

Sygn. akt: KIO 1061/20

WYROK
z dnia 7 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lipca 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 maja 2020 r.** przez wykonawcę **MILIMEX S.A., ul. Olimpijska 7, 41-100 Siemianowice Śląskie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Żory, Al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) ARS LONGA Konserwacja Dziel Sztuki i Obiektów Zabytkowych J.D.M. M. Sp. Jawna (Lider); 2) WodPol Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum)**, z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Podgórk Tynieckie 71, 30-398 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża MILIMEX S.A., ul. Olimpijska 7, 41-100 Siemianowice Śląskie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MILIMEX S.A., ul. Olimpijska 7, 41-100 Siemianowice Śląskie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **MILIMEX S.A., ul. Olimpijska 7, 41-100 Siemianowice Śląskie** na rzecz **Gminy Miejskiej Żory, Al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory** kwotę **480 zł 63 gr** (słownie: czterysta osiemdziesiąt złotych sześćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Renowacja zespołu parkowo pałacowego w Żorach - Baranowicach - Etap I”, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.12.2019 r. pod nr 2019/S 246- 604661 przez: Gminę Miejską Żory, Al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 08.05.2020 r. (przez elektroniczną platformę zakupową Open Nexus) Zamawiający poinformował o odrzuconiu - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” oferty MILIMEX Spółka Akcyjna, ul. Olimpijska 7, 41-100 Siemianowice Śląskie zwanej dalej: „MILIMEX Spółka Akcyjna” albo „Odwołującym”. Dodatkowo, poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Konsorcjum Firm: 1) ARS LONGA Konserwacja Dziel Sztuki i Obiektów Zabytkowych J.D.M. M. Sp. Jawna (Lider); 2) WodPol Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Podgórk Tynieckie 71, 30-398 Kraków zwana dalej: „Konsorcjum ARS LONGA” albo „Przystępującym”. Stwierdził: „(...) Zamawiający wezwał wykonawcę zgodnie z art. 90 ustawy pzp do wyjaśnień rażąco niskiej ceny m.in. pozycji:

- 236 kosztorysu tj. **tyniki cementowo-wapienne, lekkie, gr.15 mm, wykonane z zaprawy do renowacji zabytków „antypieśniowej”**. Wg opisu w PB miała być użyta do wykonania tych prac zaprawa do renowacji zabytków „antypieśniowa”, przeznaczona do obiektów zabytkowych. Cena jednostkowa w kosztorysie - 48,42zł/m², przyjęta do wyceny według Zamawiającego nie gwarantuje zastosowania zaprawy do obiektów zabytkowych. Cena podana w zestawieniu materiałów poz. 10 i poz. 11 w wysokości 400zł/t tj. 0,4zł/kg to cena zwykłego tynku maszynowego a nie tynku do obiektów zabytkowych, którego cena za zaprawę typu Sanierputz (uzyskana od przedstawiciela handlowego firmy REMMERS) wynosi 4,47 zł/kg i zużycie 8,5 kg/m² tynku o grubości 1 cm. Przy grubości 1,5 cm wartość samej zaprawy tynkarskiej wynosi 56,99 zł.

Wykonawca wyjaśnił, że w poz. 236 przyjęta została następująca kalkulacja jednostkowego kosztu wykonania prac ujętych w tej pozycji:

- Przyjęto zastosowanie renowacyjnej zaprawy tynkarskiej Torggler EKOR 44R (karta techniczna w załączeniu - Załącznik nr 3). Jest to zaprawa tynkarska, do wykonywania tynków renowacyjnych na ścianach i sufitach, polecana do podłoży zawilgoconych

i zasolonych, dedykowana do powierzchni podatnych na kapilarne podciąganie wody, służąca do zapobieganiu powstawania wykwitów i pleśni w obiektach zabytkowych.

Zużycie dla wykonania 1,5 cm warstwy tynku - 18 kg/m². Cena jednostkowa - 0,52 zł/kg (zgodnie z załączoną ofertą - Załącznik nr 4 do wyjaśnień z 20.04.2020 r.). Cena masy tynkarskiej na 1m² przy założeniu grubości 15mm - 9,36 zł/m².

- Do tego założono aplikację emulsji zwiększającej przyczepność - Torggler Neoplast Latex (karta techniczna w załączeniu - Załącznik nr 5 do wyjaśnień z 20.04.2020 r.). Zużycie na 1m² - 0,2 kg/m², cena za 1 kg - 13,5 zł (zgodnie z ofertą stanowiącą załącznik nr 4 do wyjaśnień z 20.04.2020 r.). Cena materiału na 1 m² — 2,70 zł/m².

- Nakłady robocizny na wykonanie warstwy tynku przyjęto zgodnie ze wskazaną w przedmiarach podstawą wyceny - KNR K-04 0304-02 w ilości 0,5426 r-g/m². Przy założeniu rynkowej stawki robocizny na poziomie 35 zł/r-g, jednostkowy koszt robocizny związanej z wykonaniem tynku wynosi 18,99 zł/m². Do tego założono potrzebne nakłady na wykonanie obrutki - koszt w wysokości 30% kosztu wykonania tynku, czyli 6,33 zł/m²

- Łączny koszt wykonania tynku wynosi 37,38 zł/m² i jest niższy od zaoferowanej ceny ofertowej. Zaoferowana cena 48,42 zł/m² zawiera jeszcze zapas na ewentualne oczyszczenie podłoża, oraz narzut kosztów ogólnych i zysk.

Po analizie wyjaśnień Zamawiający uznał, że oferent wykonał kalkulację w oparciu o zaprawę tynkarską Torggler EKOR 44R natomiast w Projekcie Budowlanym (opisie do projektu architektury) była wymagana zaprawa firmy Remmers. Oferent przyjął materiał niezgodny z projektem budowlanym, który był zatwierdzony przez SWKZ również i w szczególności pod kątem zastosowanych materiałów. W opisie do pozycji przedmiarowej 236 jest wyraźne wskazanie, że należy w materiale do tej poz. przyjąć cyt. „zaprawa do renowacji zabytków "antypleśniowa" przeznaczona do obiektów zabytkowych wg. opisu w PB”. Opis dotyczący rodzaju tynków znajduje się na stronie 22 opisu do projektu architektury: „Opracowanie tynków na parterze budynku. W związku z wykonaniem przepon poziomych zaleca się wykonanie w pasie od posadzki na wysokość 1,5 m tynków renowacyjnych (w przypadku polichromii w holu głównym postępować zgodnie z odrębnym opracowaniem). Zaleca się zastosowanie tynku solochłonnego Grundputz oraz tynku renowacyjnego Sanierputz - stara biel. Pozostałe tynki wykonać w technologii tynków tradycyjnych, cementowo-wapiennych, produktem Remmers Putzmörtel. Opracowanie tynków na wyższych kondygnacjach budynku. zasada obrutki jak wyżej. tynkować w całości w technologii tynków tradycyjnych, cementowo-wapiennych, produktem remmers putzmörtel”.

Zgodnie z SIWZ jeżeli w dokumentacji przetargowej element przedmiotu zamówienia został wskazany poprzez znak towarowy, patent lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces lub opisano element przedmiotu zamówienia za pomocą norm, europejskich ocen technicznych,

aprobata, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp, ewentualne wskazania na takie elementy przedmiotu zamówienia należy odczytywać z wyrazami „lub równoważny”. Zamawiający dopuszcza w takim przypadku oferowanie elementów równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w ww. dokumentacji przetargowej. Wykonawca jest zobowiązany wykazać w ofercie jakie elementy zostały zmienione i określić jakie elementy w ich miejsce proponuje. Ponadto winien wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, że wskazane rozwiązania są równoważne.

Wykonawca składając ofertę nie poinformował Zamawiającego, że zmienił zaprawę tynkarską firmy Remmers na Torggler EKOR 44R tym samym nie podjął nawet próby wykazania, że przyjęta w ofercie zaprawa tynkarska jest równoważna. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, oraz wyrokiem KIO (1838/16) to obowiązkiem Wykonawcy jest udowodnienie, że pomiędzy oferowanym przez niego produktem a produktem wymaganym przez Zamawiającego zachodzi równoważność. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 sierpnia 2016 r. (KIO 1391/16, KIO 1416/16, KIO 1418/16) przypominała, że dokumenty mające wykazać równoważność są elementem składanej oferty, w związku z czym nie podlegają uzupełnieniu. Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdza również wyrok KIO (40/18). W związku z powyższym odrzucono oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp ponieważ jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp;

- **268 transfer polichromii**, przyjęta cena 212,08zł/m², jest to sufit na 1 piętrze na wprost klatki schodowej, tj. najbardziej zagrożony sufit z cennymi polichromiami (heraldyka pałacu). Przyjęta do "ceny cena w żaden sposób nie gwarantuje wykonania robót założonych do wykonania w tej pozycji, z uwagi na to, że strop nad I piętrem jest przeznaczony do wymiany zgodnie z projektem konstrukcyjnym. Wobec powyższego istniejącą polichromię należy transferować na nowy strop i zrekonstruować polichromie zgodnie z projektem i programem prac konserwatorskich. Przyjęta do wyceny cena w kwocie 212,08zł/m² na wykonanie transferu polichromii nie gwarantuje nawet zabezpieczenia polichromii i nie uwzględnia jej konserwacji i rekonstrukcji. Cena za wykonanie tego zakresu robót . uwzględniająca całą technologię robót to kwota ok. 4500zł/m²

Transfer polichromii - wyjaśnienia w tym zakresie zostały przez Wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający po dokonaniu oceny złożonego przez przedsiębiorcę zastrzeżenia pod kątem istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji postanowił niniejsze zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uznać za nieskuteczne czego skutkiem jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji z dniem 12.05.2020 r. (po upływie terminu na wniesienie odwołania na decyzję Zamawiającego w tym zakresie do Krajowej Izby Odwoławczej).

Z wyjaśnień na rażąco niską cenę z 20.04.2020 r. wynika, że pozycja 268 została błędnie skalkulowana. Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 14.02.2020 napisał bowiem: „Pytanie 58: We „Wnioskach i założeniach” (str. 115) do załączonego Programu Prac Konserwatorskich jest mowa o możliwej konieczności wykonania transferów istniejących warstw polichromii w inne miejsce w pałacu. Jako, iż tego typu prace należą do jednych z najbardziej kosztownych zabiegów konserwatorskich, proszę o informacje w jaki sposób w razie konieczności wykonania - będą one rozliczane? Na dzień dzisiejszy nie ma informacji co do konieczności i do ew. zakresu ich wykonania dlatego też oszacowanie kosztów i ew. zawarcie ich w cenie ofertowej jest niemożliwe.

Odpowiedź: Konieczność transferu jest uzależniona od decyzji Śląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, jednak w oparciu o wnioski z Programu Prac Konserwatorskich oraz na podstawie stanu technicznego stropu nad I piętrzem a zwłaszcza tynku na tym stropie, transfer polichromii został uwzględniony w poz. 268 zaktualizowanego 06.02.2020 przedmiaru robót budowlanych. Uwaga do poz. przedmiarowych związanych z polichromią.

1. Przed przystąpieniem do prac konserwacyjnych i rekonstrukcyjnych należy dokonać odkrywek na całej powierzchni ścian i sufitów. Wykonanie odkrywek wliczyć w cenę 1m² wartości konserwacji i rekonstrukcji (do poz. 269 i 270).

2. Przed przystąpieniem do prac związanych z transferem polichromii należy dokonać odkrywek na całej powierzchni sufitu, Po wykonaniu transferu należy przewidzieć czynności związane z miejscowym odtworzeniem i konserwacją całej powierzchni elementu polichromii.

Czynności te należy wliczyć w cenę 1m² wartości transferu. (do poz. 268). Zgodnie z odpowiedzią na pytanie należało bezwzględnie czynności związane z rekonstrukcją (odtworzeniem) i konserwacją polichromii - wliczyć w cenę 1m² wartości transferu. Wraz z podaniem do publicznej wiadomości odpowiedzi na pytania zamawiający i Wykonawcy są związani treścią udzielonych wyjaśnień. Złym momentem ustaje ewentualny stan niepewności co do interpretacji określonych zapisów SIWZ. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach na rażąco niską cenę oświadczył, iż w pozycji 268 nie ujął konserwacji i rekonstrukcji polichromii, gdyż zakres ten ujął w innej pozycji kosztorysowej (nie wiadomo w której). Wykonawca nie ujął zatem w pozycji 268 istotnej części zakresu robót. Zamawiający nie dopuszcza możliwości rozliczenia prac polegających na konserwacji i rekonstrukcji polichromii podlegających transferowi (z poz. 268) w innych pozycjach. Zgodnie z 8 ust. 1 projektu umowy za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych wynikających ze złożonej oferty Wykonawcy oraz ilości wykonanych i odebranych robót. Wynagrodzenie należne Wykonawcy będzie wynagrodzeniem kosztorysowym. A zatem wiedza co do cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych ma podstawowe znaczenie dla ustalenia i rozliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Cena jednostkowa każdej

pozycji kosztorysowej musi zawierać w sobie wszelkie składowe. Zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli Wykonawcy, który nie stosuje się do wytycznych Zamawiającego w tym wypadku do odpowiedzi na pytania. A zatem Wykonawca nie ujął w tej pozycji znaczącego zakresu robót, więc oferta w tym zakresie jest niezgodna z SIWZ. (...)

(...) Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp wezwano Wykonawcę, który złożył ofertę nr 4, tj. Milimex S.A 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Olimpijska 7 do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ofercie. Cena brutto oferty nie odbiegała o 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, jednakże zaoferowana cena części składowych, w tym wypadku nw. pozycji w kosztorysie robót budowlanych, wydaje się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17 grudnia 2018 r. KIO 2520/18 jeżeli ceny jednostkowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, zamawiający może wystosować wezwanie o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny także jeśli różnice są poniżej 30%, dotyczy to także istotnych części składowych ceny, czyli cen jednostkowych. Komisja przetargowa uważała, że zachodzi podejrzenie ustalenia na rażąco niskim poziomie następujących istotnych części składowych oferty nr 4:

- **Poz. 268** - transfer polichromii, przyjęta cena 212,08zł/m², jest to sufit na 1 piętrze na wprost klatki schodowej, tj. najbardziej zagrożony sufit z cennymi polichromiami (heraldyka pałacu). Przyjęta do wyceny cena w żaden sposób nie gwarantuje wykonania robót założonych do wykonania w tej pozycji, z uwagi na to, że strop nad I piętrem jest przeznaczony do wymiany zgodnie z projektem konstrukcyjnym. Wobec powyższego istniejącą polichromię należy transferować na nowy strop i zrekonstruować polichromie zgodnie z projektem i programem prac konserwatorskich. Przyjęta do wyceny cena w kwocie 212,08zł/m² na wykonanie transferu polichromii nie gwarantuje nawet zabezpieczenia polichromii i nie uwzględnia jej konserwacji i rekonstrukcji. Cena za wykonanie tego zakresu robót uwzględniająca całą technologię robót to kwota ok. 4500zł/m².

- **Poz. 269** - Konserwacja i rekonstrukcja polichromii sufitów. W cenie należało przyjąć uśrednioną cenę (50% rekonstrukcji i 50% konserwacji), tj. koszty związane z kompleksową rekonstrukcją i konserwacją polichromii. Przyjęta do wyceny tych robót cena jednostkowa w wysokości 300zł/m² jest ceną nierealną i gwarantuje jedynie wykonanie tynków renowacyjnych i ich pomalowanie a nie wykonanie konserwacji i rekonstrukcji polichromii. Właściwa rynkowa wycena tej pozycji powinna wynosić około 1600zł/m².

- **Pozycje: 247, 248, 249, 250, 251** - Okładziny poddaszy, sufitów, stropów, słupów i obudowy szybów instalacyjnych z płyt gipsowo włóknowych i gipsowo kartonowych o odporności ogniowej F 1/EI 60 w zaoferowanych cenach nie są cenami rynkowymi dla przegród o odporności ogniowej F 1/EI 60 a ceną dla zwykłych obudów z płyt GK, stosowaną obecnie na rynku.

- **Poz. 236** - Tynki cementowo-wapienne na ścianach na podłożu ceramicznym wykonywane mechanicznie lekkie grubości 15mm z zaprawy. Wg opisu w PB ma być użyta do wykonania tych prac zaprawa do renowacji zabytków „antypleśniowa”, przeznaczona do obiektów zabytkowych. Cena jednostkowa w kosztorysie - 48,42zł/m², przyjęta do wyceny na pewno nie gwarantuje zastosowania zaprawy do obiektów zabytkowych. Cena podana w zestawieniu materiałów poz. 10 i poz. 11 w wysokości 400zł/t tj. 0,4zł/kg to cena zwykłego tynku maszynowego a nie tynku do obiektów zabytkowych, którego cena za zaprawę typu Sanierputz (uzyskana od przedstawiciela handlowego firmy REMMERS) wynosi 4,47 zł/kg i zużycie 8,5 kg/m² tynku o grubości 1 cm. Przy grubości 1,5 cm wartość samej zaprawy tynkarskiej wynosi 56,99 zł.

- **Poz. 521d.22** Dostawa i montaż dźwigu osobowego 4 - ro przystankowego z wykonaniem podszybia .Dźwig przystosowany dla osób niepełnosprawnych. Ściany szybu przeszklone, Ściany i drzwi E160. Wg. rysunku AIO PW oraz specyfikacją dźwigu. Według odpowiedzi na pytania z 31.01.2020 r. Winda jest nieprzelotowa (w opisie jest błędny zapis) i musi być dostosowana dla osób niepełnosprawnych. Ze względu na przechodzenie windy przez poszczególne kondygnacje tzn. przez strefy pożarowe, jej szyb musi być wydzielony ściankami E160 z drzwiami E130. Z uwagi na zabytkowy rodzaj obiektu, ścianki szybu zostały zaprojektowane jako przeszklone, stwarzające lekkość i nie zasłaniające widoku pomieszczeń. Aby uzyskać szczelność ścianek szybu, tafle szkła muszą być osadzone w aluminiowych ramach. Napęd hydrauliczny, prędkość 0,5 m/s, ilość przystanków 4. Dźwig zabudowany zgodnie z wymogami dla osób niepełnosprawnych -drzwi kabiny zlokalizowane na krótszej ścianie. Pozostałe parametry dźwigu (windy) wg. załączonej „specyfikacja - dźwig osobowy”. Zaoferowana cena jednostkowa w wysokości 228 000,00 zł uwzględnia jedynie sam dźwig natomiast nie uwzględnia wymagań związanych z wykonaniem szklanego szybu ze ścianek E160 z drzwiami ze stali nierdzewnej EI 30. Przewidywany koszt tej pozycji to 388 800 zł.

- **Poz. 522 d.22** Dostawa i montaż dźwigu towarowego- kuchennego, dwu przystankowego z wykonaniem podszybia i szybu. Ściany i drzwi E160. Wg. rysunku 12 PB pom. 0,09 oznaczony jako "winda gastronomiczna" oraz zgodnie ze specyfikacją dźwigu. Zaoferowana cena jednostkowa w wysokości 35 000,00 zł nie odzwierciedla rynkowej ceny tej pozycji wynoszącej ok. 86 400,00 zł.

W odpowiedzi firma Milimex S.A napisała:

poz. 268 - transfer polichromii - wyjaśnienia w tym zakresie zostały przez Wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający po dokonaniu oceny złożonego przez przedsiębiorcę zastrzeżenia pod kątem istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji postanowił niniejsze zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uznać za nieskuteczne czego skutkiem jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji z dniem 12.05.2020 r. (po upływie terminu na wniesienie odwołania na decyzję Zamawiającego w tym zakresie do Krajowej Izby Odwoławczej).

poz. 269 - konserwacja i rekonstrukcja polichromii sufitów.

W kontekście w/w pozycji MILIMEX SA podtrzymuje rynkowość zaoferowanej ceny. Według Wykonawcy oszczędność wynika w tym wypadku z dokładnego przeanalizowania Programu Konserwatorskiego, z której to analizy "ciągnięto następujące wnioski pozwalające na zaoferowanie niższej ceny. Na przedmiotowych sufitach znajdują się zarówno polichromie o charakterze ornamentalnym jak i - w większości - polichromie o charakterze jednolitego wymalowania. Przyjęto do wyceny ilości w/w polichromii w proporcji 1:3 (tzn. 25% powierzchni polichromii o charakterze ornamentalnym i 75% powierzchni polichromii o charakterze jednolitego wymalowania), oraz założono narzucony udział konserwacji i rekonstrukcji w proporcji 50%/50%. W ramach tej pozycji ujęto wyłącznie koszty konserwacji/rekonstrukcji polichromii czyli warstw malarskich i wymalowań; pozycja nie obejmuje przygotowania podłoża (tynków, pobiał). Jednocześnie Wykonawca zauważa, że przedmiotowa polichromia cechuje się bardzo niskim stopniem skomplikowania, w związku z czym koszt wykonania jej konserwacji i rekonstrukcji jest stanowczo niższy niż średnia cena rynkowa za konserwację i rekonstrukcję polichromii w ogólnym jej rozumieniu.

Koszty potrzebnych materiałów:

- żywica akryl. PRIMAL AC33, pigmenty ze spoiwem: 100 zł/litr x 0,1 litr/m² 10,00 zł/m²

- żywica akrylowa Paraloid B 72 80 zł/kg x 0,05 kg/m² 4,00 zł/m²

RAZEM materiały: 14,00 zł/m²

Koszty robocizny (wg oferty potencjalnego Podwykonawcy stanowiącej dla nas podstawę do sporządzenia oferty - Załącznik nr 1 do wyjaśnień z 20.04.2020 r.):

- dla konserwacji/rekonstrukcji 50/50 polichromii o charakterze ornamentalnym:

675 zł/m²

- dla konserwacji/rekonstrukcji 50/50 polichromii o charakterze jednolitego wymalowania:

135 zł/m²

- średnia cena przy założeniu udziału poszczególnych polichromii w proporcji 25%/75%: 0,25 x 675 zł/m² + 0,75 x 135 zł/m² 270 zł/m²

MILIMEX SA dysponuje własnymi rusztowaniami, stąd nie zostały one doliczone do kosztu ceny jednostkowej.

Razem KOSZT wykonania robót: 284,00 zł/m²

MILIMEX SA podtrzymuje, że przedmiotowy zakres robót jest realny do wykonania w oferowanej przez niego cenie 300 zł/m². (...)

Pozycja 251

Element: OBUDOWY SZYBÓW INSTALACYJNYCH

NA METALOWEJ KONSTRUKCJI NOŚNEJ CD75

JEDNA WARSTWA POKRYCIA 15 MM PŁYTA OGNIOODPORNĄ

Z PŁYTĄ WŁŃNY MINERALNEJ GR. 70MM

ODPORNOŚĆ OGNIOWA R30

1x Płyta FERMACELL FIREPANEL Al g. 15mm 1 m²/m² 35,82 zł /m² 35,82 zł /m²

FERMACEL wkręty 3,9x30 mm 10 szt/m² 0,04 zł /szt 0,40 zł /m²

FERMACELL TB taśma wzmacniająca mb/m² 0,37 zł /mb 0,30 zł /m²

FERMACELL masa szpachlowa 0,25 kg/m² 2,86 zł /ml 0,72 zł /m²

Profile stalowe C W75 1,8 m/m² 4,94 zł /mb 8,89 zł /m²

Profile stalowe UW 0,8 m/m² 4,19 zł /mb 3,35 zł /m²

Izolacja - wełna mineralna SUPERROCK gr. 70mm 1 m²/m² 9,00 zł /m² 9,00 zł /m²

Taśma izolacyjna 1,3 mb/m² 0,73 zł /mb 0,95 zł /m²

Kołek rozporowy 6/40mm 1,6 szt/m² 0,50 zł /m² 0,80 zł /m²

RAZEM MATERIAŁY: 60,23 zł /m²

Robocizna 2,5 r-g/m² 25,00 zł /r-g 62,50 zł /m²

Rusztowanie - własne

RAZEM KOSZT WYKONANIA: 122,73 zł 1m²

W przedstawionych wyżej kalkulacjach przyjęto zużycie materiałów zgodnie z zaleceniami producenta systemu. Wykazane jednostkowe koszty wykonania robót są niższe od cen jednostkowych zawartych w ofercie.

poz. 236 - tynki cementowo-wapienne, lekkie, grubości 15mm, wykonane z zaprawy do renowacji zabytków „antypleśniowej”. Przyjęta została następująca kalkulacja jednostkowego kosztu wykonania prac ujętych w tej pozycji:

- Przyjęto zastosowanie renowacyjnej zaprawy tynkarskiej Torggler EKOR 44R (karta techniczna w załączeniu - Załącznik nr 3). Jest to zaprawa tynkarska, do wykonywania tynków renowacyjnych na ścianach i sufitach, polecana do podłoży zawilgoconych i zasolonych, dedykowana do powierzchni podatnych na kapilarne podciąganie wody, służąca do zapobieganiu powstawania wykwitów i pleśni w obiektach zabytkowych.

Zużycie dla wykonania 1,5cm warstwy tynku - 18 kg/m². Cena jednostkowa - 0,52 zł/kg (zgodnie z załączoną ofertą - Załącznik nr 4 do wyjaśnień z 20.04.2020 r.). Cena masy tynkarskiej na 1m² przy założeniu grubości 15 mm - 9,36 zł/m².

- Do tego założono aplikację emulsji zwiększającej przyczepność - Torggler Neoplast Latex (karta techniczna w załączeniu - Załącznik nr 5 do wyjaśnień z 20.04.2020 r.). Zużycie na 1m² - 0,2 kg/m², cena za 1 kg - 13,5 zł (zgodnie z ofertą stanowiącą załącznik nr 4 do wyjaśnień z 20.04.2020 r.). Cena materiału na 1m² - 2,70 zł/m².

- Nakłady robocizny na wykonanie warstwy tynku przyjęto zgodnie ze wskazaną w przedmiarach podstawą wyceny - KNR K-04 0304-02 w ilości 0,5426 r-g/m². Przy założeniu rynkowej stawki robocizny na poziomie 35 zł/r-g, jednostkowy koszt robocizny związanej z wykonaniem tynku wynosi 1 8,99 zł/m². Do tego założono potrzebne nakłady na wykonanie obrutki - koszt w wysokości 30% kosztu wykonania tynku, czyli 6,33 zł/m²

- Łączny koszt wykonania tynku wynosi 37,38 zł/m² i jest niższy od zaoferowanej ceny ofertowej. Zaoferowana cena 48,42 zł/m² zawiera jeszcze zapas na ewentualne oczyszczenie podłoża, oraz narzut kosztów ogólnych i zysk.

poz. 521 - dostawa i montaż dźwigu osobowego, z wykonaniem podszybia i szklaną obudową szybu.

Przedstawiona przez MILIMEX SA cena ofertowa bazuje na otrzymanej ofercie od potencjalnego Podwykonawcy (Załącznik nr 6 do wyjaśnień z 20.04.2020 r.). Jest to kompleksowa oferta na dostawę i montaż dźwigu windowego, obudowę szklaną szybu windy, oraz wykonanie potrzebnego podszybia zgodnie z określonymi w dokumentacji przetargowej wymaganiami.

poz. 522 - dostawa i montaż dźwigu towarowo-kuchennego, z wykonaniem podszybia i szybu.

Podobnie jak w zakresie opisanym w poz. 521 szacując cenę w w/w zakresie MILIMEX SA bazował na oszczędności wynikającej z możliwości skorzystania z oferty potencjalnego podwykonawcy (Załącznik nr 6 do wyjaśnień z 20.04.2020 r). Na etapie tworzenia oferty nie została podjęta ostateczna decyzja o wyborze akurat tego dostawcy, niemniej wykonawca bazował na otrzymanej cenie tworząc ofertę dla Zamawiającego.

Koszt robót związanych z dostawą i montażem dźwigu towarowego wraz z konstrukcją samonośną to 30 000 zł. W ramach przygotowania szybu dla przedmiotowego dźwigu należy wykonać ścianę żelbetową o grubości 25cm i powierzchni ok. 6m². Koszt wykonania tej ściany oszacowano następująco:

- robocizna 48 r-g x 25 zł/r-g 1 200 zł

- beton 6,00m² x 0,25m x 250zł/m³ 375 zł

- zbrojenie 150 kg x 2,5 zł/kg — 375 zł

- deskowanie — płyty OSB 12 m² x 28 zł/m² 336 zł

- ściami, nakrętki, kantówki, itp. 200 zł

RAZEM: 2 486 zł

Razem koszt wykonania szybu, a także dostawy i montażu dźwigu towarowo kuchennego wynosi 32 486 zł, co jest kwotą niższą niż przedstawioną w ofercie MILIMEX SA. Zaoferowana cena 35 000 zł zawiera dodatkowo narzut kosztów ogólnych.

Po przeanalizowaniu wyjaśnień Milimex S.A Komisja przetargowa uznała, że:

1) nie zgadza się z poglądem wyrażonym w wyjaśnieniach Wykonawcy na rażąco niską cenę, że jedynie cena końcowa powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Należy przypomnieć, iż celem art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy pzp jest eliminowanie z postępowania przetargowego niewiarygodnych wykonawców. Zgodnie z ugruntowanymi tezami przedstawicieli doktryny przepisy te mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia wycena poszczególnych cen jednostkowych ma istotne znaczenie. Jedynie przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia wątpliwości co do "ceny pojedynczej ceny jednostkowej wymagają wykazania wpływu tej jednostkowej wyceny na całość ceny ofertowej. (Sygn. akt: KIO 434/15; 431/15). Z kolei w wyroku sygn. akt: KIO 596/16 z dnia 29 kwietnia 2016 r. Izba również wyraża pogląd, że Zamawiający ma prawo badania jednostkowych cen zawartych w kosztorysie. Uprawnienie takie wynika wprost z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. To ustawodawca zobligował Zamawiającego właśnie do badania poszczególnych cenotwórczych aspektów oferty danego wykonawcy, w tym sposobu obliczenia kosztów pracy. Ograniczenie badania wyłącznie do ceny końcowej, globalnej mogłoby bowiem w wielu wypadkach prowadzić do niezasadnego przerzucenia kosztów przez wykonawców, ze szkodą dla pracowników i ochrony ich praw, które ustawodawca zagwarantował im w obowiązujących przepisach prawa. Z kolei zgodnie z wyrokiem z 11 lipca 2016 r. (sygn. akt. KIO 1131/16) orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak również Sądów Okręgowych dopuszcza możliwość uznania, iż zaoferowanie cen jednostkowych w określonych okolicznościach faktycznych i prawnych może doprowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił się do wyjaśnienia przedmiotowych pozycji, ponieważ ceny jednostkowe budziły wątpliwości Zamawiającego. Część z tych cen jest oderwana od rzeczywistości. Przyjęcie z kolei rynkowych cen w tych pozycjach z pewnością przełożyłoby się na ostateczną klasyfikację punktową wykonawców. W przypadku cen jednostkowych polichromii, która to jest jedynym elementem (który jeszcze pozostał) mającym wartość historyczną, sprawia to, że z punktu widzenia celu jakiego ma służyć renowacja Pałacu w Baranowicach jest to dla Zamawiającego wyjątkowo ważne.

Istotność to również rodzaj lub zakres robót. Z uwagi na specyfikę obiektu (obiekt wpisany do rejestru zabytków) i wartość historyczną polichromii, w warunkach udziału w postępowaniu nałożono obowiązek dysponowania osobami posiadającymi doświadczenie w wykonywaniu roboty konserwatorskiej na polichromii. To właśnie ten zakres robót z uwagi na to, że jego wadliwe wykonanie spowoduje niemożliwą do odzyskania utratę jest istotnym elementem zarówno zakresu jak i składnika ceny. W przypadku pozostałych cen jednostkowych Zamawiający dostrzegł konieczność udowodnienia przez Wykonawcę, iż wyraźnie odmienne od reszty uczestników przetargu ceny zostały skalkulowane w sposób który nie będzie oddziaływać na jakość wykonania zamówienia ze szkodą dla zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający miał prawny obowiązek zbadać ceny kosztorysowe.

1) przyjmuje wyjaśnienia dotyczące pozycji poz. 247, 248, 249, 250, 251, 522 kosztorysu ofertowego za uzasadnione i nie uważa że w ww. pozycjach zaoferowano rażąco niskie ceny. 3) nie przyjmuje wyjaśnień dotyczących pozycji 236, 268, 269, 521 kosztorysu ofertowego za uzasadnione i uważa że w ww. pozycjach zaoferowano rażąco niskie ceny:

a) poz. 236 - tynki cementowo-wapienne, lekkie, gr.15 mm, wykonane z zaprawy do renowacji zabytków „antypleśniowej”. Oferent wykonał kalkulację w oparciu o zaprawę tynkarską Torggler EKOR 44R natomiast w Projekcie Budowlanym (opisie do projektu architektury) była wymagana zaprawa firmy Remmers. Oferent przyjął materiał niezgodny z projektem budowlanym, który był zatwierdzony przez ŚWKZ również i w szczególności pod kątem zastosowanych materiałów. W opisie do pozycji przedmiarowej 236 jest wyraźne wskazanie, że należy w materiale do tej poz. przyjąć cyt. „zaprawa do renowacji zabytków "antypleśniowa" przeznaczona do obiektów zabytkowych - wg. opisu w PB”. Opis dotyczący rodzaju tynków znajduje się na stronie 22 opisu do projektu architektury: „Opracowanie tynków na parterze budynku. W związku z wykonaniem przepon poziomych zaleca się wykonanie w pasie od posadzki na wysokość 1,5 m tynków renowacyjnych (w przypadku polichromii w holu głównym postępować zgodnie z odrębnym opracowaniem). Zaleca się zastosowanie tynku solochłonnego Grundputz oraz tynku renowacyjnego Sanierputz - stara biel. Pozostałe tynki wykonać w technologii tynków tradycyjnych, cementowo-wapiennych, produktem Remmers Putzmörtel. Opracowanie tynków na wyższych kondygnacjach budynku. zasada obrutki jak wyżej. tynkować w całości w technologii tynków tradycyjnych, cementowo-wapiennych, produktem remmers putzmörtel”.

Zgodnie z SIWZ Jeżeli w dokumentacji przetargowej element przedmiotu zamówienia został wskazany poprzez znak towarowy, patent lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces lub opisano element przedmiotu zamówienia za pomocą noma, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 i ust.3 ustawy pzp, ewentualne wskazania na takie elementy przedmiotu zamówienia należy odczytywać z wyrazami „lub równoważny”. Zamawiający dopuszcza

w takim przypadku oferowanie elementów równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w ww. dokumentacji przetargowej. Wykonawca jest zobowiązany wykazać w ofercie jakie elementy zostały zmienione i określić jakie elementy w ich miejsce proponuje. Ponadto winien wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, że wskazane rozwiązania są równoważne.

Wykonawca składając ofertę nie poinformował Zamawiającego, że zmienił zaprawę tynkarską firmy Remmers na Torggler EKOR 44R tym samym nie podjął nawet próby wykazania, że przyjęta w ofercie zaprawa tynkarska jest równoważna. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, oraz wyrokiem KIO (1838/16) to obowiązkiem Wykonawcy jest udowodnienie, że pomiędzy oferowanym przez niego produktem a produktem wymaganym przez Zamawiającego zachodzi równoważność. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 sierpnia 2016 r. (KIO 1391/16, KIO 1416/16, KIO 1418/16) przypomniała, że dokumenty mające wykazać równoważność są elementem składanej oferty, w związku z czym nie podlegają uzupełnieniu. Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdza również wyrok KIO (40/18).

Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp ponieważ jej treść nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W związku z tym, że proponowana w ofercie zaprawa tynkarska nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ wskazanie w ramach wyjaśnień na rażąco niską cenę wyrobów, które nie odpowiadają wymaganiom SIWZ, w ocenie Zamawiającego powoduje, że zaniżona cena jednostkowa za tą zaprawę wynika właśnie z tego powodu. Zmaterializowało się podejrzenie Zamawiającego, że przedmiotowa cena jednostkowa jest rażąco niska. (...)

b) poz. 521 dostawa i montaż dźwigu osobowego 4-ro przystankowego z wykonaniem podszybia. Dźwig przystosowany dla osób niepełnosprawnych. Ściany szybu przeszklone. Ściany i drzwi E160. Wykonawca na potwierdzenie, że cena jednostkowa nie jest rażąco niska dołączył jedynie ofertę od podwykonawcy na dostawę dźwigów. W ofercie podwykonawcy brak kluczowej informacji, że obudowa szybu będzie wykonana jako szklana o odporności ogniowej E160 z drzwiami E130. Jest to rozwiązanie nietypowe z uwagi na zabytkowy rodzaj obiektu i ze względu na przechodzenie windy przez poszczególne strefy pożarowe. Według wiedzy Zamawiającego wartość przedmiotowego szybu znacznie przekracza wartość samego dźwigu. Ponadto z treści oferty podwykonawcy wynika sprzeczność, ponieważ z jednej strony zostało napisane, że oferta jest sporządzona na dźwig osobowy wraz z szybem windowym, natomiast z drugiej strony zapisano, że „podana cena obejmuje: oględziny i inwentaryzację szybu” co sugeruje, że oferta jest skalkulowana bez wykonania jakiegokolwiek szybu (tylko montaż dźwigu w istniejącym już szybie), stąd stwierdzenie w ofercie „oględziny i inwentaryzacja szybu”. Według powyższej analizy dokumentów Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie udowodnił, że cena nie jest rażąco niska. (...)

c) Poz. 268 - transfer polichromii.

Wycena za transfer polichromii (212,08 zł/m²) jest zaniżona ponieważ:

- znacząco odbiega od cen innych oferentów którzy zaproponowali następujące ceny:

* za 1 m² transferu: (wg. kolejności ofert zawierających kosztorysy): 6 450 , 4 536, 4 560, 1 500, 2 900, 10 000, 10 500 zł.

- nie pokrywa się z cenami uzyskanymi od specjalistów, którzy nie uczestniczyli w przetargu.

Komisja przetargowa zwróciła się do niezależnej osoby (eksperta z dziedziny polichromii, konserwatora dzieł sztuki) z prośbą o określenie zakresu i czasu trwania koniecznych czynności oraz materiałów niezbędnych do wykonania transferu malowidła ściennego najbardziej optymalną technologią. Z treści przedmiotowej opinii jednoznacznie wynika, że nie ma możliwości wykonać transferu polichromii za kwotę 212,08 zł/m². Opinia stanowi załącznik nr 1 do niniejszego pisma. Nie ulega wątpliwości, że pozycja ta została skalkulowana poniżej kosztów zakupu czy wytworzenia. Być może pozycja ta została skalkulowana z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Należy zwrócić uwagę, iż wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny rażąco niskiej nie odnosiły się do aspektu kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oczekiwanych przez Zamawiającego i wyartykułowanych w wezwaniu z dnia 10 kwietnia 2020 r. Złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie można w ocenie Zamawiającego uznać zatem za wyczerpujące, wszechstronne i czyniące zadość wezwaniu Zamawiającego. Oprócz tego z wyjaśnień na rażąco niską cenę z 20.04.2020 r. wynika, że pozycja 268 została błędnie skalkulowana, co Zamawiający szczegółowo opisał w uzasadnieniu odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Wykonawca nie ujął w tej pozycji znaczącego zakresu robót, oferta w tym zakresie jest niezgodna z SIWZ, a w związku z tym jednocześnie istotnie zaniżona. (...)

d) Poz. 269 - Konserwacja i rekonstrukcja polichromii sufitów.

Wycena za konserwację i rekonstrukcję polichromii na sufitach (300,00 zł/m²) jest zaniżona ponieważ znacząco odbiega od cen innych oferentów, którzy zaproponowali następujące ceny:

* za 1 m² konserwacji i rekonstrukcji polichromii sufitów (wg. kolejności ofert zawierających kosztorysy): 1 935 zł, 1 350 zł, 1 093 zł, 1 250 zł, 1 950 zł, 1 500 zł 000 zł oraz nie pokrywa się z cenami uzyskanymi od specjalistów, którzy nie uczestniczyli w przetargu.

Nie ulega wątpliwości, że pozycja ta została skalkulowana poniżej kosztów zakupu czy wytworzenia. Być może pozycja ta została skalkulowana z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Należy zwrócić

uwagę, iż wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny rażąco niskiej nie odnosiły się do aspektu kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oczekiwanych przez Zamawiającego i wyartykułowanych w wezwaniu z dnia 10 kwietnia 2020 r. Złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie można w ocenie Zamawiającego uznać zatem za wyczerpujące, wszechstronne i czyniące zadość wezwaniu Zamawiającego. Warto zauważyć, że kolejną pozycję nr 270 - Konserwacja i rekonstrukcja malowideł na ścianach Wykonawca wycenił na 880 zł za m2 czyli prawie trzykrotnie wyżej niż na sufitach. Oczywiste jest że prace przy malowidłach na sufitach, z rękami uniesionymi nad głową i na rusztowaniu, są znacznie trudniejsze i bardziej uciążliwe niż przy malowidłach na ścianach. (...)”.

W dniu 18.05.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MILIMEX Spółka Akcyjna wniosła odwołanie na czynność z 08.05.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 15.05.2020 r. (przez elektroniczną platformę zakupową Open Nexus). Zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców skutkujące zaniechaniem wezwania do założenia przez wykonawcę Konsorcjum ARS LONGA wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny pomimo istnienia w ofercie tego wykonawcy pozycji „zerowych” w zakresie cen jednostkowych ujawnionych w pkt. 542 kosztorysu stanowiącego załącznik do oferty tego wykonawcy;
2. art. 7 ust. 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez umożliwienie udziału w przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia osobom nie zapewniającym bezstronności i obiektywizmu i nie wykluczenie ich wykonywania czynności w postępowaniu, tj. Pani J. J., która współpracuje lub w niedalekiej przeszłości współpracowała z wykonawcą, którego ofertę Zamawiający uznał ostatecznie za najkorzystniejszą (firmą ARS LONGA), a do której Zamawiający zwrócił się jako do „niezależnego eksperta” mającego wydać opinię w przedmiocie prawidłowości wyceny prac przygotowanej przez odwołującego w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny i która to osoba opinię taką wydała, co stanowić miało rzekomą podstawę uzasadniającą złożenie przez MILIMEX SA oferty zawierającej rażąco niską cenę i ostatecznie odrzucenie oferty Odwołującego;
3. art. 30 ust. 5 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że Odwołujący zaoferował w przygotowanym przez siebie kosztorysie ofertowym rozwiązanie równoważne w poz. 236 przy czym rozwiązania równoważnego nie uzasadnił, podczas gdy

MILIMEX SA nie składał w żadnym zakresie oferty równoważnej, a zaoferowane świadczenie odpowiada w całości treści SIWZ;

4. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem wezwania MILIMEX SA do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w sytuacji powzięcia wątpliwości w odniesieniu do zgodności oferty z treścią SIWZ na etapie składania wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny oferty, co doprowadziło do powzięcia przedwczesnej decyzji o odrzuceniu oferty MILIMEX SA;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie skutkujące uznaniem, że oferta MILIMEX SA jest niezgodna z SIWZ z uwagi na: brak dokonania wyceny istotnej części prac objętych przedmiarem w pozycji nr 268 (transfer polichromii), podczas gdy prace te wyceniono w opisanej pozycji oraz uwagi na twierdzenie jakoby MILIMEX SA zaoferował w zakresie opisanych w poz. nr 236 kosztorysu rozwiązanie równoważne, przy czym nie wykazał w ofercie kryteriów równoważności, podczas gdy Odwołujący zaoferował realizację zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ i w żadnym miejscu nie oferował rozwiązań równoważnych, stąd nie istniała potrzeba uzasadniania ich równoważności w ofercie. Nadto naruszenia tego przepisu zamawiający dopuścił się nie dokonując odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum ARS LONGA Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych J D M. M. spółka jawna (Lider) oraz Wodpol Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) w związku z niezgodnością oferty z SIWZ w zakresie poz. 433 kosztorysu ofertowego tegoż wykonawcy;

6. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że oferta MILIMEX SA zawiera rażąco niską cenę w związku z zaoferowaniem w pozycjach 236, 268, 269, 521 ceny rażąco niskiej, podczas, gdy oferta MILIMEX SA stanowi ofertę najkorzystniejszą, a zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a nadto zaoferowane ceny jednostkowe mieszczą się w granicach swobody decydowania przez Wykonawców o oferowanych cenach i stanowią zwykły element gry rynkowej nakierowany na sporządzenie oferty najkorzystniejszej.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty MILIMEX SA;
3. wykonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum ARS LONGA Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych J D M. M. spółka jawna (Lider) oraz Wodpol Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum).

Ponadto, wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. Formularza oferty MILIMEX SA z dnia 9 marca 2020 r. wraz z załącznikami w postaci kosztorysów ofertowych w branży drogowej, budowlanej, elektrycznej (w tym niskich napięć), sanitarnej, formularza JEDZ, gwarancji wadialnej, oświadczenia dot. obowiązków

podatkowego, zobowiązania podmiotu trzeciego - RECO wraz z formularzem JEDZ - na okoliczność: złożenia przez MILIMEX SA oferty zgodnej z SIWZ i nie zawierającej rażąco niskiej ceny oraz oferty najkorzystniejszej, braku zgłoszenia przez MIUMEX SA rozwiązań równoważnych;

2. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z dokumentacją przetargową (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz aktualizacja przedmiaru w branży budowlanej z dnia 6 lutego 2020 r. złożona na płycie CD - na okoliczność: treści specyfikacji oraz zgodności wysłanej oferty z SIWZ, braku zgłoszenia przez MILIMEX SA rozwiązań równoważnych w złożonej ofercie;

3. Wezwania zamawiającego z 10.04.2020 r. do złożenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny w ofercie MIUMEX SA - na okoliczność dokonania przez Zamawiającego wezwania MIUMEX SA do złożenia wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny oraz zakresu tych wyjaśnień;

4. Odpowiedzi MIUMEX SA z 20.04.2020 r. na wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z załącznikami w postaci: otrzymanej oferty potencjalnego Podwykonawcy stanowiącej dla nas podstawę do sporządzenia oferty, wstępnej oferta na dostawę płyt gipsowych, karta techniczna zaprawy tynkarskiej Torggler EKOR 44R, oferta firmy Torggler, karta techniczna produktu Torggler Neoplast Latex, ofercie od potencjalnego Podwykonawcy na dostawę dźwigu z wykonaniem podszybia i szklaną obudową - na okoliczność treści i zakresu udzielonych zamawiającemu wyjaśnień co do zaoferowanej ceny oraz metody wykonania zamówienia;

5. Pism Zamawiającego z 08.05.2020 r. w postaci informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informacji o wynikach postępowania i odrzuceniu oferty MILIMEX SA - na okoliczność: podjęcia przez Zamawiającego wadliwej czynności skutkującej odrzuceniem oferty MILIMEX SA, treści uzasadnienia tej czynności, dokonania wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty MIUMEX SA;

6. Opinii złożonej Zamawiającemu przez J. J. z 22.04.2020 r. – na okoliczność: skorzystania przez Zamawiającego z usług eksperta związanego z innym wykonawcą, treści opinii z perspektywy uzasadnienia możliwości odrzucenia oferty MILIMBCSA;

7. Wydruku ze strony Internetowej Bazy Uznanawania Kwalifikacji Zawodowych z 15.05.2020 r. - na okoliczność istnienia powiązań pomiędzy „niezależnym ekspertem” - Joanną Jabłońską, a wykonawcą, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (konsorcjum Ars Longa);

8. Formularza ofertowego wraz z kosztorysem ofertowym wykonawcy Konsorcjum Ars Longa - na okoliczność: złożenia przez tego wykonawcę oferty niezgodnej z SIWZ, a nadto zawierającej rażąco niską cenę;

9. Przesłuchania w charakterze świadka A. H. (konserwator zabytków, autor Programu Prac Konserwatorskich) - doręczenie na adres: ul. Zabrska 5. 40-083 Katowice - na okoliczność

jakości, złożoności, techniki wykonania i skomplikowania poiiichromii znajdujących się w przedmiocie zamówienia oraz prawidłowości przyjętej metody ich transferu, konserwacji i rekonstrukcji przez MIUMEX SA w złożonych wyjaśnieniach;

10. Przesłuchanie w charakterze świadka S. J. - doręczenie na adres Odwołującego - na okoliczność: przyjętej metody realizacji świadczenia, przyjętych wartości kosztorysowych i ich źródeł, sposobu dokonywania kalkulacji oferty na potrzeby przetargu i przyjętych cenach.

Naruszenie art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt. 4 w odniesieniu od oferty Konsorcjum Ars Longa - Wodpol sp. z o.o. W ocenie Odwołującego Zamawiający prowadził postępowanie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 1. Przede wszystkim, podczas gdy Zamawiający przeprowadził dogłębne i szczegółowe badanie oferty Odwołującego, w tym wezwał Odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień w kontekście możliwości złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, a jednocześnie zaniechał adekwatnego zbadania ofert konkurencyjnych, w tym w szczególności oferty Konsorcjum Ars Longa - Wodpol Sp. z o.o., w szczególności w odniesieniu do ujęcia w ofercie cen rażąco niskich.

Odwołujący podkreślił, że co do zasady nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego co do możliwości odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w tych okolicznościach, jak w niniejszym postępowaniu (czego uzasadnienie przedstawione zostało w dalszej części pisma), niemniej zakładając konsekwencję działania zamawiającego, powinien on w równej mierze zbadać fragmenty kosztorysów ofertowych wśród pozostałych wykonawców (a przynajmniej wykonawcy, którego ofertę ocenia jako najkorzystniejszą). W tym kontekście Odwołujący zauważa, że w kosztorysie ofertowym Konsorcjum Ars Longa - Wodpol sp. z o.o. znajdują się poszczególne ceny jednostkowe, które spełniają przesłanki uznania za rażąco niskie w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp. Poniżej Odwołujący przedstawia zestawienie cen poszczególnych cen jednostkowych zawartych w ofercie Konsorcjum oraz innych wykonawców, których zbadania zaniechał Zamawiający.

Poz.	Opis.	Średnia wszystkich ofert	ARS LONGA	MILIMEX SA	Cechini	Dombud	HLS	Inż. BUD	Konior	Piaskowski
254	Klejenie tapet i tkanin na styk z dokładnym pasowaniem wzorów tapety do obiektów zabytkowych z mat. naturalnych o historycznych wzorach, najwyższej jakości klej do tapet materiałowych (historycznych) na bazie pochodnych celulozy	260,03	144,95	359,57	94,86	166,57	468,43	188,26	215	449,56

356	(z.VHI) Posadzki z deszczulek posadzkowych układane na klej Deszczulki posadz, dębowe kl.I,gr.22mm Cokoły przyściennie dębowe o wym.i kształtach wg. projektu.	429,89	168,60	407,56	337,09	252,73	729,23	236,09	751,81	552,98
-----	--	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------

Nadto, Konsorcjum zaoferowało w pozycji 542 dot. Wykonania posadzki tarasowej z włóknobetonu cenę „zerową”. Ponad wszelką wątpliwość wykonanie tego zakresu prac wymaga zarówno nakładów na zakup materiałów jak również poniesienia kosztów robocizny. O ile jednak Zamawiający zarzucał Odwołującemu - MILIMEX SA, że część prac oszacował poniżej kosztów niezbędnych robocizny (pomimo że kwestionowanej pozycji robót przypisano określoną wartość), a swoją decyzję o odrzuceniu oferty MILIMEX SA argumentował m.in. koniecznością ochrony praw pracowników do wynagrodzenia, o tyle pominął całkowicie odniesienie się do cen zerowych oferowanych przez innych wykonawców. Zamawiający w analogicznych okolicznościach zaniechał zarówno wezwania Konsorcjum Ars Longa do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp, jak również następnie odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 1 pkt. 4 Pzp w odniesieniu do tego wykonawcy.

W konsekwencji, należałoby przyjąć, że jeśli w ocenie Izby ostać miałyby się argumenty Zamawiającego dotyczące dopuszczalności odrzucenia oferty MILIMEX SA w okolicznościach jak w niniejszym postępowaniu, to w również mierze odrzuceniu winna podlegać oferta Konsorcjum Ars Longa, W takim wypadku zamawiający winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej z pozostałych ofert. W przeciwnym razie, zarówno oferta Odwołującego jak i Konsorcjum Ars Longa winna podlegać porównaniu i w konsekwencji zaoferowania ceny korzystniejszej przez MILIMEX SA, to oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Abstrahując od powyższych zarzutów, w ocenie MILIMEX SA, oferta Konsorcjum Ars Longa winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 SIWZ z uwagi na niezgodność z SIWZ.

W pozycji nr 433 kosztorysu ofertowego Konsorcjum Ars Longa przedstawiło wycenę określonej ceny jednostkowej bez określenia czego cena ta dotyczy.

433	d18 wytarta indywidualna	Kalkulacja indywidualna.	szt	1	5000.00	5000.00
-----	--------------------------	--------------------------	-----	---	---------	---------

Jednocześnie w przedmiarze Zamawiającego pozycje te opisano w następujący sposób:

433	d. wycena indywidualna	Kalkulacja indywidualna. koszt obliczeń konstrukcyjnych dotyczących nośności/ schodów stalowych z podaniem sposobu ewentualnego wzmocnienia 1 sposobu montażu do ścian, wraz z kosztami ich wykonania.	\$zt			
18,1		1	szt		1.00	
					RAZEM	

Kalkulacja powyższego punktu przedmiaru nie znalazła w ogóle odzwierciedlenia w kosztorysie Konsorcjum Ars Longa. Takie sformułowanie treści pozycji w kosztorysie

ofertowym jest niezgodne z SIWZ w zakresie opisanym w pkt. 13 ust. 3 SIWZ, w którym zamawiający wskazuje, że: „Dopuszczalna jest zmiana katalogów nakładów rzeczowych zaproponowanych w przedmiarze robót, jednakże opis pozycji ma być zgodny z opisem zawartym w przedmiarze.” Brak wskazania treści opisu do którego oferent się odwoływał dyskwalifikuje ofertę ze względu na jej niezgodność z SIWZ w opisanym wyżej zakresie.

Naruszenie art. 7 ust 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 2 PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt. 4 PZP w ten sposób, że dopuścił udziału w przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia osobom nie zapewniającym bezstronności i obiektywizmu i nie wykluczenie ich wykonywania czynności w postępowaniu, tj. Pani J. J., która współpracuje lub w niedalekiej przeszłości współpracowała z wykonawcą, którego ofertę zamawiający uznał ostatecznie za najkorzystniejszą (firmą ARS LONGA), a do której Zamawiający zwrócił się jako do „*niezależnego eksperta*” mającego wydać opinię w przedmiocie prawidłowości wyceny prac przygotowanej przez odwołującego w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny i która to osoba opinię taką wydała, co stanowić miało rzekomą podstawę uzasadniająca złożenie przez MIUMEX SA oferty zawierającej rażąco niską cenę i ostatecznie odrzucenie oferty Odwołującego. Dane dotyczące powiązań J. J. z firmą Ars Longa dostępne są w domenie publicznej na stronie internetowej: https://uok.msmt.cz/uok/not_detail.php?id=209. Załączony dokumenty wydrukowano z polskiej wersji językowej strony. Dowód: - wydruk ze strony internetowej z 15.05.2020 r.

Dodatkowo wyraził zdziwienie, że Zamawiający zwrócił się o wydanie opinii dotyczącej przedmiotu postępowania do osoby, która nigdy nie badała tego obiektu i nie zajmowała się ustaleniami co do jakości, złożoności, techniki wykonania i skomplikowania polichromii znajdujących się w pałacu. Informacje te posiada z kolei konserwator zabytków - Pan A. H., który uprzednio przygotowywał dla Zamawiającego dokumenty w postępowaniu, w tym program konserwatorski. Specyfika remontów obiektów zabytkowych nakazuje każdorazowo brać pod uwagę okoliczności związane z pracami na konkretnych elementach indywidualnie oznaczonego zabytku. Z tego względu, koszty jego renowacji mogą się znacząco różnić w zależności od tego jak szczegółowo zbadano parametry przedmiotu robót. Zamawiający musiał wiedzieć o tym, że wyłącznie konserwator przygotowujący uprzednio program konserwacji posiada szczegółową techniczną wiedzę co do wszystkich aspektów związanych z polichromią pałacu i możliwościami jej rekonstrukcji. Pomimo to, Zamawiający zwrócił się o wydanie ogólnej opinii dotyczącej metod transferu polichromii do „*zewnątrznego eksperta*”, który wykazuje związki z innym wykonawcą, którego oferta następnie zostaje wybrana jako najkorzystniejsza. Takie działanie Zamawiającego niewątpliwie oddziałuje na

transparentność procesu udzielania zamówienia i stawia w wątpliwość działanie Komisji Przetargowej i osób wykonujących dla niej zlecenia (np. wydanie opinii) w sposób bezstronny.

Naruszenie art 30 ust. 5 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 - rozwiązania równoważne.
Zamawiający naruszył przepis art. 30 ust. 5 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucając ofertę Odwołującego, co uzasadnił w ten sposób, że zarzucił odwołującemu zaoferowanie w przygotowanym przez siebie kosztorysie ofertowym rozwiązania równoważnego w poz. 236 przy jednoczesnym braku uzasadnienia złożenia takiego rozwiązania i przedłużenia dowodów równoważności. MILIMEX SA wyraźnie oświadcza, że nie składał w żadnym zakresie oferty równoważnej, a zaoferowane świadczenie odpowiada w całości treści SIWZ. Zgodnie z opisem w poz. 236 przedmiaru Zamawiającego dot. prac budowlanych, Zamawiający żądał zaoferowania następującego elementu: *„Tynki cementowo-wapienne na ścianach na podłożu ceramicznym wykonywane mechanicznie lekkie grubości 15 mm z zaprawy zaprawa do renowacji zabytków” antypleśniowa” przeznaczona do obiektów zabytkowych - wg. opisu w PB”.*

Z zamieszczonego w tej samej rubryce przedmiaru opisu do obliczeń wynika, że pozycja ta dotyczy wyłącznie: *„parteru do wys. 1,5 m”.* Z kolei w opisie do PB na który powołuje się Zamawiający (str. 22 opisu do projektu architektury) wyraźnie wskazano, że: *„W związku z wykonaniem przepon poziomych zaleca się wykonanie w pasie od posadzki na wysokość 1,5m tynków renowacyjnych (...). Zaleca się zastosowanie tynku solochłonnego Grundputz oraz tynku renowacyjnego Sanierputz - stara biel.”.* Wyjaśnienia do PB na które powołuje się zamawiający odnoszą się do pozostałych tynków (a więc innych niż do 1,5m na parterze budynku). W tym pasie z kolei Zamawiający wskazał jedynie przykładowe (zalecane) produkty. Ta część opisu wyraźnie kontestuje bowiem z jej następnym zdaniem, gdzie wyraźnie wskazano, że pozostałe tynki należy wykonać produktem Remmers Putzmortel. Powiązanie opisu do projektu architektury oraz treści przedmiaru zamawiającego nakazywało sądzić, że Zamawiający (zgodnie z opisem w przedmiarze) wymaga jedynie, aby zastosowana zaprawa do renowacji spełniała następujące cechy: nadawała się do wykorzystania w zabytkach, posiadała właściwości antypleśniowe oraz (zgodnie z opisem do projektu architektury) - posiadała właściwości solochłonne.

Konsekwentnie Odwołujący, w zakresie odnoszącym się do wykonania tynków w pasie do wysokości 1,5m na parterze budynku, w pozycji 236 zaoferował wykonanie robót z wykorzystaniem produktu, który spełnia wszystkie w/w oczekiwania zamawiającego, na dowód czego załączył do wyjaśnień kartę techniczną produktu oraz opisał szczegółowo cechy oferowanego materiału w treści wyjaśnień. W kosztorysie znajduje się wyraźne wskazanie, że tę pozycję robót MILIMEX SA wykona *„wg. opisu w PB”.* Forsowanie

koncepcji jakoby rozwiązanie zaproponowane przez MILIMEX SA miało charakter równoważnego i nie zostało uzasadnione w ofercie jest daleko idącym nadużyciem i nie znajduje oparcia w treści oferty. Podkreślenia wymaga, że kwestionowana pozycja 236 i jej kalkulacja odnosi się wyłącznie do tynków na wysokości 1,5m na parterze budynku, to wyraźnie podkreślono w treści kosztorysu ofertowego Odwołującego, a więc w zakresie w którym Zamawiający wskazał jedynie przykładowy produkt, którego wykorzystania oczekuje, a nie (jak w odniesieniu do pozostałych tynku) - inny produkt, wyraźnie oznaczony. Dowody: - zaktualizowany przedmiar robót Zamawiającego; - opis do projektu architektury, - kosztorys ofertowy wykonawcy, - karta techniczna produktów Torggler EKOR 44R, Torggler Neoplast Latex, - zeznania S. J. .

Jak stwierdziła Izba w wyroku KIO z 22.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1309/19: *„Zamawiający nie może na etapie oceny ofert dokonywać rozszerzającej wykładni swoich wymagań oraz obciążać wykonawców negatywnymi konsekwencjami braku precyzyjnego ich wyartykułowania w SIWZ. Uprawnione jest zaś stanowisko sprowadzające się do łącznej wykładni wymagań SIWZ, z uwzględnieniem celu, jakiemu te wymagania mają służyć czy jaką funkcjonalność zapewniać.”*. Brak jest więc podstaw co do przyjęcia na obecnym etapie, że w opisanym wyżej zakresie Zamawiający wymagał zastosowania materiału oznaczonego precyzyjnie producenta, podczas gdy wskazania te miały charakter zaleceń i odnosiły się do cech produktu, które spełnia ten zaoferowany przez MIUMEX SA.

W kontekście precyzji postanowień SIWZ zwrócenia uwagi wymaga chociażby stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO z 07.11.2019 r., KIO 2144/19 zgodnie z którym: *„Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ZamPublU. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ZamPublU jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Okoliczność braku jednoznacznego opisanie w SIWZ wymogów wobec oferty nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy, odrzuceniem jego oferty, jeśli jej treść mieści się w zakresie dokonanego opisu.”*.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 - brak wyceny elementu robót. Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie skutkujące uznaniem, że oferta MILIMEX SA jest niezgodna z SIWZ z uwagi na brak dokonania wyceny istotnej części prac objętych przedmiarem w pozycji nr 268 (transfer polichromii) w zakresie w którym Odwołujący pominął w tej pozycji kalkulację dotyczącą konserwacji i rekonstrukcji części polichromii, czego zamawiający wymagał zgodnie z informacją zawartą w odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ z dnia 14.02.2020 r. (pytanie nr 58).

W powyższym kontekście Odwołujący został wprowadzony przez Zamawiającego w błąd w treści wezwania do złożenia wyjaśnień (w odniesieniu do twierdzenia, jakoby deklarowane koszty nie pozwalały nawet na pokrycie kosztów konserwacji), stąd MILIMEX SA złożył w wyjaśnieniach oświadczenie o skalkulowaniu kosztów konserwacji i rekonstrukcji w innej pozycji kosztorysowej. Dla Odwołującego jasne było, że kalkulacja ta uwzględniona została w pozycji nr 269 (a więc tuż obok), która zatytułowana została jako „*Konserwacja i rekonstrukcja polichromii sufitów*”. Z kolei w odniesieniu do części konserwacji, która zgodnie z odpowiedziami do pytań do SIWZ miała być doliczona do pozycji 268, Odwołujący oświadcza, że skalkulowana ona została na poziomie „0 zł”, stąd nie znalazła żadnego odzwierciedlenia w treści wyjaśnień, ani w tym bardziej w kosztorysie uproszczonym stanowiącym element oferty. Odwołujący skorzystał w tym zakresie z możliwości swobodnego kształtowania cen za określone świadczenie i postanowił nie pobierać dodatkowego wynagrodzenia za część świadczenia związanego z konserwacją i rekonstrukcją sufitów, o której mowa w odpowiedziach do pytań do SIWZ z 14.02.2020 r. (str. 115) i ograniczenia się do pobrania wynagrodzenia z tego tytułu w zakresie, który dotyczył wyłącznie części przedmiaru określonego w poz. nr 269. Ilość prac niezbędnych do wykonania w tym zakresie będzie miała w ocenie Odwołującego charakter marginalny w stosunku do całego zobowiązania, stąd nie uznano za konieczne domaganie się wynagrodzenia w tym zakresie.

Jak stwierdziła Izba w wyroku KIO z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1515/14: „Pominięcie w postępowaniu wyceny niektórych pozycji należy traktować, jak wycenienie danej pozycji w kwocie 0,00 zł, bądź też, że wycena danej pozycji została ujęta w innych wycenionych pozycjach. Relatywnie często spotykaną przy robotach budowlanych i wymaganiu w postępowaniu, złożenia kosztorysu opracowanego na podstawie przedmiaru robót, jest pominięcie pewnych pozycji lub kwot, czy podanie kwoty 0,00 zł wartości jednostkowej. Pominięcia takie następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu kalkulacyjnego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej.

Analogiczna sytuacja ma miejsce w tym przypadku. W powyższym zakresie Zamawiający postąpił pochopnie nie wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1, w odniesieniu do części konserwacji i rekonstrukcji wykraczającej poza pozycję 269, której koszty doliczyć należało do pozycji 268, jeśli powziął wątpliwości co do faktu uwzględnienia tej pozycji kosztorysie. Trudno w tym wypadku mówić nawet o pominięciu, czy potrzebie uzupełnienia oferty w trybie przewidzianym art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP, jako, że cena „0 zł” z tytułu wykonania tej części prac stanowi w tym wypadku nie tyle samodzielną pozycję kosztorysową, co element kształtujący cenę w pozycji nr 268, stąd nie została uwzględniona przez program kosztorysowy.

Jak wskazuje KIO w wyroku KIO 1515/14: „Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ.” Podobnie Izba orzekła w wyroku KIO z dnia 29 stycznia 2020 r., KIO 89/20 stwierdzając, że: „Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych jedynie w sytuacji „ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonych w treści SIWZ wymaganiom. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości.”. W analogicznym nurcie wypowiedziała się Izba w wyroku KIO z 22.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1238/19.

W opisywanym stanie faktycznym Zamawiający całkowicie pominął swoje zobowiązanie w tym zakresie i podjął arbitralną decyzję o odrzuceniu oferty MILIMEX SA, pomimo braku podstaw do dokonania tej czynności.

Odwołujący wyraźnie podkreśla, że od początku jego intencją było zadeklarowanie w ofercie wykonania oczekiwanego przez Zamawiającego zakresu robót w odniesieniu do pozycji nr 268 przedmiaru, w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego (tj. wraz z częścią konserwacji i rekonstrukcji, którą doliczyć należało do poz. 268 kosztorysu). Wyraźnego zaznaczenia wymaga, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny dotyczyły objaśnienia problematyki cen poszczególnych pozycji, a nie zakresu robót. Oświadczając, że „pozycja nie obejmuje konserwacji i rekonstrukcji” Odwołujący miał na myśli - zgodnie z nagłówkiem akapitu - wyjaśnienia co do wyliczenia ceny i tego co cena ta w sobie zawiera, a nie wyjaśnienia w jakie roboty MILIMEX SA wykona, ale nie oczekują za nie dodatkowego wynagrodzenia. Wskazanie z szczegółowym rozliczeniem danej pozycji kosztorysowej, iż jedną z cen cząstkowych do tej pozycji Wykonawca wycenia na „zero złotych” powoduje automatyczne usunięcie tej pozycji z szczegółowej kalkulacji kosztorysu jako irrelevantnej dla ostatecznego wyniku matematycznego. Możliwość indywidualnego wpisania ceny „zerowej” istnieje w odniesieniu do całej pozycji kosztorysu, gdzie w rubryce obok opisu można cenę jako „0.00 zł” O tym, że wszystkie roboty wynikające z SIWZ-u będą wykonane Odwołująca oświadczyła w wymaganym formularzu oferty.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 PZP - rażąco niska cena w ofercie Odwołującego. Odrzucając ofertę MILIMEX SA Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że oferta MILIMEX SA zawiera rażąco niską cenę w związku z zaoferowaniem w pozycjach 236, 268, 269, 521 ceny rażąco niskiej, podczas, gdy oferta MILIMEX SA stanowi ofertę najkorzystniejszą, a zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a nadto zaoferowane ceny jednostkowe mieszczą się w granicach swobody decydowania przez Wykonawców o oferowanych cenach i stanowią zwykły element gry rynkowej nakierowany na sporządzenie oferty najkorzystniejszej. Odnosząc się do podstawy prawnej wskazanej przez Zamawiającego jako podstawę odrzucenia oferty, Odwołująca wskazuje na następujące błędy metodologiczno-prawne popełnione przez Zamawiającego w toku badania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty MILIMEX SA.

Po pierwsze, nawet w przypadku gdy wynagrodzenie w danym postępowaniu ma charakter kosztorysowy, nie oznacza to, że Wykonawca musi obligatoryjnie wykazać zarobek na każdej z tysięcy pozycji objętych kosztorysami. W przedmiotowym postępowaniu nie może dojść do sytuacji w której po udzieleniu zamówienia Zamawiający nakaże Wykonawcy wykonanie wyłącznie wąskiego zakresu robót, objętego indywidualnie oznaczonymi cenami jednostkowymi (np. najniższymi) i z tego zakresu rozliczy się z Wykonawcą. Przeciwnie, umowa dotyczyć będzie wykonania kompleksowego zakresu robót obejmującego tysiące pozycji kosztorysowych. Jeśli więc pojedyncze pozycje kosztorysowe nie oddziałują na globalną wycenę zamówienia w ten sposób, że powodują, że cena ta jest rażąco niska, o tyle brak jest podstaw do stosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W wyroku z 10.08.2018 r., KIO 1453/18, KIO doszła do przekonania, że zamawiający był uprawniony do uznania, że oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną realną, gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, przy jednocześnie zakładanym zysku. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia powinien być przedmiot zamówienia. Należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Konieczne jest tu zobiektywizowanie analizy i ustalenie, czy cena jest niewiarygodna na tyle, że nie pozwala na wykonanie zamówienia. Przy czym ocena rażąco niskiej ceny nie może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który przy użyciu reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą usługę od konkurencji. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej samo porównanie usług z usługami konkurencji, które są droższe - nie jest w takim przypadku właściwie zastosowaną metodą

ustalania oferty rażąco niskiej i nie może prowadzić do paradoksalnej sytuacji, w której odrzuca się ofertę ekonomicznie i gospodarczo uzasadnioną i tanią, a przyjmuje się za wiarygodne ofertę droższą, co wypacza reguły uczciwej konkurencji, funkcję ustawy Pzp, zapewniającą przejrzysty, optymalny i tani wybór najlepszej oferty na rzecz oferty droższej.

Po drugie, wykonawca posiada uprawnienie do swobodnego kształtowania cen oferowanych usług i świadczeń. Nawet w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jeśli okaże się, że kalkulacja dotycząca ilości wymaganych roboczogodzin w zakresie 1 z setek elementów prac przedstawiona zostanie przez Wykonawcę w sposób niedostateczny, to i tak koszt nadwyżki kosztów roboczogodzin, czy też zakupu materiałów w tym względzie obciążał będzie Wykonawcę, który liczy na pozyskanie środków na ten cel w wyniku wykonania będzie Wykonawcę, który liczy na pozyskanie środków na ten cel w wyniku wykonania z zyskiem innych zakresów robót w ramach tego samego zamówienia.

Po trzecie z kolei, o ile Zamawiający posiada uprawnienie do badania cen jednostkowych, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, to jednocześnie kwestię ustalenia rażąco niskiej ceny, w szczególności w okolicznościach takich jak w niniejszym postępowaniu, rozpatrywać można wyłącznie jako cenę globalną, cena realizacji całego zamówienia została skalkulowana przez MILIMEX SA na poziomie niewiele wyższych niż opublikowana przez Zamawiającego kwota jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Oferta MILIMEX opiewa bowiem na kwotę 16.456.445,56 zł brutto, podczas gdy zamawiający zaplanował wydatek na poziomie 16.700.000 zł brutto. Oznacza to, że cena MILIMEX SA jest jedynie o 243.554,44 zł niższa niż zaplanowany przez zamawiającego wydatek. Oferta MILIMEX jest więc globalnie niewiele ponad 1% tańsza niż kwota, którą planował przeznaczyć zamawiający na realizację zamówienia. Potwierdza to jedynie rynkowość oferty MILIMEX SA.

W kontekście powyższego jasnym staje się, że ocena tego, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę (tak: wyrok SO w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r. w sprawie o sygn. akt II Ca 425/04 oraz wyrok SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. w sprawie o sygn. akt II Ca 219/05, wyrok KIO z dnia 20 lipca 2016 r., KIO 1145/16). W odniesieniu do podejrzenia rażąco niskiej ceny oferty, zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jak i ryczałtowego, co do zasady badaniu podlega cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Poszczególne ceny jednostkowe, czy też inne elementy składowe ceny ofertowej, podlegają badaniu w kontekście ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny oraz na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Orzecznictwo wskazuje, że przedmiotem badania pod kątem ceny rażąco niskiej nie są jakieś jego wybiórcze części, niewielkie elementy, ale cała zaoferowana cena, chodzi

bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do niektórych jego pozycji. Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-06-24, KIO 1174/14). Podobnie w wyroku KIO z dnia 13.05.2013 r., sygn. akt: KIO 956/13. "Zarówno ustawa Pzp, jak również Dyrektywy Unii Europejskiej nie definiują pojęcia *"rażąco niskiej ceny"*. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa istotne jest to, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z *"rażąco niską ceną"* należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny za poszczególne elementy oferty. Wniosek taki wypływa wprost z literalnego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś w stosunku do pewnej części (w tym przypadku ceny jednostkowej) przedmiotu zamówienia.

W aspekcie merytorycznym związanym z przedstawieniem dowodów, iż nawet poszczególne ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę nie są rażąco niskie, Odwołujący podtrzymuje wszystkie argumenty i dowody przywołane w treści wyjaśnień z 20.04.2020 r. Wobec ogólnych zarzutów Zamawiającego przedstawionych na str. 12 pisma Zamawiającego z 08.05.2020 r., Odwołujący wskazuje, że nie wykazano Odwołującemu braków w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym dysponowania personelem o kwalifikacjach wymaganych przez Zamawiającego. Jakikolwiek implikacje zakładające z góry nienależyte wykonanie zobowiązania przez MILIMIEX SA chociażby w części nie zostały w żaden sposób poparte przez Zamawiającego materiałem dowodowym. W równej mierze można byłoby zadać pytanie, czy wybrany obecnie przez Zamawiającego wykonawca gwarantuje należyte wykonanie posadzki tarasowej z włóknobetonu, oferując za wykonanie tego zakresu prac cenę zerową? Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie dają Zamawiającemu upoważnienia do swobodnego decydowania o ważności (istotności) danego zakresu robót i możliwości surowszej oceny zaoferowania niższych cen w kontekście danego zakresu prac. Co więcej, na etapie formułowania SIWZ Zamawiający nie zidentyfikował nawet kluczowych części zamówienia i nie zobowiązał wykonawców do ich osobistej realizacji w myśl art. 36a ust. 2 Pzp (pkt. 29 SIWZ. str. 24). Wartościowanie określonych prac z perspektywy ważności dla Zamawiającego na obecnym etapie stanowi niedozwoloną ingerencję w swobodę decydowania Wykonawcy o oferowanych przez niego cenach i ogranicza możliwość uczestniczenia w zwyczajnej grze rynkowej nakierowanej na składanie ofert najkorzystniejszych cenowo.

W kontekście pozycji 236 kosztorysu, w odniesieniu do zarzutów sformułowanych na str. 12 pkt. a) w piśmie zamawiającego z 08.05.2020 r., Odwołujący wskazuje, że formułowane tam uzasadnienie zostało powielone z uzasadnieniem dotyczącym odrzucenia

oferty niezgodnej z SIWZ, które to zarzuty szczegółowo zostały omówione we wcześniejszej części odwołania. Co do samej ceny oferowanej zaprawy tynkarskiej, mając na względzie, że spełnia ona wymagania zamawiającego oraz jest zgodna z SIWZ oraz że jej cena różni się zaledwie o kilka złotych od tej na którą powołuje się Zamawiający, brak jest podstaw do przyjęcia, że cena ta spełnia przesłanki do bycia uznaną za rażąco niską. Powołując się na kalkulacje przedstawione przez Wykonawcę w wyjaśnieniach z 20.04.2020 r. oraz dowody tam przywołane, w przytoczone również w niniejszym odwołaniu, Odwołujący podtrzymuje twierdzenie rynkowości przedstawionej ceny.

Co do pozycji 268 (Transfer polichromii) Wykonawca podtrzymuje swoje stanowisko co do możliwości realizacji prac w technologii Strappo opisanej szczegółowo w piśmie stanowiącym wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny. W zakresie, w którym Zamawiający powołuje się na opinię „niezależnego eksperta”, Odwołujący ponownie przywołuje okoliczność opisaną w zarzucie nr 2 w niniejszym odwołaniu, wskazując na brak możliwości przyjęcia za wiarygodną opinii osoby współpracującej z innym wykonawcom składającym ofertę w przetargu. Odwołujący ponownie podkreśla, że możliwość wykonania przedmiotowych prac w zaoferowanej cenie została przez niego drobiazgowo skalkulowana. Przede wszystkim wzięto pod uwagę rzeczywisty stan skomplikowania polichromii i związany z tym zakres złożoności prac koniecznych do wykonania. Ponownie Wykonawca podkreśla, że osobą kompetentną do udzielenia odpowiedzi co do stanu polichromii winien być autor programu konserwatorskiego - Pan A. H., którego Zamawiający z niewiadomych przyczyn pominął na etapie analizy wyjaśnień złożonych przez spółkę MIUMEX. Sposób wykonania kalkulacji opisać może również kierownik działu Wykonawcy odpowiedzialnego za przygotowanie kosztorysów do tego postępowania przetargowego – S. J. . Dowód: - zeznania świadka – A. H.; - zeznania świadka – S. J. .

Już z samej analizy złożonych ofert innych niż oferta MILIMEX SA wywieść można wniosek, że ten sam zakres prac ocenić można w skrajnie różny sposób. Zauważyć można, że najtańsza z ofert w tym względzie, inna niż oferta MILIMEX-u, opiewa na kwotę 1500 zł co jest sumą ponad sześciokrotnie mniejszą niż najwyższa zaoferowana w tym zakresie cena - tj. 10.000 zł. Dowodzi to jedynie tego, że specyfika prac konserwatorskich umożliwia wykorzystanie bardzo różnego podejścia do tego samego zakresu prac.

Wyjaśnienia w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny co do pozycji nr 269 kosztorysu wykonawcy są w dużej mierze analogiczne jak w w/w wypadku. W pozostałym zakresie wykonawca wyjaśnia, że oszczędność wynika w tym wypadku z dokładnego przeanalizowania Programu Konserwatorskiego, z której to analizy wyciągnięto następujące wnioski pozwalające na zaoferowanie niższej ceny. Na sufitach znajdują się zarówno polichromie o charakterze ornamentalnym jak i - w większości - polichromie o charakterze jednolitego wymalowania. Przyjęto do wyceny ilości w/w polichromii w proporcji 1:3 (tzn. 25%

powierzchni polichromii o charakterze ornamentalnym i 75% powierzchni polichromii o charakterze jednolitego wymalowania), oraz założono narzucony udział konserwacji i rekonstrukcji w proporcji 50%/50%.

W ramach tej pozycji, ujęto wyłącznie koszty konserwacji/rekonstrukcji polichromii czyli warstw malarskich i wymalowani; pozycja nie obejmuje przygotowania podłoża (tynków, pobiał). Jednocześnie zauważyć należy, że przedmiotowa polichromia cechuje się bardzo niskim stopniem skomplikowania, w związku z czym koszt wykonania jej konserwacji i rekonstrukcji jest stanowczo niższy niż średnia cena rynkowa za konserwację i rekonstrukcję polichromii w ogólnym jej rozumieniu.

Koszty potrzebnych materiałów:

- żywica akryl. PRIMAL AC33, pigmenty ze spoiwem: $100 \text{ zł/litr} \times 0,1 \text{ litr/m}^2 = 10,00 \text{ zł/m}^2$

- żywica akrylowa Paraloid B 72 $80 \text{ zł/kg} \times 0,05 \text{ kg/m}^2 = 4,00 \text{ zł/m}^2$

RAZEM materiały: $14,00 \text{ zł/m}^2$

Koszty robocizny:

- dla konserwacji/rekonstrukcji 50/50 polichromii o charakterze ornamentalnym: 675 zł/m^2

- dla konserwacji/rekonstrukcji 50/50 polichromii o charakterze jednolitego wymalowania: 135 zł/m^2

- średnia cena przy założeniu udziału poszczególnych polichromii w proporcji 25%/75%:

$0,25 \times 675 \text{ zł/m}^2 + 0,75 \times 135 \text{ zł/m}^2 = 270 \text{ zł/m}^2$. MILIMEX SA dysponuje własnymi rusztowaniami, stąd nie zostały one doliczone do kosztu ceny jednostkowej. Razem KOSZT wykonania robót: $284,00 \text{ zł/m}^2$. Wykonawca podtrzymuje, że przedmiotowy zakres robót jest realny do wykonania w oferowanej cenie 300 zł/m^2 .

W odniesieniu do pozycji nr 521 kosztorysu, Odwołujący podkreśla, że bazował na otrzymanej ofercie od potencjalnego Podwykonawcy. Jest to kompleksowa oferta na dostawę i montaż dźwigu windowego, obudowę szklaną szybu windy, oraz wykonanie potrzebnego podszybia zgodnie z określonymi w dokumentacji przetargowej wymaganiami. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, oferta potencjalnego podwykonawcy obejmuje również wykonanie szklanej obudowy o wymaganej odporności ogniowej EI60 z drzwiami EI30. Potencjalny wykonawca co do zakresu oferty wskazał precyzyjnie, że: „Wycena sporządzona zgodnie z dokumentacją projektową”, a więc jest ona zgodna ze Specyfikacją przedstawioną przez Zamawiającego, w tym również z wymaganiami w kontekście odporności ogniowej.

Zamawiający w dniu 18.05.2020 r. (przez elektroniczną platformę zakupową Open Nexus) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20.05.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum ARS LONGA zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 02.07.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum ARS LONGA złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopa została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 02.07.2020 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie. Kopa została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu na posiedzeniu.

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

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, w wypadku potwierdzenia zarzutu ma szansę na uzyskanie zamówienia w tych zadaniu.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego, uznając skuteczność przystąpienia po stronie Zamawiającego - Konsorcjum ARS LONGA składającego się z: 1) ARS LONGA Konserwacja Dziel Sztuki i Obiektów Zabytkowych J.D.M. M. Sp. Jawna (Lider) oraz 2) WodPol Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Podgórci Tynieckie 71, 30-398 Kraków. Należy podkreślić, że w zgłoszonym przystąpieniu jednoznacznie przywołano przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że spółka ARS LONGA wstępowała w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako lider konsorcjum będący członkiem konsorcjum i miała umocowanie jako pełnomocnik tego konsorcjum, do wszelkich czynności w postępowaniu, zwłaszcza do wnoszenia odwołań (pkt 8). Wynikało to niezbitcie z pełnomocnictwa z 05.03.2020 r. załączonego do złożonej oferty, a przekazanego wraz z ofertą przez Zamawiającego, z dokumentacją postępowania, w formie elektronicznej.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej. W szczególności postanowień SIWZ, zmiany SIWZ (zwłaszcza w zakresie aktualizacji przedmiarów – patrz z 06.02.2020 r., ale zmiany z 18.02.2020 r.), odpowiedzi na wszystkie pytania (zwłaszcza odpowiedzi z 10.01.2020 r., 14.01.2020 r., 14.02.2020 r. oraz 28.02.2020 r.). Nadto, cztery pozwolenia, w tym pozwolenie konserwatorskie Nr 342/2017, Opracowanie: „*Badania na obecność polichromii, stratygrafia tynków i elementów drewnianych wraz z programem prac konserwatorskich*” p. E. P.-Ś. z Pracowni Projektowo-Urbanistyczno-Konserwatorskiej „ABAKUS”, Opisu do projektu architektury - p. E. P.-Ś. z Pracowni Projektowo-Urbanistyczno-Konserwatorskiej „ABAKUS”, Program Prac Konserwatorskich (wraz z odpowiedziami na pytania – pismo z 14.01.2020 r.), zaktualizowane przedmiary z branży budowlanej (zmiana SIWZ z 06.02.2020 r.)

Dodatkowo, z wezwania Zamawiającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp z 10.04.2020 r., wyjaśnień (odpowiedzi na wezwanie) z 20.04.2020 r. wraz z załącznikami:

- 1) Ofertą p. J. G. z 24.02.2020 r.;
- 2) Ofertą firmy 3W Dystrybucja Budowla SA z 30.01.2020 r.;
- 3) Oferta firmy Serwer Polska Chemia wraz z kartą techniczną produktu zaprawy tynkarskiej Torggler EKOR 44R oraz kartą techniczną emulsji Torggler Neoplast Latex;
- 4) Ofertą Grupy ZED Sp. z o.o.

Nadto, Izba uznała jako dowód opinie po wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z 22.04.2020 r. Inspektora Nadzoru.

Izba dopuściła formalnie jako dowód dołączone do odwołania przez Odwołującego załączniki (będące także częścią dokumentacji postępowania):

- 1) Formularz oferty MILIMEX SA z dnia 9 marca 2020 r. wraz z załącznikami w postaci kosztorysów ofertowych w branży drogowej, budowlanej, elektrycznej (w tym niskich napięć), sanitarnej, formularza JEDZ, gwarancji wadialnej, oświadczenia dot. obowiązku podatkowego, zobowiązania podmiotu trzeciego - RECO wraz z formularzem JEDZ
- 2) Płyta CD zawierająca: Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz z dokumentacją przetargową (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz aktualizacją przedmiaru w branży budowlanej z dnia 6 lutego 2020 r.
- 3) Wezwanie Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2020 r, do złożenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny w ofercie MILIMEX SA (nie było dołączone do odwołania – jest w aktach postępowania przesłanych przez Zamawiającego)
- 4) Odpowiedź MILIMEX SA z dnia 20 kwietnia 2020 r. na wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z załącznikami w postaci: otrzymanej oferty potencjalnego Podwykonawcy stanowiącej dla nas podstawę do sporządzenia oferty, wstępnej oferta na dostawę płyt gipsowych, karta

techniczna zaprawy tynkarskiej Torggler EKOR 44R, oferta firmy Torggler, karta techniczna produktu Torggier Neoplast Latex, ofercie od potencjalnego Podwykonawcy na dostawę dźwigu z wykonaniem podszybia i szklaną obudową (sama odpowiedź nie była dołączona do odwołania – jest w aktach postępowania przesłanych przez Zamawiającego

5) Dwa pisma Zamawiającego z 08.05.2020 r. w postaci informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informacji o wynikach postępowania i odrzuceniu oferty MILIMEX SA

6) Opinia złożoną Zamawiającemu przez p. J. J. z 22.04.2020 r.

7) Wydruk ze strony Internetowej wskazanej w odwołaniu - Bazy Uznawania Kwalifikacji Zawodowych z 15.05.2020 r.

8) Formularz ofertowy wraz z kosztorysem ofertowym wykonawcy Konsorcjum Ars Longa.

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka, tj. zeznań p. A. H. uznając, że istnieje możliwość wydania orzeczenia na podstawie innych dowodów znajdujących się dokumentacji w postępowaniu, mających charakter dokumentów, które mają pierwszeństwo na dowodem z zeznań (m.in. cztery pozwolenia, w tym pozwolenie konserwatorskie Nr 342/2017, Opracowanie: „Badania na obecność polichromii, stratygrafia tynków i elementów drewnianych wraz z programem prac konserwatorskich” p. E. P.-Ś. z Pracowni Projektowo-Urbanistyczno-Konserwatorskiej „ABAKUS”, Opisu do projektu architektury - p. E. P.-Ś. z Pracowni Projektowo-Urbanistyczno-Konserwatorskiej „ABAKUS”, Program Prac Konserwatorskich (wraz z odpowiedziami na pytania – pismo z 14.01.2020 r.). Izba zwraca uwagę, że autorem Program Prac Konserwatorskich był sam p. A. H. .

W zakresie drugiego świadka, wniosek został wycofany z uwagi na jego nieaktualność, gdyż osoba, której dotyczyła stawiała się jako strona.

Izba dopuściła jako dowodu w sprawie dołączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie - artykuł internetowy autorstwa p. J. J. .

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie złożonych przez Zamawiającego wraz odpowiedzią na odwołanie oraz na rozprawie:

- 1) Oświadczenia z 30.06.2020 r. członka Komisji Przetargowej;
- 2) Oświadczenia (informacji) z 02.07.2020 r. p. E. P.-Ś. z Pracowni Projektowo-Urbanistyczno-Konserwatorskiej „ABAKUS”.

Przed Izbą bowiem obowiązuje zasada bezpośredniości dowodowej, a Zamawiający nie wykazał istnienia uzasadnionych przeszkód w przeprowadzeniu dowodu bezpośrednio, w sposób pozwalający na ocenę wiarygodności dowodu (podobnie w wyroku KIO z dnia 30.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2112/13; KIO 2114/13; KIO 2121/13). Nadto, drugie

z oświadczeń nie było elementem dokumentacji postępowania i pojawiło się dopiero w toku rozprawy.

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie złożonych na rozprawie przez Przystępującego:

1. Opinii konserwatorskiej o technice, technologii oraz kosztach zabiegu przeniesienia malowideł, technologii oraz kosztach zabiegu przeniesienie malowideł ściennych znajdujących się na suficie holu I pietra w pałacu Żory – Baranowice;
2. Opinii (informacji e-mailowej) firmy Remmers.

Niniejsze opinie mają charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsze opinie prywatne, w takich okolicznościach sprawy, stanowią stanowisko Przystępującego, stanowią one jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono także stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z 29.09.1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone pisma procesowe w sprawie, tj. odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe, które z uwagi na obszerny charakter nie zostały przywołane w uzasadnieniu, stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców skutkujące zaniechaniem wezwania do założenia przez wykonawcę Konsorcjum ARS LONGA wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny pomimo istnienia w ofercie tego wykonawcy pozycji

„zerowych" w zakresie cen jednostkowych ujawnionych w pkt. 542 kosztorysu stanowiącego załącznik do oferty tego wykonawcy;

2. art. 7 ust. 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez umożliwienie udziału w przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia osobom nie zapewniającym bezstronności i obiektywizmu i nie wykluczenie ich wykonywania czynności w postępowaniu, tj. Pani J. J., która współpracuje lub w niedalekiej przeszłości współpracowała z wykonawcą, którego ofertę Zamawiający uznał ostatecznie za najkorzystniejszą (firmą ARS LONGA), a do której Zamawiający zwrócił się jako do „niezależnego eksperta" mającego wydać opinię w przedmiocie prawidłowości wyceny prac przygotowanej przez odwołującego w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny i która to osoba opinię taką wydała, co stanowić miało rzekomą podstawę uzasadniającą złożenie przez MILIMEX SA oferty zawierającej rażąco niską cenę i ostatecznie odrzucenie oferty Odwołującego;

3. art. 30 ust. 5 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że Odwołujący zaoferował w przygotowanym przez siebie kosztorysie ofertowym rozwiązania równoważne w poz. 236 przy czym rozwiązania równoważnego nie uzasadnił, podczas gdy MILIMEX SA nie składał w żadnym zakresie oferty równoważnej, a zaoferowane świadczenie odpowiada w całości treści SIWZ;

4. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem wezwania MILIMEX SA do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w sytuacji powzięcia wątpliwości w odniesieniu do zgodności oferty z treścią SIWZ na etapie składania wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny oferty, co doprowadziło do powzięcia przedwczesnej decyzji o odrzuceniu oferty MILIMEX SA;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie skutkujące uznaniem, że oferta MILIMEX SA jest niezgodna z SIWZ z uwagi na: brak dokonania wyceny istotnej części prac objętych przedmiotem w pozycji nr 268 (transfer polichromii), podczas gdy prace te wyceniono w opisanej pozycji oraz uwagi na twierdzenie jakoby MILIMEX SA zaoferował w zakresie opisanych w poz. nr 236 kosztorysu rozwiązanie równoważne, przy czym nie wykazał w ofercie kryteriów równoważności, podczas gdy Odwołujący zaoferował realizację zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ i w żadnym miejscu nie oferował rozwiązań równoważnych, stąd nie istniała potrzeba uzasadniania ich równoważności w ofercie. Nadto naruszenia tego przepisu zamawiający dopuścił się nie dokonując odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum ARS LONGA Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych J D M. M. spółka jawna (Lider) oraz Wodpol Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) w związku z niezgodnością oferty z SIWZ w zakresie poz. 433 kosztorysu ofertowego tegoż wykonawcy;

6. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że oferta MILIMEX SA zawiera rażąco niską cenę w związku z zaferowaniem w pozycjach 236, 268, 269, 521 ceny rażąco niskiej, podczas, gdy oferta MIUMEX SA stanowi ofertę najkorzystniejszą, a zaferowana cena nie jest rażąco niska, a nadto zaferowane ceny jednostkowe mieszczą się w granicach swobody decydowania przez Wykonawców o oferowanych cenach i stanowią zwykły element gry rynkowej nakierowany na sporządzenie oferty najkorzystniejszej.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego w kontekście sformułowanych wymogów w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności zaistniałych w postępowaniu. Ich ocena był odmienna między stronami. W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów przytaczając poszczególne okoliczności oraz dokumenty.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego i częściowo piątego, Izba uznała w/w zarzuty dotyczące de facto oferty Konsorcjum ARS LONGA, za podlegające oddaleniu.

W tym zakresie, Odwołujący sformułował w pierwszej kolejności zarzut /pierwszy/ co do braku wezwania innych wykonawców, w tym Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej w zakresie poz. 254 kosztorysu budowlanego (klejenie tapet i tkanin na styk z dokładnym pasowaniem wzorów tapety do obiektów zabytkowych z mat. naturalnych o historycznych wzorach, najwyższej jakości klej do tapet materiałowych (historycznych) na bazie pochodnych celulozy) i 356 (/z. VIII/ Posadzki z deszczulek posadzkowych, układane na klej Deszczułki posadz, dębowe kl. I, gr.22mm Cokoły przyścienne dębowe o wym. i kształtach wg. projektu.). Nadto, zarzucił, że nie wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny w pozycji 542 (wykonanie posadzki tarasowej z włóknobetonu) kosztorysu mimo wycenienia na „0”.

Poz. 254 dotyczy klejenia tapet, a poz. 356 klejenia płytek posadzkowych. Niewątpliwie są to typowe roboty budowlane - wykończeniowe. Izba podziela stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie oraz Przystępującego z jego pisma procesowego, że w odróżnieniu do poz. 268 i 269, które mają charakter robót konserwatorskich o wyodrębnionym zamkniętym charakterze, poz. 254 oraz 356 nie mają istotnego charakteru. Zaś, zakres robót konserwatorskich polegający na transferze oraz

odrestaurowaniu zachowanych polichromii w tym postępowaniu stanowi istotny element przedmiotu zamówienia. Izba uznaje za własne stanowisko Zamawiającego, że o istotności z punktu widzenia realizacji inwestycji można mówić nie tylko wtedy kiedy wartość finansowa danego zakresu robót jest znacząca.

Z kolei występowanie pozycji „0” w poz. 542 kosztorysu ofertowego Przystępującego nie powodowało konieczności występowania do tego Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym wypadku należy przytoczyć stanowisko Zamawiającego mające odzwierciedlenie w kosztorysach ofertowych, że Odwołujący w poz. 534 kosztorysu ofertowego również zastosował wycenę 0,00 zł i również nie został z tego tytułu wezwany do złożenia wyjaśnień. Stosowanie w kosztorysach ofertowych zerowych cen jednostkowych jest dość często spotykaną sytuacją na co wskazuje nawet sam Odwołujący w swoim odwołaniu. Postanowienia SIWZ nie zawierały w tym zakresie konkretnych postanowień zakazujących stosowanie takich stawek, taka praktyka co do zasady jest dopuszczalna. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w żadnym fragmencie SIWZ nie zakazał wyceny pozycji na 0 zł, nie nakazał wyceny wyłącznie cen dodatnich, nie zastrzegł, że wycena pozycji na 0 zł skutkować będzie odrzuceniem oferty.

W następnej kolejności, w zakresie częściowo zarzutu piątego - Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie odrzucił oferty Przystępującego, za brak treści opisu w poz. 433 (wycena indywidualna) kosztorysu budowlanego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z treścią opisu przedmiar: *„Kalkulacja indywidualna. Koszt obliczeń konstrukcyjnych dotyczących nośności schodów stalowych z podaniem sposobu ewentualnego wzmocnienia i sposobu montażu do ścian, wraz z kosztami ich wykonania.”*. Treść opisu Przystępującego: *„Kalkulacja indywidualna”*. Izba w tym zakresie powołuje się na okoliczności przedstawione szczegółowo przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, iż w kosztorysie ofertowym znajduje się zestawienie materiałów, w którym w poz. 174 znajduje się przedmiotowy opis. Oznacza to, iż pozycja merytorycznie została wyceniona prawidłowo.

Jednocześnie, odnosząc się do tez i wyliczeń Odwołującego, że jeśli jego oferta ma charakter rażąco niski to taki charakter ma również oferta Przystępującego, Izba podkreśla że tego rodzaju zarzut sensu stricto nie był zawarty w odwołaniu i sformułowany go na etapie rozprawy, ma więc charakter spóźniony i w konsekwencji nie podlega rozpoznaniu. Nadto, Izba przypomina, że jeśli oferta danego Wykonawcy została odrzucona winien on w pierwszej kolejności skupić się na wykazaniu niezasadności swojego odrzucenia, a nie w sposób spóźniony kwestionować sens wezwania do wyjaśnień, czy też w zależności od swojej sytuacji procesowej na rozprawie formułować nowe zarzuty względem oferty Przystępującego. Kwestią zupełnie poboczną, czy miałyby one jakikolwiek wpływ na wynik postępowania, w co Izba w konsekwencji dokonanych powyżej ustaleń, powątpiewa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut, za podlegający oddaleniu.

Należy zauważyć, że autor opinii nie brał udziału w postępowaniu, ani nie wykonywał żadnych czynności (nie był nawet formalnie powołany jako biegły przez Zamawiającego), a sam Odwołujący był niekonsekwentny, gdyż de facto mimo że kwestionował opinie, z drugiej strony powoływał się na nią stwierdzając, że: „*że nawet opinia, na którą oparł się Zamawiający wskazuje, że technologia strappo jest dopuszczalną technologią przy transferze polichromii. Ewentualnie miało miejsce niedoszacowanie roboczogodzin (...)*”. W ocenie Izby brak jest podstaw do kwestionowania niezależności autora opinii, jak i zaistnienia przesłanek wynikających z art. 17 ust.1 pkt 4 Pzp. Izba biorąc pod uwagę opinie po wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z 22.04.2020 r., załączony do odpowiedzi na odwołanie wydruk artykułu uznała, że zarzut jest bezzasadny. Opinia w żaden sposób nie odnosi się do oferty Odwołującego, ani do badania i oceny złożonych ofert, ale dotyczy tylko i wyłącznie technologii strapoo (nota bene jak Izba zwracała uwagę sam Odwołujący powoływał się na nią w tym zakresie, czyli uznawał jej wiarygodny charakter). Należy uznać, że opinia miała charakter pomocniczy tylko i wyłącznie co do samej technologii i jej czasochłonności. Zaistniałe relacje dotyczą praktyki, czego Przystępujący nie ukrywał, którą autorka odbywała po studiach prawie 10 lat temu. Wydruk przedstawiony przez Odwołującego do odwołania w tym zakresie nic nie wnoszą poza tym, że ta osoba starając się o uznanie kwalifikacji zawodowych w Republice Czech w 2012 r. powoływała się na doświadczenia zawodowe, czyli praktykę z przed lat. Nie przedstawiono żadnego dowodu, iż aktualnie autorka opinii miała lub ma kontakty z Przystępującym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego i częściowo piątego, Izba uznała w/w zarzuty, za podlegające oddaleniu.

Zgodnie z SIWZ (Rozdz. 3. Opis Przedmiotu Zamówienia – str. 4 -5) wskazano: „*Jeżeli w dokumentacji przetargowej element przedmiotu zamówienia został wskazany poprzez znak towarowy, patent lub pochodzenie, Źródło lub szczególny proces lub opisano element przedmiotu zamówienia za pomocą norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust 1 i ust 3 ustawy pzp, ewentualne wskazania na takie elementy przedmiotu zamówienia należy odczytywać z wyrazami „lub równoważny”. Zamawiający dopuszczają takim przypadku oferowanie elementów równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w ww. dokumentacji przetargowej. Wykonawca jest zobowiązany wykazać w ofercie jakie elementy zostały zmienione i określić jakie*

elementy w ich miejsce proponuje. Ponadto winien wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, że wskazane rozwiązania są równoważne.”. Z kolei według odpowiedzi na pytania (pismo z 10.01.2020 r. – odpowiedź na pytani 3): *„Zamawiający dopuszcza w takim przypadku oferowanie elementów równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w ww. dokumentacji przetargowej. Wykonawca jest zobowiązany wykazać w ofercie jakie elementy zostały zmienione i określić jakie elementy w ich miejsce proponuje. Ponadto winien wykazać w sposób niebudzący wątpliwości, że wskazane rozwiązania są równoważne*”. Z oferty dołączonej przez Odwołującego w ramach wyjaśnień odnośnie ceny rażąco niskiej z 20.04.2020 r. Zamawiający powziął informację, że w poz. 236 kosztorysu ofertowego Odwołującego wyceniono, ale także zaoferowano zaprawa tynkarska Torggler EKOR 44R /oferta firmy Serwer Polska Chemia wraz z kartą techniczną produktu zaprawy tynkarskiej Torggler EKOR 44R/.

W ocenie, Izby odnośnie poz. 236 kosztorysu ofertowego, Izba uznała, że zaoferowano produkt, który nie był docelowy (za taki Izba uznała zaprawę firmy Remmer) i Odwołujący winien w sposób jednoznaczny w ofercie zawrzeć informacje zgodnie z wymaganiami SIWZ, że jest to produkt równoważny (zaprawa tynkarska Toreeler EKOR 44R), zarazem wykazując jego równoważność, czego nie zrobił. Powyższe, już samo w sobie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego w trybie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, gdyż na etapie wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej de facto miała miejsce zmiana lub co najmniej uzupełnienie treści oferty po jej złożeniu (tak w wyroku KIO z 26.01.2018 r., sygn. akt: KIO 40/18).

W opisie do pozycji przedmiarowej 236 /zaktualizowany przedmiar z 06.02.2020 r./: *„Tynki cementowo-wapienne na ścianach na podłożu ceramicznym wykonywane mechanicznie lekkie grubości 15 mm z zaprawy zaprawa do renowacji zabytków "antypieśniowa" przeznaczona do obiektów zabytkowych wg. opisu w PB <parter na wys. 1,50m>”. Zgodnie, zaś z opisem do projektu architektury (str. 22): „Opracowanie tynków na parterze budynku. W związku z wykonaniem przepon poziomych zaleca się wykonanie w pasie od posadzki na wysokość 1,5 m tynków renowacyjnych (w przypadku polichromii w holu głównym postępować zgodnie z odrębnym opracowaniem). Zaleca się zastosowanie tynku solochłonnego Grundputz oraz tynku renowacyjnego Sanierputz - stara biel. Pozostałe tynki wykonać w technologii tynków tradycyjnych, cementowo-wapiennych, produktem Remmers Putzmörtel. (...) Opracowanie tynków na wyższych kondygnacjach budynku. Zasada obrutki jak wyżej. Tynkować w całości w technologii tynków tradycyjnych, cementowo-wapiennych, produktem remmers putzmörtel”.* Izba neguje przeciwstawianie bezrefleksyjne słowa „zaleca się” względem słowa „wykonać”. Odwołujący eksponuje słowo

zaleca się zupełnie pomijając kontekst robót, ale także inne postanowienia z opisu do projektu architektury ze str. 15 - pkt 8.11 gdzie zapisano, że „*dla przeprowadzenia, robót konserwatorsko budowlanych w obiekcie, jako referencyjne proponuje się technologię firmy Remmers (...)*”. Dla Izby jest jasne, że nie chodziło o propozycje, czy też o zalecenie, ale referencyjny, czyli docelowy produkt.

Należy zauważyć, że Odwołujący jest profesjonalistą i jeśli jako profesjonalista dalej nie rozumiał przekazu zawartego w opisie do projektu architektury konstruowanego przez projektanta a nie prawnika, to Izba przypomina za wyrokiem SN z 05.06.2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/2013 – gdzie SN wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z omawianym wyrokiem Sądu Najwyższego art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego daje nie tylko wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie, uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ, celem właściwego przygotowania oferty.

Zaoferowany produkt - zaprawa tynkarska Torggler EKOR 44R, w ocenie Izby, nie ma charakteru równoważnego i to nie tylko dlatego, że jak podniósł Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie jest na rynku inny produkt firmy Torggler, który posiada certyfikat WTA /INTONACO WTA/ (czemu Odwołujący nie zaprzeczał podczas rozprawy), a tylko zaprawa posiadająca ten certyfikat jest zaprawą przeznaczoną do obiektów zabytkowych. Odwołujący wskazywał na rozprawie, że zaoferowany produkt ma charakter antypleśniowy, renowacyjny, solochłonny i do budynków zabytkowych, czyli był niekonsekwentny bowiem w odwołaniu twierdził i zarzucał, jakoby brak jest jakichkolwiek kryteriów równoważności, a następnie sam je sformułował na rozprawie. W zakresie solochłonności karta techniczna – we fragmencie z ostatniego akapitu przed „*zastosowanie*” może spełniać ten cel: „*W przypadku obecności w murze soli rozpuszczalnych w wodzie, EKOR 44R blokuje zjawisko wykwitów na powierzchni tynku, ponieważ przesuwa do wnętrza muru lub tynku strefę parowania wody i krystalizacji soli. Zapobiega to wykwitom na powierzchni tynku*”. Jednocześnie, sam Zamawiający nie przeczył, że zaoferowana zaprawa jest antypleśniowa i solochłonna, podtrzymywał jednakże, iż nie jest przeznaczona do zabytków, bo nie ma tam żadnej informacji w tym zakresie. Twierdzenie Odwołującego, że jest przeznaczona do zabytków, gdyż: „*EKOR 44R jest szczególnie polecany jako tynk: „zewnątrzny (elewacyjny) na zawilgoconych ścianach starych budynków, jako tynk zapobiegający podciąganiu wilgoci i wykwitom, odporny na strumienie wody niesione silnym wiatrem oraz cykle zamarzania*

i odmarzania”, w ocenie Izby jest niewystarczające, z uwagi na zbyt ogólny i wieloznaczny charakter powyższego fragmentu. Jednocześnie, załączona karta techniczna stwierdza, że zaprawa EKOR 44R: *„Jest polecana do tynkowania ścian zawilgoconych oraz o niskim stopniu zasoleniu. Przy wysokim stopniu zasolenia polecamy tynk INTONACO WTA”*. Zważywszy, że poziom soli w budynku jest bardzo wysoki, co wynika ze skali dewastacji zabytku (co wynika z dokumentacji zdjęciowej w ramach opracowań wskazanych w dalszej części uzasadnienia), jak i dokumentacji postępowania – *„Wody opadowe odpowiedzialne są również za zniszczenia tynków wraz z warstwą polichromii. W miejscach, w których w warstwach przypowierzchniowych następowała krystalizacja soli mineralnych rozpuszczalnych w wodzie, następowało rozsadzanie struktury tynku w wyniku zwiększania objętości struktur krystalicznych soli. W wyniku tego procesu tynki utraciły kohezję, a warstwa malarska, znajdująca się na powierzchni, odpadła lub uległa odspojeniu.”* /str. 96 - Opracowanie: *„Badania na obecność polichromii, stratygrafia tynków i elementów drewnianych wraz z programem prac konserwatorskich”* p. . P.-Ś. z Pracowni Projektowo-Urbanistyczno-Konserwatorskiej „ABAKUS”/, czy Opisu do projektu architektury, jak i Programu Prac Konserwatorskich, Izba uznała, bazując na samej karcie technicznej zaprawy tynkarskiej Torggler EKOR 44R, że równoważnym produktem dla niniejszego przedmiotu zamówienia mógłby być co najwyżej inny produkt tego samego producenta, tj. INTONACO WTA, nie zaś zaprawa tynkarska Torggler EKOR 44R.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie czwartego zarzutu, podlega on oddaleniu. W ocenie Izby, Zamawiający nie był zobligowany do wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Nie podzielając twierdzenie Odwołującego, że nie został wezwany w tym trybie, jedynie w trybie art. 90 ust 1 Pzp, a jeżeli Zamawiający miał wątpliwości, co do zgodności jego oferty z przedmiotem zamówienia, nie mógł poprzestać na wyjaśnieniach, co do ceny rażąco niskiej, gdyż dotyczyło to innej kwestii. W ocenie Izby, Zamawiający miał prawo wykorzystać informację uzyskane w trybie art. 90 ust.1 Pzp dla oceny merytorycznej złożonej oferty. Z jednym w wyroku KIO z 15.04.2019 r., sygn. akt: KIO 522/19 stwierdza się jednoznacznie: *„Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że informacje uzyskane od wykonawców w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie mogą służyć ocenie zgodności oferty z SIWZ, Nie można zakładać, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się niejako w oderwaniu od sposobu wykonania zamówienia, w tym wyceny materiałów służących do realizacji zamówienia. Skoro wykonawca składa wyjaśnienia dotyczące wyceny materiałów, to uznać należy, że wycena materiałów niezgodnych z specyfikacją techniczną zawartą w SIWZ powoduje jednocześnie niezgodność oferty z SIWZ, o jakiej ustawodawca mówi w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”*

Nadto, co do poz. 236, Izba zgadza się z Zamawiającym, że z załączonej do wyjaśnień z 20.04.2020 r. karty technicznej zaprawy tynkarskiej Torggler EKOR 44R wynikało jaką zaprawę zaoferowano oraz że nie jest to produkt referencyjny wskazany w opisie do projektu architektury. Względem poz. 268 kosztorysu ofertowego, Izba zwraca uwagę na okoliczność zupełnie pomijaną przez Odwołującego, że w odpowiedziach na pytania 58 - pismo z 14.02.2020 wskazano: „Pytanie 58: We "Wnioskach i założeniach" (str. 115) do załączonego Programu Prac Konserwatorskich jest mowa o możliwej konieczności wykonania transferów istniejących warstw polichromii w inne miejsce w pałacu. Jako, iż tego typu prace należą do jednych z najbardziej kosztownych zabiegów konserwatorskich, proszę o informacje w jaki sposób w razie konieczności wykonania - będą one rozliczane? Na dzień dzisiejszy nie ma informacji co konieczności i do ew. zakresu ich wykonania dlatego też oszacowanie kosztów i ew. zawarcie ich w cenie ofertowej jest niemożliwe.

Odpowiedź: Konieczność transferu jest uzależniona od decyzji Śląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, jednak w oparciu o wnioski z Programu Prac Konserwatorskich oraz na podstawie stanu technicznego stropu nad I piętrzem a zwłaszcza tynku na tym stropie, transfer polichromii został uwzględniony w poz. 268 zaktualizowanego 06.02.2020 przedmiaru robót budowlanych .Uwaga do poz. przedmiarowych związanych z polichromią.

1. Przed przystąpieniem do prac konserwacyjnych i rekonstrukcyjnych należy dokonać odkrywek na całej powierzchni ścian i sufitów. Wykonanie odkrywek w kalkulować w cenę 1m² wartości konserwacji i rekonstrukcji (do poz.269 i 270) .
2. Przed przystąpieniem do prac związanych z transferem polichromii należy dokonać odkrywek na całej powierzchni sufitu, Po wykonaniu transferu należy przewidzieć czynności związane z miejscowym odtworzeniem i konserwacją całej powierzchni elementu polichromii. Czynności te należy kalkulować w cenę 1m² wartości transferu. (do poz.268).”. Inaczej mówiąc zgodnie przytoczoną odpowiedzią na pytanie należało bezwzględnie czynności związane z rekonstrukcją i konserwacją polichromii - kalkulować w cenę 1m² wartości transferu polichromii, czyli do poz. 268 nie mogła być ona przeniesiona do innej pozycji, wobec wyraźnego obostrzenia w tym zakresie. Skoro więc Odwołujący w ramach wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej stwierdził, że: „Zgodnie z opisem w tej pozycji kosztorysowej wykonawca ujął w tej pozycji wyłącznie czynności związane z przeniesieniem polichromii na nowe podłoże. Pozycja ta nie obejmuje konserwacji i rekonstrukcji polichromii; ten zakres robót ujęty jest w innej pozycji kosztorysowej. Wobec tego bezprzedmiotowy staje się zarzut co do tego, że wskazana cena nie pozwoli nawet na konserwację polichromii. Pozycja ta nie obejmuje również wykonania zabezpieczeń polichromii - polichromię MILIMEX SA planuje zdjąć w pierwszym etapie inwestycji przed rozpoczęciem prac budowlanych. W tej sytuacji wykonywanie jakichkolwiek zabezpieczeń mija się z celem i tylko generowałoby dodatkowe

koszty.” Zamawiający miał więc prawo nie mieć żadnych wątpliwości. Stanowisko Odwołującego z rozprawy, jedynie utwierdziło Izbę w słuszności braku owych wątpliwości, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie piątego zarzutu, Izba uznała, że podlega on oddaleniu. W ocenie Izby, oświadczenia przedstawiono na rozprawie przez Odwołującego potwierdzają, że w poz. 268 transfer polichromii Odwołujący nie ujął w swoje wycenie istotnych składników do realizacji przedmiotowego transferu. Stwierdził bowiem, że: *„sporny element to sufit o wielkości takiej jak w pomieszczeniu, w którym odbywa się rozprawa, a polichromia to 4 herby znakujące się w rogach sufitu wielkości kartki A3. W sumie, więc należy dokonać transferu polichromii powierzchni o wielkości ok. 1 m². Wyjaśnia, więc że rzeczywista wielkość tej polichromii prac z tym związanych będzie o wiele mniejsza, stąd też koszt, który przedstawił jest urealniony. Oświadczył, że dokonał wizji lokalnej na miejscu, gdzie zrobił dokumentację zdjęciową, nie opierał się tylko i wyłącznie na zdjęciach dostarczonych przez Zamawiającego w ramach programu prac konserwatorskich.”* Izba zwraca uwagę, że de facto Odwołujący potwierdził na rozprawie (okoliczności przyznane nie wymagająca dowodu), że zmienił przedmiot zamówienia, gdyż uznał, że transfer polichromii należy wykonać na powierzchni jedynie 1m², a nie jak wyraźnie zaznaczono w zaktualizowanych przedmiarach na powierzchni ponad 22 m². Wykonawca nie może samodzielnie dokonywać takiego rodzaju zmian, gdyż winien taką zmianę skonsultować z Zamawiającym, a w wypadku jego akceptacji winna być ona upubliczniona względem innych zainteresowanych Wykonawców, w przeciwnym razie oferty stają się nieporównywalne (z racji przyjęcia zupełnie odmiennych założeń wyjściowych). Jednocześnie, Izba bazując na 4 pozwoleniach konserwatorskich, Opracowaniu: „Badania na obecność polichromii, stratygrafia tynków i elementów drewnianych wraz z programem prac konserwatorskich” p. E. P.-Ś. z Pracowni Projektowo-Urbanistyczno-Konserwatorskiej „ABAKUS”/, Opisie do projektu architektury, jak i Programu Prac Konserwatorskich zaprzecza twierdzeniom Odwołującego, że będą to marginalne i nieskomplikowane prace. Nie ma tu znaczenia, czy zastosowana zostanie technologia strappo, czy inna. Nadto, Odwołujący czerpał swoją wiedzę na bazie dotychczasowej odkrywki co wynika z jego stwierdzeń na rozprawie: *„Dokonane w pewnych miejscach odkrycie daje podstawę do uznania, że tylko 4 herby w rogach sufitu będą wymagały transferu.”* Ponownie budzi to zdziwienie Izby, gdyż z przywołanej już odpowiedzi na pytanie 58 jednoznacznie wynika, że Wykonawca przed przystąpieniem do prac związanych z transferem polichromii musi dokonać odkrywek na całej powierzchni sufitu. Założenie jest tym bardziej niezrozumiałe, że Odwołujący nie mógł samodzielnie wykazać się doświadczeniem w zakresie prac renowacyjnych i posiłkował się doświadczeniem innego

podmiotu – firmy RECO Konserwacja Zabytków Sp. z o.o. Izba także zwraca uwagę za Przystępującym, że w ramach pozwolenia konserwatorskiego Nr 342/2017 wydanego przez Śląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w którym na str. 4 - jest stwierdzenie że - pozwolenie warunkuje się, koniecznością ODSŁONIĘCIA CAŁOŚCI polichromii oraz zwołanie komisji konserwatorskiej w celu przedstawienia wyników odkrytej polichromii oraz pełnych badań konserwatorskich i ekspertyz konstrukcyjnych. Jednocześnie, Izba wskazuje, że de facto stwierdzenie Odwołującego z odwołania, że co do części konserwacji która miała zostać ujęta w poz. 268 dokonał wyceny na poziomie 0 PLN, w kontekście oświadczenia z rozprawy że: „(...) *W sumie, więc należy dokonać transferu polichromii powierzchni o wielkości ok. 1 m2. Wyjaśnia, więc że rzeczywista wielkość tej polichromii prac z tym związanych będzie o wiele mniejsza, stąd też koszt, który przedstawił jest urealniony (...)*”, daje podstawę do uznania że nie tylko część kosztów z poz. 268 przeniósł do poz. 269, jak twierdził w wyjaśnieniach z 20.04.2020 r. mimo wyraźnego zakazu wynikającego z odpowiedzi na pytanie 58, ale w pozostałym zakresie błędnie i niezgodnie z ilością metrów podanych w przedmiarze dla poz. 268 przyjął do wyceny jedynie 1 m2, co w rezultacie wycenił na poziomie 0 PLN. Jednocześnie stwierdzenie takie jak znalazło się w wyjaśnieniach z 20.04.2020 r., nawet wobec technologii strappo: *„Powierzchnia malowidła zostanie oczyszczona z przemalowań mechanicznie poprzez omiecenie pudrującej się farby”* daje podstawę do uznania, że Odwołujący przyjął zupełnie odmienne założenia (i to nie tylko co do odsłonięcia polichromii, ale jej oczyszczenia z zabrudzeń) i abstrahował od 17 punktów Programu prac konserwatorskich i Przebiegu prac konserwatorskich (str. 27 do 30 Program Prac Konserwatorskich dołączony z odpowiedziami na pytania – pismo z 14.01.2020 r. p. A. H.)/. Nadto, jak Izba podnosiła przy rozpoznawaniu zarzutu drugiego, sam Odwołujący odnosząc się do opinii, na którą oparł się Zamawiający dotyczącej technologii strappo powoływał się na nią stwierdzając, że: *„(...)technologia strappo jest dopuszczalną technologią przy transferze polichromii. Ewentualnie miało miejsce niedoszacowanie roboczogodzin (...)”*. Inaczej mówiąc pośrednio przyznał, że nie doszacował niezbędnej ilości godzin koniecznych przy transferze polichromii.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie zarzutu szóstego, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

Izba uznała, że w zakresie poz. 236, 268, 269 oraz 521 kosztorysu ofertowego, czyli niniejszych cen jednostkowych, mamy do czynienia z istotnymi częściami składowymi zaoferowanej ceny. W tym zakresie podkreślając, że wszelkie stwierdzenia co do konieczności odnoszenia ceny rażąco niskiej tylko i wyłącznie do ceny globalnej nie są już do końca aktualne. Należy podnieść, że: *„(...) dopiero ostatnia nowelizacja wprowadziła wprost, że „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe” możliwość badania –*

istotnych części składowych zaoferowanej ceny w kontekście ceny rażąco niskiej. (...)” (za wyrokiem KIO z 24.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1463/16). (za wyrokiem KIO z 14.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1074/17).

Jednocześnie, Izba podkreśla że wszelkie próby negocjowania takiego ich charakteru wyrażane w odwołaniu lub na rozprawie, są spóźnione. Jeśli bowiem Odwołujący uznawał bezzasadność wezwania winien je zanegować wniesieniem stosownego środka ochrony prawnej.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że o istotności tych pozycji można mówić także z punktu widzenia realizacji inwestycji, nie tylko wtedy kiedy wartość finansowa danego zakresu robót jest znacząca. W ocenie Izby, nie można zgodzić się, że znaczenie i istotność robót z poz. 236, 268 oraz 269, ale i poz. 521 (o czym w dalszej części uzasadnienia), Odwołujący poznał dopiero w konsekwencji swojego odrzucenia. Okoliczność, że Odwołujący nie mógł samodzielnie wykazać się doświadczeniem w zakresie prac konserwacyjnych /po zmianie SIWZ z 18.02.2020 r. - pkt 5.A. ppkt 3.2 lit. d) Zamawiający uzna warunek określony w pkt. 5.2c za spełniony jeżeli: Wykonawca skieruje osoby, do realizacji zamówienia w szczególności odpowiedzialne za: kierowanie i wykonywanie prac konserwatorskich przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków (kwalifikacje zgodnie z art. 37a Ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz doświadczenie w wykonaniu 1 roboty konserwatorskiej na polichromii za kwotę minimum 100.000 zł brutto, potwierdzone przez zleceniodawcę i właściwy organ ochrony zabytków dowodami, odpowiednio że przedmiotowe prace zostały wykonane należycie i odebrane)/, a musiał posiłkować się doświadczeniem innego podmiotu RECO Konserwacja Zabytków Sp. z o.o., który został wskazany jako podwykonawcy w ofercie w zakresie prac konserwacyjnych odnośnie konserwacji i rekonstrukcji polichromii, to potwierdza. O ich istotności świadczy także: *„Wnioski i założenia konserwatorskie. Polichromie na ścianach klatki schodowej i holi parteru, I i II piętra należy odsłonić i poddać konserwacji. Ze względu na wyjątkowość zachowanego wystroju, należy przywrócić pierwotny układ komunikacyjny poprzez wyburzenie ściany na I piętrze pomiędzy holem a nawą klatką schodową z lat 20-tych XX wieku. Polichromię znajdującą się na suficie holi na I piętrze należy odsłonić i poddać konserwacji. Przed wykonaniem prac konserwatorskich należy dokonać oceny technicznej stropu (pomiędzy I a II piętrem). Zaleca się zachowanie stropu poprzez wykonanie niezbędnych napraw. W przypadku złego stanu technicznego należy strop wymienić, a malowidła znajdujące się na suficie przenieść na nowe podłoże. W przypadku decyzji o przeniesieniu malowideł na nowe podłoże, ze względu na odmienną stylistykę kartuszy herbowych, należy rozważyć możliwość montażu ich w nowej lokalizacji (np. pomieszczenia na I piętrze)”. (str.115 - Opracowaniu: „Badania na obecność polichromii, stratygrafia tynków i elementów drewnianych wraz z programem prac konserwatorskich” p.*

E. P.-Ś. z Pracowni Projektowo-Urbanistyczno-Konserwatorskiej „ABAKUS”). Nadto, potwierdza to 17 punktowy Program prac konserwatorskich i Przebieg prac konserwatorskich (str. 27 do 30 Program Prac Konserwatorskich dołączony z odpowiedziami na pytania – pismo z 14.01.2020 r. p. A. H.).

Odnosnie poz. 236 kosztorysu ofertowego (cena jednostkowa w kosztorysie - 48,42zł/m². Cena podana w zestawieniu materiałów poz. 10 i poz. 11 w wysokości 400zł/t, tj. 0,4zł/kg), Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną na kanwie zarzutu trzeciego i częściowo piątego, dotyczącego zaprawa tynkarska Torggler EKOR 44R. Wyceniono produkt inny niż referencyjny. Produkt ten nie ma charakteru równoważnego. W konsekwencji potwierdziło się, że Odwołujący wycenił inne (mniej kosztowne rozwiązanie, tzn. materiał), nie ten który powinien przyjąć na etapie składania ofert i które winien wycenić. Inaczej mówiąc, zaniżenie w tej pozycji wynikało z tego właśnie powodu.

Odnosnie poz. 268 transferu polichromii (212, 08 zł/m²) /przy cenach w pozostałych kosztorysach: 6 450 zł, 4 536 zł, 4 560 zł, 1 500 zł, 2 900 zł, 10 000 zł, 10 500 zł/, Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną na kanwie zarzutu piątego i wycenienie de facto zbyt małej powierzchni oraz przyjęcia odmiennych założeń wyjściowych, jak i nie wliczenia części kosztów. Jednocześnie, problemem jest sama cena jednostkowa, gdyż załączona oferta do wyjaśnień, tj. ofertą p. J. G. z 24.02.2020 r. nie jest ofertą wykazanego w formularzu ofertowym podwykonawcy firmy: RECO Konserwacja Zabytków Sp. z o.o. Izba wskazuje, że Odwołujący na rozprawie oświadczył: „Wyjaśnia, iż w zakresie firmy Reco, którą wskazał w formularzu na etapie wyjaśnień dysponował jedynie ogólną ofertą tego wykonawcy stąd inna oferta załączona do wyjaśnień podwykonawcy konkurencyjnego. Odwołujący oświadcza, że zobowiązanie firmy Reco ma charakter trwały”. W konsekwencji, Odwołujący załączył przypadkową ofertę, Wykonawcy, który nie będzie wykonywał transferu polichromii, nie wykazał więc w żaden sposób w złożonych wyjaśnieniach z 20.04.2020 r. realności zaoferowanej ceny jednostkowej.

W wyjaśnieniach z 20.04.2020 r. w zakresie ceny rażąco niskiej Odwołujący nie odnosił się także do aspektu kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oczekiwanych przez Zamawiającego i wyartykułowanych w wezwaniu z dnia 10 kwietnia 2020 r.

Odnosnie poz. 269 konserwacja i rekonstrukcja polichromii sufitów (300,00 zł/m²) /przy cenach w pozostałych kosztorysach: 1 935 zł, 1 350 zł, 1 093 zł, 1 250 zł, 1 950 zł, 1 500 zł ,4 000 zł./.. W tym wypadku ma miejsce podobna sytuacja jak w poz. 268 - załączono

do wyjaśnień ofertę p. J. G. z 24.02.2020 r. i nie jest to oferta wykazanego w formularzu ofertowym podwykonawcy firmy: RECO Konserwacja Zabytków Sp. z o.o. /dotyczy robocizny/. W konsekwencji, Odwołujący załączył przypadkową ofertę, Wykonawcy, który nie będzie wykonywał transferu polichromii, nie wykazał więc w żaden sposób w złożonych wyjaśnieniach z 20.04.2020 r. realności zaoferowanej ceny jednostkowej.

Jednocześnie, Odwołujący w wyjaśnieniach z 20.04.2020 r. stwierdził, że: „*Na przedmiotowych sufitach znajdują się zarówno polichromie o charakterze ornamentalnym jak i - w większości - polichromie o charakterze jednolitego wymalowania. Przyjęto do wyceny ilości w/w polichromii w proporcji 1:3 (tzn. 25% powierzchni polichromii o charakterze ornamentalnym i 75% powierzchni polichromii o charakterze jednolitego wymalowania), oraz założono narzucony udział konserwacji i rekonstrukcji w proporcji 50%/50%. W ramach tej pozycji ujęto wyłącznie koszty konserwacji/rekonstrukcji polichromii czyli warstw malarskich i wymalowań; pozycja nie obejmuje przygotowania podłoża (tynków, pobiał). Jednocześnie zauważyć należy, że przedmiotowa polichromia cechuje się bardzo niskim stopniem skomplikowania, w związku z czym koszt wykonania jej konserwacji i rekonstrukcji jest stanowczo niższy niż średnia cena rynkowa za konserwację i rekonstrukcję polichromii w ogólnym jej rozumieniu. Koszty potrzebnych materiałów:*

- żywica akryl. PRIMAL AC33, pigmenty ze spoiwem: $100 \text{ zł/litr} \times 0,1 \text{ litr/m}^2 = 10,00 \text{ zł/m}^2$

- żywica akrylowa Paraloid B 72 $80 \text{ zł/kg} \times 0,05 \text{ kg/m}^2 = 4,00 \text{ zł/m}^2$

RAZEM materiały: 14,00 zł/m²”. W konsekwencji, Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, że w niniejszej pozycji uwzględniono jedynie materiał do rekonstrukcji wskazany powyżej, a nie do konserwacji malowidła /w wyjaśnieniach wprost jest mowa jedynie o rekonstrukcji bez konserwacji – a ta jest przewidziana w ramach 17 punktów Programu prac konserwatorskich i Przebiegu prac konserwatorskich (str. 27 do 30 Program Prac Konserwatorskich dołączony z odpowiedziami na pytania – pismo z 14.01.2020 r. p. A. H.)/.

Nie ulega wątpliwości, że pozycja ta została skalkulowana poniżej kosztów zakupu, czy wytworzenia. W wyjaśnieniach z 20.04.2020 r. w zakresie ceny rażąco niskiej Odwołujący nie odnosił się także do aspektu kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oczekiwanych przez Zamawiającego i wyartykułowanych w wezwaniu z dnia 10 kwietnia 2020 r.

Odnosnie poz. 521 kosztorysu ofertowego dostawa i montaż dźwigu osobowego 4-ro przystankowego z wykonaniem podszybia. Dźwig przystosowany dla osób niepełnosprawnych. Ściany szybu przeszklone. Ściany i drzwi EI 60. Wykonawca na

potwierdzenie, że cena jednostkowa nie jest rażąco niska dołączył do wyjaśnień z 20.04.2020 r. ofertę od podwykonawcy na dostawę dźwigów (oferta Grupy ZED Sp. z o.o.). W ofercie podwykonawcy brak kluczowej informacji, że obudowa szybu będzie wykonana jako szklana w klasie odporności ogniowej EI 60 z drzwiami z blachy ze stali nierdzewnej w klasie odporności ogniowej EI 30 (wymóg potwierdzony odpowiedzią na pytanie 1 – pismo z 28.02.2020 r.). Jest to rozwiązanie nietypowe, co świadczy o istotnym znaczeniu tej pozycji dla zaoferowanej ceny przez Odwołującego, bo - dostosowane do zabytkowego rodzaju obiektu i ze względu na przechodzenie windy przez poszczególne strefy pożarowe. Izba także podziela i dostrzega istniejące dwuznaczności w dostarczonej przez Odwołującego ofercie. Niewątpliwie z jednej strony stwierdza, że oferta jest sporządzona na dźwig osobowy wraz z szybem windowym, natomiast z drugiej strony zapisano, że: „*podana cena obejmuje: oględziny i inwentaryzację szybu*” co może oznaczać, że oferta jest skalkulowana bez wykonania jakiegokolwiek szybu (tylko montaż dźwigu w istniejącym już szybie). Izba przy tym potwierdza, że oferta była sporządzona pod przedmiotowe postępowanie przetargowe o czym świadczy treść strony tytułowej. Jednocześnie, Izba dostrzega również, że w ofercie podwykonawcy znajduje się określenie: „*Wycena sporządzona zgodnie z dokumentacją projektową*”. W ocenie Izby, kwestie przedstawione powyżej mogłyby ewentualnie kwalifikować się do ewentualnego dopytania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (co dopuszcza orzecznictwo), jednakże z uwagi na inne zakwestionowane pozycje, ich nieprawidłowe wyliczenie oraz przyjęcie w nich odmiennych założeń, jest to bez znaczenia dla przedmiotu sporu. Niewątpliwie bowiem to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania że cena jednostkowa także w tej pozycji nie ma charakteru rażąco niskiej czemu Odwołujący nie sprostał. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a oraz § 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała koszty dojazdu Zamawiającego samochodem prywatnym zgodnie z przedłożonym na rozprawie wyliczeniem kosztów (480, 63 zł), potwierdzającym koszt dojazdu (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....