt ad.6) ad 7) Konsorcjum oświadczyło, że między innymi koszty administracyjne za prowadzenie biura rozkładają się pomiędzy dwie inwestycje, z czego 50 % przypada na niniejsze zamówienie. Zgodnie z przepisami Kodeksu pracy przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Zatrudnienie w ww. warunkach jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. Obsługa administracyjna biura spełnia powyższe warunki. W tym zakresie Odwołujący przytacza, jakie koszty na dzień składania ofert zgodnie z obowiązującymi przepisami pracodawca ponosił zatrudniając pracownika na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem równym wysokości minimalnej - 2 100,00 zł brutto, które wynoszą kolejno: Ubezpieczenie społeczne - 17,93 % tj. 376,53 zł, Ubezpieczenie na Fundusz Pracy i FGŚP -2,55 % tj. 53,35 zł. Minimalny, realny koszt pracodawcy przy zatrudnieniu osoby na umowę o pracę to 2 530.08 zł. Zadeklarowany przez Konsorcjum koszt obsługi biura to 50% kosztów, wobec czego minimalny koszt Konsorcjum związany z zatrudnieniem osoby do obsługi biura wynosi 1265,04 zł (2 530,08 zł x 50%) i jest to kwota bez rezerwy na zastępstwo w okresie urlopowym, ewentualnie w okresie zwolnienia lekarskiego.

Kwota przewidziana miesięcznie na Biuro to 2 000,00 zł - poz. 1.4.4 Kalkulacji realizacji zamówienia - (załącznik nr 1 do wyjaśnień Konsorcjum z dnia 29.10.2018r.) bez Internetu 80,00 zł, drukarki 250,00 zł i pozycji Inne 100,00 zł (opłaty z tytułu ochrony, utrzymania

czystości, koszty Sali, oraz narad i spotkań, jak również poczty - wyjaśnienia Konsorcjum z dnia 10.12.2018r.)

Odwołujący wskazał: 2 000 zł (biuro) -1265,04 zł (obsługa biura) = 734.96 zł, koszt wynajmu mieszkania to 1.600,00 zł bez kosztów eksploatacyjnych (pkt 3 pakt 3.1 i 3.2 umowy najmu stanowiącej zał. nr 19 do wyjaśnień Konsorcjum z dnia 10,12.2018r.). 50 % to 800 zł - wobec czego kwota 734. 96 zł nie pokrywa nawet zadeklarowanych przez Konsorcjum kosztów wynajmu mieszkania bez kosztów eksploatacyjnych.

Pozycja 1.4.4 inne Kalkulacji realizacji zamówienia - Załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 29.10.2018 -100 zł (opłaty z tytułu ochrony, utrzymania czystości, koszty sali, oraz narad i spotkań, jak również poczty - wyjaśnienia z dnia 10.12.2018). Odnosząc się jedynie do kosztów związanych z usługami pocztowymi: cena listu zwykłego 2.60 zł. priorytetowego 3.20 zł. polecony 5.20. polecony za potwierdzeniem odbioru min. 7.80 zł oraz opłat z tytułu ochrony i utrzymania czystości: minimalna stawka godzinowa obowiązująca w 2018r. na umowie zleceniu i umowie o świadczeniu usług wynosiła 13,70 zł brutto, kwota 100 zł jest kwota nierealna i niepokrywającą kosztów opłat z tytułu ochrony, utrzymania czystości, koszty sali, oraz narad i spotkań, jak również poczty.

Reasumując Odwołujący podał, że Konsorcjum nie przedstawiło dowodów, że dysponuje biurem w Gliwicach na potrzeby realizacji przedmiotowej usługi a jedynie, że dysponuje lokalem mieszkalnym bez prawa zmiany sposobu użytkowania (co potwierdziło dowodami załączonymi do wyjaśnień z dnia 10,12.2018r. Załącznik 19 i 20). Konsorcjum nie przedstawiło dowodów, że dysponuje salą konferencyjną na potrzeby realizacji inwestycji, a kwota w wysokości 100,00 zł miesięcznie (pozycja „Inne”- Kalkulacja realizacji wyceny - Załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 29.10.2018r.) przeznaczona na opłaty z tytułu ochrony, utrzymania czystości, koszty sali, oraz narad i spotkań, jak również koszty poczty (wyjaśnienia z dnia 10.12.2018r.) jest zaniżona i niewystarczająca. Konsorcjum nie przedstawiło dowodów, nie wykazało, że kwota przewidziana na wynajem biura i jego obsługę tj. 2 000,00 zł miesięcznie poz. 1.4.1 (Kalkulacja realizacji wyceny - Załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 29.10.2018r.) zawiera koszty związane zarówno z obsługą administracyjną jak i kosztów związanych z wynajmem biura, kosztów eksploatacyjnych (wyjaśnienia z dnia 10.12.2018r) i jak wykazano powyżej nie obejmuje wszystkich kosztów wynajmu biura i jego obsługi administracyjnej.

(Ad.2) Koszty związane z Personelem Podstawowym. Pomocniczym i Dodatkowym w okresie realizacji robót i kosztów związanych z obsługą etapu gwarancji robót.

Zamawiający określił wymagania dotyczące Zespołu Inżyniera Nadzoru między innymi w pkt 13.1.1 - Szczegółowe Wymagania Zamawiającego (Załącznik nr 10 do SIWZ).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiające do wyjaśnień ceny oferty, Konsorcjum złożyło wraz z wyjaśnieniami z dnia 29.10.2018 r. Załącznik nr 1 - Kalkulację realizacji zamówienia, która nie potwierdzała ujęcia w kalkulacji kosztów zespołu nadzoru w ilości wymaganej przez Zamawiającego w tym między innymi brak wycenionych kosztów osoby przewidzianej na stanowisko inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej (Zespół kluczowy).

W odpowiedzi na ponowne wezwanie Zamawiającego z dnia 3.12.2018r., Konsorcjum złożyło wyjaśnienia z dnia 10.12.2018r., z których wynika że koszt inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej został przewidziany w kalkulacji realizacji wyceny w poz. 1.3.3 Inni niezbędni pracownicy-15.000,00 zł. Zgodnie ze złożonym oświadczeniem (załącznik nr 11 do wyjaśnień z dnia 10.12.2018r.) osoba przewidziana na stanowisko inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej zobowiązała się do świadczenia usługi w tym zakresie za ryczałtową kwotę netto w wysokości 10.000,00 zł.

W kalkulacji realizacji zamówienia - Załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 29.10.2018r. w poz. 3 - Okres Gwarancji i rękojmi robót budowlanych (60 miesięcy) Konsorcjum nie przewidziało kosztów związanych z obsługą gwarancyjną w zakresie robót telekomunikacyjnych, pomimo że nadzorująca ten zakres osoba stanowi personel podstawowy, pomimo że koszty te w odniesieniu do pozostałych członków zespołu nadzoru podstawowego zostały wykazane w wysokości 900.00 zł/1 osoba POZ. 3.1.2 do 3.1.6 (kalkulacja realizacji zamówienia), a także pomimo zastrzeżenia zawartego w pkt 13.1.1. Szczegółowych wymagań, że Zamawiający nie dopuszcza możliwości pełnienia funkcji Inspektora przez 1 osobę w więcej niż jednej branży nawet, jeżeli spełnia warunki zawarte w SIWZ.

Kwota w poz. 1.3.3 „Inni niezbędni pracownicy” została skalkulowana przez Konsorcjum w wysokości 15.000,00 zł po odjęciu 10.000,00 zł (nadzór w branży telekomunikacyjnej) oznacza to, że na pozostały zespół określony w poz. 13.3. - Dodatkowy personel Inżyniera Nadzoru (Szczegółowe Wymagania Zamawiającego - Załącznik nr 10 do SIWZ) zgodnie z kalkulacją Konsorcjum została zarezerwowana kwota w wysokości 5.000.00 zł.

Powyższa kwota zgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum z dnia 10.12.2018r. została przewidziana na nadzór nad realizacją obowiązków wynikających z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i będzie rozliczana godzinowo.

Zgodnie z treścią pkt. 13.3 - Dodatkowy personel Inżyniera Nadzoru - Szczegółowe Wymagania Zamawiającego (Załącznik nr 10 do SIWZ) Inżynier Nadzoru w celu zapewnienia należytego wykonania usługi w sytuacji, gdy zajdzie taka potrzeba zobowiązany jest do zapewnienia na etapie realizacji usługi dodatkowych ekspertów z następujących branż (wymienione poniżej, bez ujętych w kalkulacji Konsorcjum): 1) Inspektorów Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej; 2) Inspektorów Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych; 3) Specjalista BHP; 4) Inspektor nadzoru robót melioracyjnych; 5) Asystent Koordynatora

Inżyniera Nadzoru; 6) Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej; 7) Asystent Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych; 8) Innych niezbędnych pracowników do wykonania prawidłowego przedmiotu umowy.

Dowody: - wyjaśnienia konsorcjum dot. obliczenia wysokości ceny oferty powołane w niniejszym odwołaniu (w dokumentacji postępowania) i Szczegółowe Wymagania Zamawiającego (stanowiące załącznik nr 10 do SIWZ).

Z przedłożonych wyjaśnień i dowodów wynika, w ocenie Odwołującego, że Konsorcjum nie zarezerwowało żadnych środków na ww. Dodatkowy personel Inżyniera Nadzoru i niezależnie od tego, czy i w jakiej ilości wystąpi potrzeba zapewnienia na etapie realizacji dodatkowych ekspertów środki na ten cel. Konsorcjum musi mieć zapewnione w swojej kalkulacji ceny.

(Ad. 3) Koszty ogólne zarządu

Podmioty wchodzące w skład Konsorcjum prowadzą działalność gospodarczą i zgodnie z Ustawą z dnia 29 września 1994 o rachunkowości (Dz. U.2018.0.395) ponoszą koszty ogólne zarządu, koszty ogólne zarządu obejmują wydatki związane z kierowaniem całokształtem działalności jednostki, są to koszty związane z utrzymaniem zarządu jednostki oraz komórek organizacyjnych o charakterze ogólnozakładowym tj. między innymi: Płace pracowników zarządu i administracji wraz z narzutami; Koszty podróży służbowych pracowników zarządu i administracji; Koszty biurowe (materiały biurowe, opłaty telekomunikacyjne, koszty archiwizacji danych, obsługi prawnej i rachunkowej itp.); Koszty szkoleń pracowników zarządu i administracji; Opłaty za usługi i świadczenia związane z administrowaniem przedsiębiorstwa; Podatki kosztowe (np. podatek od nieruchomości budynku zarządu); Wydatki reprezentacyjne; Koszty funkcji pełnionych przez jednostkę gospodarczą jako całość, a w szczególności koszty: ochrony mienia, szkoleń załogi, bezpieczeństwa i higieny pracy.

Szacunkowy koszt kosztów ogólnych zarządu, w zależności od wartości usługi kształtują się na poziomie od 10% do 80%.

Z przedłożonych wyjaśnień i dowodów wynika, że Konsorcjum nie zarezerwowało środków na żadne pozostałe koszty w tym w szczególności na koszty zarządu, którymi oferowana cena powinna być obciążona.

Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach dotyczących sprzyjających warunków realizacji przedmiotowego zamówienia powołuje się na fakt... że *umowy na terenie Zamawiającego są na etapie realizacji - w sytuacji gdy to będzie możliwe, pracownicy Wykonawcy czynni na tym obszarze mogą wykonywać symultanicznie w zakresie możliwości wszelkie czynności u*

Zamawiającego (wyjaśnienia Konsorcjum z dnia 29.10.2018r. str. 3) jednocześnie ze złożonych Zamawiającemu Poświadczeń (wydane 11.10.2016r. przez Prezydenta Miasta Ruda Śląska oraz wydane 20.12.2015r. przez ZiKiT w Krakowie) potwierdzających należyte wykonanie usług jednoznacznie wynika, że ilość realizowanych jednocześnie inwestycji nie przekłada się na jakość usługi - kary naliczone za brak udziału w spotkaniach i za opóźnienia w dostarczeniu Raportu Zakończenia: dowody - wyjaśnienia konsorcjum dot. obliczenia wysokości ceny oferty powołane w niniejszym odwołaniu (w dokumentacji postępowania) i Szczegółowe Wymagania Zamawiającego (stanowiące załącznik nr 10 do SIWZ)

Jednocześnie w trybie o udostępnienie informacji publicznej Odwołujący otrzymał informację dotyczącą rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym przez Zarząd Dróg Miasta Krakowa z PROKOM Construction Sp. z o.o. (partnerem Konsorcjum) dotyczącej zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie pn.: „Rozbudowa ulicy Igołomskiej, drogi krajowej nr 79 - Etap 2 - numer sprawy 6/M/2016” ze skutkiem na dzień 1.10.2018r.. Podstawą wypowiedzenia umowy są między innymi zarzuty dotyczące obecności na budowie w trakcie realizacji inwestycji takie jak: *...Inżynier Kontraktu przychodzi tylko na niektóre Rady Budowy, czasami na spotkania; Inżynier Rezydent okazjonalnie przebywa na budowie...; na radach technicznych nigdy nie ma kompletu inspektorów nadzoru (zgodnie z zatwierdzonym wykazem personelu), w szczególności nie ma inspektorów z branż poruszanych na naradach; w biurze Inżyniera nie ma na stałe osoby w godzinach funkcjonowania biura; brak codziennej obecności na budowie Inżyniera Kontraktu/ inżyniera Rezydenta.* Dowody: 1) pismo nr JRP.470.1.246.2018 Zarządu Dróg Miasta Krakowa z dnia 27.09.2018r. w sprawie wypowiedzenia w trybie natychmiastowym ze skutkiem na dzień 1.10.2018r. umowy nr 1269/ZiKiT/2016 z dnia 24.10.2016r. dotyczącej zamówienia pn. „Pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie pn. Rozbudowie ul. Igołomskiej, Drogi Krajowej nr 79 - Etap 2 wraz z infrastrukturą w Krakowie”, łączącą ww. Zarząd z członkiem ww. Konsorcjum (PROKOM Construction SD. z o.o. w Sosnowcu); 2) pismo nr N0.0161.158.2019 Zarządu Dróg Miasta Krakowa z dnia 19.02.2019r. w ww. sprawie – dokumenty załączone do odwołania.

W kontekście wymagań Zamawiającego określonych w Szczegółowych Wymaganiach Zamówienia w tym między innymi (pkt 11.3)... *Koordynator Zespołu Inżyniera Nadzoru, lub osoba go zastępująca, ma obowiązek być obecny na terenie budowy 5 razy w tygodniu - od poniedziałku do piątku...* wątpliwości Odwołującego budzi czy wymienione przez Konsorcjum okoliczności można uznać rzeczywiście za sprzyjające optymalizacji, a tym samym redukcji kosztów personelu. Cena oferty Konsorcjum nie obejmuje wszystkich kosztów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ wraz z załącznikami dla zamówienia pn.: Pełnienie funkcji Inżyniera Nadzoru dla zadania pn.: „Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Rybnickiej w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy

miasta" - co jednoznacznie wynika ze złożonych wyjaśnień i dowodów przedstawionych w toku postępowania przez Konsorcjum, pozostaje zatem ceną rażąco niską.

(Ad. 4)

Zarzut niewzięcia pod uwagę przy ponownym badaniu i ocenie ofert (dokonanym przez Zamawiającego po zakończeniu poprzedniego postępowania odwoławczego w sprawie wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 239/19 z dnia 25.02.2019r.) uzyskanych w toku powyższego postępowania przez Zamawiającego informacji wskazujących na to, że ww. Konsorcjum - przy składaniu na podstawie art. 25a ust. 1 i ust. 2 ustawy oświadczeń członków ww. Konsorcjum z dnia 17.10.2018r. i 22.10.2018r.. że Wykonawcy (członkowie ww. Konsorcjum) spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w SIWZ oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) - 23) ustawy i na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy (stanowiących załączniki nr 2 do oferty ww. Konsorcjum z dnia 22.10.2018r.) oraz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) - zataiło przed Zamawiającym informacje o tym, iż Zarząd Dróg Miasta Krakowa pismem nr JRP.470.1.246.2018 z dnia 27.09.2018r. wypowiedział w trybie natychmiastowym ze skutkiem na dzień 1.10.2018r. umowę nr 1269/ZIKiT/2016 z dnia 24.10.2016r. dotyczącą zamówienia pr. „Pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie pn. Rozbudowie ul. Igołomskiej, Drogi Krajowej nr 79 - Etap 2 wraz z infrastrukturą w Krakowie", łączącą ww. Zarząd z członkiem ww. Konsorcjum i PROKOM Construction SD. z o.o. w Sosnowcu) z powodu rażącego niewywiązywania się przez niego z obowiązków Inżyniera Kontraktu dla ww. inwestycji - co (po dokonaniu przez Zamawiającego ponownego badania i oceny ofert) spełniało przesłanki:

- a) wykluczenia ww. Konsorcjum (na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12) i pkt 16) ustawy oraz art. 24 ust 5 pkt 2) i pkt 4) ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia – oraz
- b) uznania na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5) PZP oferty ww. Konsorcjum za odrzuconą (niezależnie od istnienia wystarczających podstaw do odrzucenia ww. oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 4) ustawy albo uznania ww. oferty za odrzuconą na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy
- znajduje uzasadnienie i potwierdzenie w treści wymienionych w poprzednim punkcie pisma nr JRP.470.1.246.2018 Zarządu Dróg Miasta Krakowa z dnia 27.09.2018r. w sprawie wypowiedzenia w trybie natychmiastowym ze skutkiem na dzień 1.10.2018r, umowy nr 1269/ZIKiT/2016 z dnia 24.10.2016r. dotyczącą zamówienia pn. „Pełnienia funkcji inżyniera Kontraktu w projekcie pn. Rozbudowie ul. Igołomskiej, Drogi Krajowej nr 79 - Etap 2 wraz z infrastrukturą w Krakowie", łączącą ww. Zarząd z członkiem ww. Konsorcjum (PROKOM Construction Sp. z o.o. w Sosnowcu) i pisma

nr NO.0161.158.2019 Zarządu Dróg Miasta Krakowa z dnia 19.02,2019r. w ww. sprawie (których kserokopie przedkładamy w załączeniu.

Dowody: 1) pismo nr JRP.470.1.246,2018 Zarządu Dróg Miasta Krakowa z dnia 27.09.2018r. w sprawie wypowiedzenia w trybie natychmiastowym ze skutkiem na dzień 1.10.2018r. umowy nr 1269/ZIKiT/2016 z dnia 24.10.2016r. dotyczącą zamówienia pn. „Pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie pn. Rozbudowie ul. igołomskiej, Drogi Krajowej nr 79 - Etap 2 wraz z infrastrukturą w Krakowie”, łączącą ww. Zarząd z członkiem ww. Konsorcjum (PROKOM Construction Sp. z o.o. w Sosnowcu); 2) pismo nr NO.0161.158.2019 Zarządu Dróg Miasta Krakowa z dnia 19.02.2019r. w ww. sprawie – które to dokumenty Odwoływający załączył do odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 marca 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia*

takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącej postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w *sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem. Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do odwołania jak również dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 9 kwietnia 2019 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*, które Zamawiający w dniu 9 kwietnia 2019 roku przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz złożył w oryginale na posiedzeniu.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany i złożony przez Zamawiającego w trakcie rozprawy Zarządzenie nr PM-413/19 Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 08.03.2019 w sprawie (...).

VI.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

A.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum, podczas gdy z treści tych wyjaśnień wynika, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy przez zaniechanie dokonania

czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień odpowiadających wymogom art. 90 ust. 1-3 ustawy, a także przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo tego, iż jest ona niezgodna z SIWZ – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Er GRUPA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (pełnomocnik) oraz PROKOM Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (dalej: Konsorcjum) w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 23 października 2018 roku, dni 3 grudnia 2018 roku oraz z dnia 18 grudnia 2019 roku składali wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferty odpowiedni w dniu 29 października 2018 roku, w dniu 10 grudnia 2019 roku oraz 26 grudnia 2018 roku.

Izba podkreśla, że Zamawiający oświadczył, że *uzyskał wszystkie informacje, o jakie zwrócił się w pismach do konsorcjum*, a Odwołujący nie kwestionował takiego stanowiska Zamawiającego, jak również nie kwestionował tego w treści odwołania.

Konstrukcja zarzutów odwołania w odniesieniu do rażąco niskiej ceny w argumentacji Odwołującego oparta jest o koszty wynajmu Biura Budowy oraz koszty najmu pomieszczeń, w których prowadzone będą Rady Budowy i inne spotkania związane z realizacją inwestycji, a także kosztów Inspektora Nadzoru branży telekomunikacyjnej w okresie gwarancji i rękojmi, kosztów obsługi administracyjnej Biura Budowy, kosztów Dodatkowego Personelu Inżyniera Nadzoru wskazanego w pkt 13.3 Załącznika nr 10 do SWIZ niewykazanego w załączniku nr 1 do pisma z dnia 29 października 2019 roku, oraz nieskalkulowania w cenie oferty kosztów ogólnych zarządu.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Jednocześnie ocena czynności następuje w zakresie zarzutów odwołania, bowiem Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy może nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Konstrukcja podniesionych w odwołaniu zarzutów jak również argumentacja faktyczna dotyczy podstaw i zasadności odrzucenia oferty konsorcjum ponieważ cena zaoferowana przez Konsorcjum jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wynika ze złożonych wyjaśnień, oraz stanowi niezgodną z przepisami ustawy czynność zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum. Z tymi

zarzutami skorelowane są żądania Odwołującego odrzucenia oferty Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie potwierdza w żaden sposób, że złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia potwierdzają, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pamiętać bowiem należy, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę możliwe jest dopiero wtedy, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przeprowadził w przedstawionej argumentacji, tak np. w przypadku obsługi administracyjnej Biura Budowy kalkulację wynagrodzenia, jednakże w ocenie Izby kalkulacja ta, która została oparta jedynie na modelu zatrudnienia na umowę o pracę nie wyjaśnia, a nawet nie uprawdopodobnia, że Odwołujący nie przewidział w kalkulacji ceny oferty kosztów obsługi administracyjnej. Podkreślić bowiem należy, że tak przyjęty model pomija w zupełności inne możliwości prawne współpracy albo inne modele rozwiązania obsługi administracyjnej Biura Budowy. W zasadzie Odwołujący wyinterpretował swoje stanowisko z częściowych informacji na ten temat. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego, która zbudowana jest tylko w oparciu o jego przekonania co do zatrudnienia na umowę o pracę osoby do obsługi biura nie znajduje żadnego uzasadnienia w dokumentacji, potwierdza natomiast tylko tyle, że właśnie takie stanowisko i przekonanie Odwołującego było podstawą do kwestionowania ceny oferty złożonej w postępowaniu. W ocenie Izby powyższe dobitnie potwierdza, że w tym zakresie niezbędne byłoby w zasadzie przeprowadzenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny kosztów obsługi administracyjnej Biura Budowy. Jednakże Odwołujący nie podniósł zarzutu zaniechania wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie, nie podniósł naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyjaśnienia co do samego kosztu i podstawy jego powstania obsługi administracyjnej Biura Budowy. Zaznaczyć należy, że to na wykonawcy ciąży obowiązek złożenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, jednakże ryczałtowy charakter wynagrodzenia z umowy powoduje, że zakres składanych wyjaśnień zawsze jest indywidualnie identyfikowany. Oczywiście determinuje go również treść wezwania Zamawiającego, ale konieczność uszczegółowienia takich wyjaśnień nie może być odczytywana jak naruszenie obowiązujących przepisów, które nakładają na wykonawcę obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo i doktryna są zgodne co do tego, że wykonawca może uszczegóławiać swoje wyjaśnienia i może czynić to kilkakrotnie o ile zajdzie taka potrzeba. To natomiast daje Zamawiającemu podstawę do prawidłowej i wszechstronnej oceny oferty.

Podobnie w zakresie skalkulowania w cenie oferty kosztów Inspektora Nadzoru branży telekomunikacyjnej w okresie gwarancji i rękojmi (Etap gwarancji robót) – brak podania takiej informacji powinien być w ocenie Izby wyjaśniony i w tym zakresie niezbędne byłoby wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, jednakże takie zarzutu Odwołujący nie podniósł. Brak wskazania takiej informacji w złożonych wyjaśnieniach nie może być utożsamiany z brakiem ujęcia tych kosztów, bowiem o te koszty Zamawiający nie dopytał Konsorcjum. Dopiero brak wyjaśnienia czy też negatywna odpowiedź ze strony Konsorcjum, lub wyjaśnienia, które nie potwierdzają, że koszty takie zostały przewidziane przez Konsorcjum w cenie oferty dawały Zamawiającemu podstawę do oceny, w tym w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Również w zakresie skalkulowania w cenie oferty kosztów Dodatkowego Personelu Inżyniera Nadzoru wskazanego w pkt 13.3 Załącznika nr 10 do SWIZ *Szczegółowe Wymagania Zamawiającego* dla przedmiotowego zamówienia, a niewykazanego w załączniku nr 1 do pisma z dnia 29 października 2019 roku przez Konsorcjum niezbędne byłoby złożenie przez Konsorcjum dodatkowych wyjaśnień. Podkreślenia wymaga, że personel dodatkowy, zgodnie z ww. punktem zapewniony ma zostać przez wykonawcę „w sytuacji, gdy zajdzie taka potrzeba”, tym samym koszty skalkulowania takiego personelu wykonawca niewątpliwie powinien przewidzieć. Jednakże dopiero wyjaśnienie w tym zakresie pozwoliłoby na ocenę czy koszty dodatkowego personelu zostały przez Konsorcjum ujęte, w jakiej wysokości. Fakt niewskazania informacji w tym zakresie, gdzie nie było Konsorcjum o to pytane, nie przesądza w ocenie Izby, że kosztów tych w cenie oferty nie uwzględniło.

Odwołujący wskazał również, że Konsorcjum nie zarezerwowało żadnych środków na pozostałe koszty w tym koszty zarządu, którymi w ocenie Odwołującego cena powinna być obciążona. W tym zakresie wynika również, że Odwołujący stwierdził taką okoliczność ale nie wykazał w żaden sposób, że koszty zarządu nie mogły zostać uwzględnione w innej pozycji Kalkulacji realizacji zamówienia, nie wykazał również, że koszty te muszą zostać skalkulowane w ofercie jako wyodrębniona pozycja. W ocenie Izby, Odwołujący wnosząc odwołanie musi uzasadnić stawiane zarzuty, i co najważniejsze, nie zmienia tego ukształtowany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak również w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodzenia. Stwierdzenie Odwołującego, że Konsorcjum nie zarezerwowało środków na koszty zarządu jest ogólnikowe i stanowi jego subiektywną, niezbędną na daną chwilę ocenę. W zasadzie jest to kolejny przykład, który wskazuje, że i w tym zakresie niezbędne byłoby wyjaśnienie, bowiem może tak być – ale tego nie wiadomo, bo wykonawca tego nie wyjaśnił. Sam fakt, że nie podał w wyjaśnieniach - które były ogólne z uwagi na ogólne wezwanie, a następne bardziej odnoszące się do konkretnych zapytań – nie przesądza o tym, że tych kosztów nie ma w kalkulacji ceny oferty, co powoduje, że bez wiedzy w tym zakresie nie sposób byłoby

stwierdzić – Zamawiający nie miałby zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy takiej możliwości – że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaznaczenia wymaga również, że w wyjaśnieniach z dnia 29 października 2018 roku Konsorcjum podało, że koszty pośrednie oraz koszty administracyjne rozkładają się pomiędzy wskazane w piśmie inwestycje – to przesądza fakt, że Konsorcjum wskazało na ujęcie tych kosztów. Niemniej należy mieć na uwadze, że wezwanie z dnia 23 października 2018 roku było ogólne, natomiast wyjaśnienia Konsorcjum charakteryzowały się pewną szczegółowością, która stanowiła dla Zamawiającego punkt wyjściowy do dalszego uszczegóławiania informacji odnoszących się do pewnych elementów cenotwórczych.

Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wyspecyfikowanych braków informacji w poszczególnych kosztach. Izba zaznacza, że brak wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty, a w tym jej składowych stanowi przeszkodę do orzekania o podstawie odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, przedmiotu zamówienia jak również wezwania Zamawiającego.

W odniesieniu do skalkulowania w cenie oferty kosztów wynajmu Biura Budowy w ocenie Izby słusznie wskazał Zamawiający, że umowa najmu lokalu mieszkalnego, która została Zamawiającemu przedstawiona potwierdzać ma realność kosztów jakie ponosi wykonawca za najem oraz jednocześnie potwierdza wysokość opłat za najem w okolicach realizacji inwestycji. Izba zaznacza, że w prezentowanym uzasadnieniu Odwołujący wskazał na szereg przepisów regulujących wymagania co do minimalnej powierzchni biura, przy czym sam wskazał, że w oparciu o te przepisy „na jednego pracownika jednocześnie zatrudnionego w pomieszczeniach stałej pracy” powinna przypadać określona powierzchnia. Jednakże nie wykazał w jaki sposób odbywa się praca w Biurze Budowy poszczególnych Inspektorów i innych osób, natomiast założenia jakie poczynił w uzasadnieniu odwołania co do ilości biurek również wydają się być tylko indywidualnym stanowiskiem niepopartym żadnym faktycznym argumentem. Przedstawione dowody, przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego dowodzą rozpiętości opłat za najem lokali w Gliwicach, czym w ocenie Izby uprawdopodobniają kwotę najmu przyjętą do kalkulacji przez Konsorcjum. Z wyjaśnień z dnia 10 grudnia 2019 roku wynika, że lokal – biuro, którego najem ma jeden z konsorcjantów, zostało wynajęte w związku ze wcześniejszą inwestycją i znajduje się w posiadaniu wykonawcy. W ocenie Izby, w wyżej przytoczonym zakresie Odwołujący nie wykazał,

że cena oferty przez przyjęcie stawki najmu lokalu mieszkalnego do wyliczenia wartości oferty spowodowało, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i tym samym nie gwarantuje realizacji umowy w sposób należyty. Słusznie podniósł Zamawiający, że uwzględnienie nawet cen najmu prezentowanych przez Odwołującego spowodowałoby podniesienie ceny oferty o 13 tys. zł, co jednocześnie nie było kwestionowane przez Odwołującego. Natomiast nie wykazał Odwołujący, że przyjęcie podniesionych kosztów najmu lokalu biurowego spowodowałoby, że cena oferty byłaby rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiłaby prawidłową realizację zamówienia.

W odniesieniu do kosztów najmu pomieszczeń, w których prowadzone będą Rady Budowy i inne spotkania związane z realizacją inwestycji na jakie wskazał Odwołujący uzasadnienie zarzutu było oparte na braku lokalu biurowego, a w konsekwencji na braku ujęcia kosztów najmu sali konferencyjnej umożliwiającej przeprowadzenie Rad Budowy i innych spotkań w cenie oferty. Izba zaznacza, że Konsorcjum w przedstawionych wyjaśnieniach wykazało najem lokalu i koszty jakie są związane z tym najmem. Izba zaznacza, że Odwołujący nie kwestionował faktu, że dotychczasowo w tym lokalu prowadzone było biuro co wynika ze złożonych wyjaśnień przez Konsorcjum, jak również, że nie było możliwości prowadzenia w nim narad i innych spotkań. Jednocześnie, jeżeli narady i inne spotkania musiałyby z przyczyn obiektywnych być prowadzone w innych miejscach np. w wynajętej sali konferencyjnej czy innym obiekcie, to niewątpliwie informacja na ten temat powinna zostać pozyskana przez Zamawiającego w wyniku wezwania do wyjaśnień, co jednak nie wzbudziło podejrzania Zamawiającego. Tym samym, o ile Odwołujący uznał, że taka informacja odnosząca się do kosztów najmu odpowiedniego pomieszczenia na prowadzenie Rad Budowy i innych spotkań powinna, z uwagi na poczynią argumentację w sprawie Biura Budowy, być wskazana przez Konsorcjum to winien był kwestionować brak wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Szczegółowe wyjaśnienia w odniesieniu do tego jakie koszty uwzględniło Konsorcjum w tym zakresie, mając na uwadze, że narady i inne spotkania prowadzone byłby poza biurem dopiero pozwoliłoby Zamawiającemu na ocenę, czy oferta uwzględniając ten element cenotwórczy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że brak jest możliwości rozpoznania wskazanego przez Odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy tj. niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która winna być przez Odwołującego wyspecyfikowana w odwołaniu, dając tym samym możliwość oceny zasadności podnoszonego naruszenia. Odwołujący poza podaniem podstawy prawnej i przytoczeniem przepisu nie wskazał na czym owa niezgodność treści oferty z treścią SIWZ miałaby polegać. Izba nie może poszukiwać samodzielnie uzasadnienia dla wskazywanych

podstaw prawnych. Próba odnoszenia w trakcie rozprawy przez Odwołującego wyartykułowanego wyżej naruszenia do niezgodności wynikających z kalkulacji ceny oferty nie może być uwzględniona przez Izbę.

W ocenie Izby, argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w granicach podniesionych zarzutów odwołania nie dowodziła, że oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dowodziła w ocenie Izby konieczności wyjaśnienia poszczególnych wskazywanych przez Odwołującego czynników cenotwórczych i ich uszczegółowienie. Zamawiający odrzuca ofertę w oparciu o podniesione przez Odwołującego podstawy prawne, w oparciu o wyjaśnienia, które potwierdzają, że cena jest rażąco niska (art. 90 ust. 3 ustawy). Poszczególne elementy, na które wskazywała Odwołujący powinny zostać dodatkowo wyjaśnione przez Zamawiającego i poddane ocenie. Jednakże brak podniesienia zarzutu zaniechania wyjaśnienia wskazywanych przez Odwołującego w znaczącej części elementów cenotwórczych uniemożliwia Izbie nakazanie wezwania do złożenia wyjaśnień w tych zakresach. W podsumowaniu Izba wskazuje, że nie można przyjąć, że złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska.

B.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) i art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) i pkt 16) oraz art 24 ust. 5 pkt 2) i pkt 4) ustawy przez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia ww. Konsorcjum (na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12) i pkt 16) oraz art. 24 ust 5 pkt 2) i pkt 4) ustawy) z postępowania o udzielenie zamówienia oraz uznania (na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust 1 pkt 5) ustawy) oferty ww. Konsorcjum za odrzuconą (niezależnie od istnienia wystarczających podstaw do odrzucenia ww. oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4) ustawy albo uznania ww. oferty za odrzuconą na podstawie przepisu art. 24 ust 4 ustawy).

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia rozdział 8 – *Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5* Zamawiający przewidział tylko jedną fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania tj. podstawę z art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy.

Zamawiający nie wskazał podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy. Należy podkreślić, że jedynie przewidzenie w SIWZ stosowania danych przesłanek fakultatywnych pozwala na ich zastosowanie na etapie oceny wykonawców oraz wykluczenie wykonawcy w oparciu o te przesłanki. Tym samym, skoro Zamawiający nie przewidział ww. podstaw fakultatywnych wykluczenia, to nie podlegają żadnej ocenie informacje przedstawione

w JEDZu w tym zakresie. Informacje te pozostają ambiwalentne dla oceny danego wykonawcy w postępowaniu. Słusznie w ocenie Izby podniósł Zamawiający w trakcie rozprawy, że Odwołujący powołuje przesłankę fakultatywną, nieprzewidzianą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako podstawę obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podane w JEDZu informacje, które nie podlegają ocenie w przyzmacie przesłanek fakultatywnych, z uwagi na brak ich przewidzenia przez Zamawiającego, nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia na podstawie obligatoryjnej przesłanki wykluczenia, bowiem te informacje nie podlegają badaniu Zamawiającego.

W ocenie Izby powołanie informacji z pism od Zarządu Dróg Miasta Krakowa i Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie oraz wskazanie na informacje zawarte w JEDZu (str. 13) nie potwierdziło spełnienia przesłanek wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 i pkt 16 ustawy oraz art. 24 ust 5 pkt 2 i pkt 4, ponieważ fakultatywnych podstaw Zamawiający nie przewidział, a w odniesieniu do podstaw obligatoryjnych Odwołujący nie przedstawił argumentacji wskazującej na podanie przez Konsorcjum informacji wymaganych przez Zamawiającego, które podlegałyby ocenie w świetle tych obligatoryjnych przesłanek wykluczenia.

W zakresie wyspecyfikowanego przez Odwołującego naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy przez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia ww. Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz uznania na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy oferty Konsorcjum za odrzuconą - Izba wskazuje, że brak jest argumentacji faktycznej, która uzasadniałaby zastosowanie takich podstawy prawnych. Jednocześnie Izba dodaje, co zostało powyżej wskazane, że brak jest podstawy do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przedstawioną podstawę faktyczną na podstawie nieprzewidzianych fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał faktycznego zaistnienia zastosowania obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji uznania oferty wykonawcy Konsorcjum za odrzuconą. Również nie wykazał podstaw do odrzucenia oferty, której złożenie w ocenie Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W odniesieniu do podstawy odrzucenia z uwagi na to, że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert Izba jedynie nadmienia, że ta podstawa prawna odrzucenia oferty może mieć zastosowanie w tzw. trybach dwuetapowych.

C.

Izba wskazuje, odnosząc się do wszystkich podniesionych zarzutów odwołania, że na kanwie zamówień publicznych granicą stosowania i naruszenia zasad w stosunku do Odwołującego jest naruszenie tej zasady w stosunku do innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców będzie miało miejsce, gdy działania podejmowane w stosunku do Odwołującego będą powodowały inną, nierówną w postępowaniu sytuację pozostałych wykonawców lub wykonawcy. Granicą dopuszczalności działań Zamawiającego odnośnie danego wykonawcy zawsze będzie naruszenie zasady / zasad w odniesieniu do innego wykonawcy. Zasady Prawa zamówień publicznych – w tym wypadku równego traktowania wykonawców – nie są dane tylko jednemu wykonawcy, który się skarży na działania Zamawiającego, a ich ocena dokonywana w danym postępowaniu oraz podejmowane przez Zamawiającego czynności bądź zaniechania czynności oceniane w kontekście zasad muszą być dokonywane z uwzględnieniem interesów wszystkich wykonawców. W kontekście uznania za niezasadne podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia podniesionych przez Odwołującego zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: