

Sygn. akt: KIO 246/21

**WYROK**  
z dnia 22 lutego 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Jolanta Markowska  
Jan Kuzawiński  
Luiza Łamejko  
**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: **Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kuźnicy Kołłątajowskiej 17i/37, 31-234 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: INKO Consulting Sp. z o.o., MP Consulting Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18/6,43-200 Pszczyna** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kuźnicy Kołłątajowskiej 17i/37, 31-234 Kraków, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kuźnicy Kołłątajowskiej 17i/37, 31-234 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania „Budowa drogi krajowej DK75 na odcinku Brzesko - Nowy Sącz ode. I-II etap „Łącznika Brzeskiego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2020 r. pod nr Dz.U./S S199 482847-2020PL

Zamawiający w dniu 12 stycznia 2021 r. powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Konsorcjum: Inko Consulting Sp. z o.o, MP Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Firma Inżynierska Arcus Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 oraz na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Wykonawca Firma Inżynierska Arcus Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Krakowie, działając na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej „nPzp”) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych wniosł odwołanie wobec:

- 1) czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp,
- 2) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum: Inko Consulting Sp. z o.o, MP Consulting Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na skutek uznania, że oferta zawiera cenę rażąco niską i pominięcie, że Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia, przedstawił dowody, przedłożył kalkulację cenową i dokonał jej wyjaśnienia oraz wykazał, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku uznania, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i pominięcia, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ oraz z opisem przedmiotu zamówienia, w wyniku bezpodstawnego uznania, że skierowanie Prezesa Odwołującego na stanowisko specjalisty ds. roszczeń jest niezgodne z zapisem umowy i pominięcie, że w skierowaniu Prezesa na stanowisko specjalisty ds. roszczeń nie ma żadnej sprzeczności z

treścią umowy,

3. art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum, która nie stanowi oferty najkorzystniejszej rozumieniu SIWZ i kryteriów badania ofert, w wyniku czego doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i dokonywania oceny ofert na podstawie przepisów prawa i przy przyjęciu takich samych kryteriów oceny ofert wobec wszystkich wykonawców,

4. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum i pominięcie, że:

a. ofertą najkorzystniejszą spośród ofert, które nie podlegały wykluczeniu jest oferta Odwołującego, która w rankingu oceny ofert winna uzyskać wyższą ocenę aniżeli oferta Konsorcjum,

b. oferta Konsorcjum w rankingu ofert zajmuje pozycję dalszą niż oferta Odwołującego, do którego naruszenia by nie doszło gdyby Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami prawa nie odrzucił oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b. unieważnienia czynności oceny ofert,

c. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

d. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

a ponadto, o przeprowadzenie dowodów powołanych przez Odwołującego oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia, lecz w wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego została niezgodnie z przepisami ustawy odrzucona. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert wykonawców niepodlegających odrzuceniu i winna podlegać badaniu i ocenie w ramach oceny ofert, a następnie wyborowi jako oferta najkorzystniejsza. Oferta Odwołującego spełnia wszystkie kryteria pozacenowe w równym stopniu jak oferta wybrana, ale jest ofertą z niższą ceną, a zatem gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny ofert, oferta Odwołującego winna zostać wybrana.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2020r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy istotne części składowe oferty zawierają rażąco niską cenę oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 3 grudnia 2020r. pismem z dnia 26 listopada 2020r. złożył wyczerpujące wyjaśnienia wraz z załącznikami.

Zamawiający w dniu 12 stycznia 2021 r. poinformował za pośrednictwem platformy

elektronicznej o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z rozstrzygnięciem Zamawiającego zarzucając mu jak poniżej:

1. Zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, przez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę w sytuacji gdy oferta zawiera cenę rażąco niską. Powołany przepis z jednej strony obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej cenę rażąco niską, a z drugiej strony stanowi gwarancję, że oferta nie może być odrzucona w sytuacji, gdy cena oferty nie stanowi ceny rażąco niskiej. Tym samym, zamawiający pozbawiony jest dowolności w odrzuceniu oferty i jest związany przepisami prawa. Gwarancją i zabezpieczeniem dla praw wykonawców jest obowiązek zamawiającego przewidziany w art. 90 Pzp do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 19 października 2020 r., KIO 2300/20, wyrok KIO z dnia 13 października 2020 roku, KIO 1796/20, wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 roku, sygn. akt XIX Ga 175/10, wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2020 r. KIO 486/20).

Zgodnie z art. 90 Pzp oraz ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca jest obowiązany do wykazania, że zaoferowana przez niego cena jest realna oraz rynkowa, a także że uwzględnia wszystkie elementy kosztotwórcze. Celem składanych wyjaśnień jest wykazanie, że w danym przypadku nie mamy do czynienia z celowym zaniżeniem oferowanej ceny w celu zdobycia przewagi konkurencyjnej względem pozostałych oferentów. Wyjaśnienia powinny potwierdzać, że zaoferowana cena nie ma charakteru ceny dumpingowej, tj. że wynagrodzenie wykonawcy z tytułu wykonania zamówienia daje możliwość pokrycia wszystkich kosztów związanych z jego realizacją. Zamawiający miałby podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, gdyby wyjaśnienia wykazywały przewagę wartości kosztów do ceny oferty. *Nawet w sytuacji gdyby Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnień powziął dalsze wątpliwości winien być dokonać wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień.*

Odwołujący podniósł, że na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wątpliwości dotyczących rażąco niskiej ceny, pismem z dnia 26.11.2020 r. przedstawił szczegółowe wyjaśnienia, odniósł się i udzielił wyjaśnień na każdą wątpliwość Zamawiającego, opisując kalkulację oraz przedstawiając dowody. W konsekwencji szerokich i szczegółowych wyjaśnień, Odwołujący wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, w szczególności wykazał, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany w cenie pokrywającej wszystkie koszty oraz z uzyskaniem zysku z realizacji zamówienia. Wyklucza

to możliwość uznania, że cena jest dumpingowa lub rażąco niska.

Mimo przedstawienia wyjaśnień i dowodów, Zamawiający w sposób bezpodstawny odmawia wiarygodności, uznając za „gołosłowne” dowody z dokumentów, których prawdziwości ani autentyczności nie zaprzeczył. Odwołujący złożył dowody z dokumentów w postaci ofert świadczenia usług przez Panią M. M.-B. (na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu), Pana J. B. (na pełnienie funkcji specjalisty ds. Roszczeń), Panią I. B. (na pełnienie funkcji specjalisty ds. rozliczeń), Panią K. B.-N. (na pełnienie usługi technologa), Pana P. G. (na wykonanie usługi weryfikatora dokumentacji projektowej), Pana S. A. (na wykonanie usługi weryfikatora dokumentacji projektowej), Pana J. Z. (na wykonanie usługi Inspektora Nadzoru branżowego), Pana R. N. (na wykonanie usługi Inspektora Nadzoru branżowego), Pana M. H. (na wykonanie usługi Inspektora Nadzoru branżowego), Pana R. K. (na wykonanie usługi Inspektora Nadzoru branżowego), Pana G. S. (na pełnienie usługi specjalisty ds. nadzoru geotechnicznego oraz geologicznego), Pana J. G. (na pełnienie usługi specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i promocji, specjalisty ds. umów z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami), Pana P. W. (na pełnienie usługi Geodety), Pana K. W. (na pełnienie usług prawnika).

Wszystkie przedłożone oferty wskazują wysokość wynagrodzenia, oświadczenie, iż oferta obejmuje wszelkie niezbędne koszty wynikające z wykonywanych usług lub pełnionej funkcji, zgodne z SIWZ i OPZ oraz własnoręczne podpisy oferentów.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w sposób bezpodstawny, dowolny i sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równości wykonawców ocenił, że przedłożone dokumenty są gołosłowne. W sposób nieuprawniony pominął, że przedłożone oferty stanowią oświadczenia woli oferentów, na mocy których, każdy z oferentów z osobna zobowiązał się do wykonania określonej usługi/czynności za określoną kwotę i każdy z tych oferentów jest związany ofertą złożoną Odwołującemu. Zamawiający w sposób arbitralny pominął, że w złożonych ofertach, oferenci oświadczyli, że oferowane ceny pokrywają całość kosztów za oferowaną usługę. W konsekwencji złożone oferty są wiążące dla oferentów i dowodzą, że za taką kwotę usługi zostaną wykonane.

Zamawiający w sposób nieuprawniony i sprzeczny z przepisami prawa oczekuje, aby Odwołujący wykazywał zasadność ofert własnych oferentów. Takie uzasadnienie odrzucenia oferty stanowi wyraz arbitralności Zamawiającego i jest sprzeczne z przepisami prawa. W niniejszym postępowaniu Odwołujący przedstawił dowody w postaci ofert osób, które będą świadczyły usługi w ramach tego postępowania, w konsekwencji wykazał, nie tylko, że za taką kwotę zostaną te usługi wykonane, ale również na tej podstawie skalkulował i pokazał zysk. Odwołujący podkreślił, że nie ma obowiązku poszukiwać drogich specjalistów, a jego obowiązkiem jest wykonanie zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem zamówienia i po

cenie, która nie jest ceną poniżej kosztów. Okoliczności te Odwołujący wykazał. Twierdzenia Zamawiającego, że ceny oferowane przez oferentów są niższe niż ceny w innych ofertach nie może mieć znaczenia w świetle przepisów Pzp, gdyż Odwołujący nie ma obowiązku wyjaśnienia dlaczego ceny kontr-oferentów są wyższe.

Odnosząc się do szczegółowego uzasadnienia Zamawiającego przy odrzuceniu oferty, Odwołujący wskazał, jak następuje:

1) Odnosnie wyjaśnień w zakresie rozliczenia dniówkowego ekspertów kluczowych:

Inżynier Kontraktu:

Odwołujący przedstawił ofertę cenową jako dowód potwierdzający wiarygodność przyjętej stawki do przedstawionej oferty przetargowej. Oferta ta jest ważna, podpisana, stanowi oświadczenie woli i jest wiążąca dla Pani M. M.-B. Dodatkowo, do wyjaśnień została dołączona treść umowy, w której zamieszczony jest zapis dotyczący braku możliwości podejmowania czynności uniemożliwiających prawidłowe wykonywanie obowiązków w ramach Umowy oraz zapis o konieczności zapewnienia zastępstwa w ramach wynagrodzenia umownego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie zinterpretował bądź zignorował część powyższych zapisów zamieszczonych we wzorze umowy. Zamawiający bezpodstawnie pomija, że wysokość wynagrodzenia została wykazana dowodem z dokumentu. Zamawiający pomija także, że Odwołujący wykazał, że Pani M. M.-B. zobowiązała się, że nie będzie wykonywać innych zadań lub obowiązków w sposób kolidujący z wykonaniem kontraktu. Takie zobowiązanie jest w pełni wiążące i dowodzi zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego. Dodatkowo, cena jednostkowa została podana za wykonanie usługi z uwzględnieniem zakazu podejmowania czynności kolidujących. Odwołujący nie był zobowiązany do wykazania kalkulacji stawek Inżyniera Kontraktu - ale do wykazania kalkulacji własnej oferty, co uczynił. Odwołujący wskazał, że Pani M. M.-B. pełni też inne funkcje, co pozwala na preferencyjną stawkę, czym wykazał, że zachodzą dodatkowe okoliczności dla zastosowania takiej stawki.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający wobec Odwołującego stosuje inne kryteria oceny ofert aniżeli w stosunku do pozostałych wykonawców czym narusza zasadę równości wykonawców i uczciwej konkurencji, co dowodzi, że celem Zamawiającego jest odrzucenie oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający czyni mu zarzut wskazania na osobę Inżyniera Kontraktu Panią M. M.-B., która pełni też inne funkcję u Odwołującego i co w ocenie Zamawiającego miałyby utrudniać realizację zadania. Jednocześnie ten sam Zamawiający nie czyni takiego zarzutu wobec oferty Konsorcjum, gdzie na stanowisko Inżyniera Kontraktu został wskazany Pan M. P., który pełni jednocześnie funkcję Prezesa.

Zdaniem Odwołującego, pełnienie przez przyszłego Inżyniera Kontraktu funkcji prokurenta oraz Dyrektora Technicznego jedynie pozytywnie będzie wpływało na

przeprowadzenie usługi nadzoru inwestorskiego ze względu na posiadaną wiedzę i doświadczenie nabytą w zarządzaniu zespołem, m.in. dzięki pełnieniu analogicznej funkcji kilka lat temu dla Zamawiającego na zadaniu na „ *Zaprojektowanie i budowa drogi łącznikowej klasy GP pomiędzy węzłem Brzesko na autostradzie A-4 a drogą krajową dk4 - jako docelowego przebiegu dk 75*” oraz posiada zdolności zarządzania zespołami ludzkimi, co jest niezbędne przy zarządzaniu firmą. Postępowanie przetargowe, o które ubiega się Odwołujący jest kontynuacją powyższego zadania, zatem doświadczenie zdobyte przez p. M. M.-B. winno być kluczowe dla Zamawiającego, gdyż w tamtym czasie również pełniła ona jednocześnie stanowisko Inżyniera Rezydenta oraz Dyrektora. Zaznaczyć należy, że pełnienie funkcji zarządzającej w firmie nie przeszkadza w codziennej bytności na placu budowy.

Powyższe potwierdzone jest stosownymi referencjami wydanymi przez Zamawiającego oraz przez ówczesnego Kierownika Projektu. Zamawiający, w swoich archiwum ma również listy obecności, które potwierdzają codzienną bytność p. M. M.-B..

Specjalista ds. rozliczeń

W ocenie Odwołującego, przedstawienie oferty cenowej sygnowanej podpisem p. I. B. nie jest gołosłownym oświadczeniem, lecz potwierdzeniem przyjęcia prawidłowej stawki do wyliczeń ceny ofertowej. Pani I. B. zadeklarowała Odwołującemu współpracę na opisanych warunkach.

Zamawiający w sposób bezpodstawny i sprzeczny z przepisami, naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równości wykonawców, kwestionuje dowód w postaci pisemnego oświadczenia Pani I. B. Odwołujący podkreślił, że wykazał wysokość wynagrodzenia, które zapłaci dla osoby wykonującej funkcję specjalisty ds. rozliczeń. Warunki oferty zostało szczegółowo opisane w załączniku do pisma z dnia 26 listopada 2020r. W ocenie Odwołującego, nieuzasadnione jest oczekiwanie Zamawiającego, aby przepisywać w całości wymagania SIWZ/OPZ. W ocenie Odwołującego, deklaracja w przedstawionej ofercie cenowej dotycząca zgodności przedstawionej oferty z SIWZ i OPZ jest wystarczająca.

Specjalista ds. roszczeń

W ocenie Odwołującego, przedstawienie oferty cenowej sygnowanej podpisem p. J. B. jest potwierdzeniem przyjęcia prawidłowej stawki do wyliczeń ceny ofertowej. Zamawiający bezpodstawnie pomija, że wysokość wynagrodzenia została wykazana dowodem z dokumentu. Zamawiający pomija także, że Odwołujący wykazał, że p. J. B. zobowiązał się, że nie będzie wykonywać innych zadań lub obowiązków w sposób kolidujący z wykonaniem kontraktu. Takie zobowiązanie jest w pełni wiążące i dowodzi zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego. Dodatkowo, cena jednostkowa została podana za wykonanie usługi z uwzględnieniem obowiązku dotyczącego zakazu podejmowania czynności kolidujących. Odwołujący nie był zobowiązany do wykazania kalkulacji stawek p.

J. B. - ale do wykazania kalkulacji własnej oferty, co uczynił. Odwołujący wykazał, że p. J. B. pełni też inne funkcje, co pozwala na preferencyjną stawkę, czym wykazał, że zachodzą dodatkowe okoliczności dla zastosowania takiej stawki.

Pełnienie przez p. J. B. funkcji Prezesa Zarządu spółki nie ma wpływu na pełnienie przez niego przyszłej funkcji Specjalisty ds. roszczeń. Prezes Zarządu sam decyduje o swoich godzinach pracy, planie dnia, także nie istnieją żadne przeciwwskazania do pełnienia powyższych funkcji jednocześnie. Nie można mylić i mieszać pomiędzy sobą funkcji pełnionych przez osoby J. B. oraz M. M.-B. w Spółce Odwołującego z funkcjami, jakie pełnią na Kontraktach. Kontrakty rządzą się własnymi prawami określonymi w umowach dotyczących nadzoru i zarządzania, pośrednio również w umowach z wykonawcami Robót Budowlanych. Zależności na Kontrakcie pomiędzy personelem są opisane w umowie z Zamawiającym, niezależnie od występujących relacji poza Kontraktem.

Zgodnie z KRS, M. M.-B. - wspólnik (komandytariusz) spółki Firma Inżynierska ARCUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, wkład w wysokości 189 000,00 zł, udział kapitałowy 49 %. J. B. — wspólnik (komandytariusz) spółki Firma Inżynierska ARCUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, wkład w wysokości 189 000,00 zł, udział kapitałowy 49 %;

Zamawiający błędnie zarzuca Odwołującemu, że Prezes Zarządu - J. B. jest wyżej postawiony w hierarchii FI ARCUS niż p. M. M.-B., co nie ma żadnego wpływu na zależności Kontraktowe zespołu nadzorującego zadanie.

Technolog

W ocenie Odwołującego, przedstawienie oferty cenowej sygnowanej podpisem p. K. B.-N. nie jest głośnym oświadczeniem, lecz potwierdzeniem przyjęcia prawidłowej stawki do wyliczeń ceny ofertowej. Pani K. B.-N. zadeklarowała Odwołującemu współpracę na opisanych warunkach, nie można więc podważać tej deklaracji niezależnie od motywów i przyczyn tej deklaracji. Zamawiający bezpodstawnie pomija, że wysokość wynagrodzenia została wykazana dowodem z dokumentu. Odwołujący nie był zobowiązany do wykazania kalkulacji stawek p. K. B.-N., ale do wykazania kalkulacji własnej oferty, co uczynił. Warunki oferty zostało szczegółowo opisane w załączniku do pisma z dnia 26 listopada 2020r. W ocenie Odwołującego nie ma zastosowania oczekiwanie Zamawiającego, aby przepisywać w całości wymagania SIWZ/OPZ. W ocenie Odwołującego deklaracja w przedstawionej ofercie cenowej dotycząca zgodności przedstawionej oferty z SIWZ i OPZ jest wystarczająca.

Odwołujący podniósł, że przedstawił rzetelny materiał - na potwierdzenie przyjętych wynagrodzeń za dniówki przedstawił odpowiednie oferty cenowe członków zespołu - własnoręcznie podpisane i odnoszące się do przedmiotowego postępowania. Załącznikiem do pisma z dnia 26 listopada 2020r. był wzór umowy, stosowany standardowo w firmie Odwołującego, z którym oferenci zapoznawali się przed złożeniem ofert.

Zarzut Zamawiającego dotyczący braku kalkulacji kosztów wyposażenia BHP, transportu, urlopów (w tym zapewnienie zastępstwa) i wszelkich innych kosztów jest bezpodstawny i dowodzi arbitralnego zachowania Zamawiającego, co narusza zasadę równości wykonawców. Odwołujący wyjaśnił na wezwanie Zamawiającego, że z uwagi na rodzaj zawieranych umów ze specjalistami (umowy o współpracy z osobami prowadzącymi działalność gospodarczą), koszty związane z prowadzeniem własnej działalności gospodarczej ponoszą poszczególne osoby. Koszty te nie są ponoszone przez Odwołującego (co wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa), zatem nie są one doliczane do stawek oferentów. Takie wyjaśnienia Odwołujący nie tylko złożył, ale również wykazał dowodami z dokumentów.

Zamawiający w sposób arbitralny pomija wyjaśnienia i dowody, a nadto pomija obowiązującą w Polsce zasadę swobody umów, cen wolnorynkowych i swobody stron ułożenia stosunku prawnego w sposób dowolny z zastrzeżeniem, aby nie był on sprzeczny z przepisami prawa. Ceny proponowane przez oferentów ani umowa, która z nimi zostanie zawarta nie jest sprzeczna z prawem.

Pomimo zarzutu Zamawiającego, że ceny jednostkowe są niewiarygodnie niskie w porównaniu do stawek rynkowych, Odwołujący przyjmując powyższe oferty, spełnia wszystkie wymagania wynikające z ustawodawstwa, tj. zapewnienie minimalnej stawki godzinowej wynoszącej w 2021 r. 18,30 zł.

Odwołujący podniósł, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktem pn. „Budowa Drogi S1 Pyrzowice - Kosztowy ode. Podwarpie — Dąbrowa Górnicza (przebudowa DK1) prowadzonym przez Zamawiającego, Zamawiający nie uznał za cenę rażąco niską oferty, w której Konsorcjum (którego Odwołujący był członkiem) wykazywało stawki w podobnej wysokości: zarówno w zakresie stawek dniówkowych (170 zł netto), jak i kosztów administracyjnych. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które były mniej szczegółowe, i uznał, że cena (przy podobnych stawkach) nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający powołując się na przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w branży budowlanej wynoszące 5398 zł, winien wziąć pod uwagę, że słowo przeciętne oznacza zarówno zarobki wyższe, jak i niższe od średniej. W tym przypadku, średnia, na którą powołał się Zamawiający, wynika również ze stawek obowiązujących u Wykonawców Robót Budowlanych. Niestety, wynagrodzenia w firmach nadzorujących (konsultingowych) nie dorównują poziomem wynagrodzeniom firm budowlanych, czego potwierdzeniem są oferty cenowe przedstawione w piśmie z dnia 26 listopada 2020r.

Zarzut Zamawiającego odnośnie „przerzucenia” obowiązku poniesienia kosztów związanych z realizacją zamówienia na personel planowany do jego realizacji jest

bezpodstawny. W związku z zawieraniem umów w większości z jednoosobowymi działalnościami gospodarczymi Odwołujący nie jest zobowiązany ponosić kosztów szkoleń, zastępstw, badań, szkoleń BHP, składek chorobowych, składek ZUS itp., które obowiązują się ponieść składający ofertę. Zgodnie z art. 353 k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Wszystkie powyższe przesłanki są spełnione.

Z przedłożonych ofert i wyjaśnień Odwołującego wynika, że umowy mają charakter umów o współpracy z osobami prowadzącymi działalność gospodarczą. Zgodnie z definicją legalną przez działalność gospodarczą rozumie się prowadzenie działalności zarobkowej, we własnym imieniu w sposób ciągły. Prowadzący działalność gospodarczą nie pozostają w stosunku pracy z kontrahentem, ale w stosunku cywilnoprawnej umowy. Zgodnie z zasadami wykonywania działalności gospodarczej: przedsiębiorca może podejmować wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa. Przedsiębiorca może być obowiązany do określonego zachowania tylko na podstawie przepisów prawa. (art. 8 ustawy Prawo przedsiębiorców). Tym samym, swobodnie kształtuje swoje wynagrodzenie, treść kontraktów i ponosi za nie odpowiedzialność. W konsekwencji, Odwołujący nie ma obowiązku kalkulowania zastępstw za osoby prowadzące własną działalność gospodarczą, bowiem z umów z nimi zawartych wynika, że to one ponoszą odpowiedzialność za wykonywanie usługi, doświadczenie, w tym szkolenia, badania i nie ma potrzeby dokonywania dodatkowych zapisów w umowach współpracy. Odwołujący podkreślił, że osoby te nie będą zatrudnione na umowę o pracę, w wyniku czego nie będą uprawnione do urlopów.

Intencją Odwołującego było przedstawienie do wglądu Zamawiającego projektów umów, aby miał świadomość zawierania umów cywilno-prawnych z jednoosobowymi działalnościami gospodarczymi. Z racji braku wymogu zatrudniania personelu na umowę o pracę (poza personelem biurowym i pomocniczym) nie mają zastosowania żadne narzuty, co niejednokrotnie podkreślał Odwołujący w piśmie z dnia 26 listopada 2020r.

Zgodnie z orzecznictwem KIO wyjaśnienia rażąco niskiej ceny winny być poparte dowodami, a Odwołujący przedłożył ich 31 (m.in. faktury, oferty cenowe, dowody opłaty składek, projekt umów, standard zarządzania inwestycjami), co w ocenie Zamawiającego nie było wystarczające.

Odnosnie wyjaśnień w zakresie rozliczenia dniówkowego innych ekspertów, Odwołujący podniósł, że przedstawienie ofert cenowych sygnowanej podpisami, zawierających oświadczenie, że *„oferta obejmuje wszelkie niezbędne koszty wynikające ze sprawowania przedmiotowej funkcji/oferta obejmuje szkolenia, zakwaterowanie i delegacje, wyposażenie BHP, transport oraz wszelkie inne niezbędne koszty wynikające ze*

*sprawowania przedmiotowej funkcji*" są potwierdzeniem przyjęcia prawidłowej stawki do wyliczeń ceny ofertowej. Odwołujący każdorazowo opiera wycenę oferty na złożonych ofertach na etapie przystępowania do postępowania przetargowego. Dzięki temu Odwołujący ma gwarancję stałego poziomu kosztów. W ofertach przetargowych dotyczących usług na nadzór i zarządzanie większość kosztów stanowią koszty personelu, a następnie koszty organizacji biura, sprzętu, transportu itp. Zamawiający tymczasem pomija dowody przedstawione przez Odwołującego.

W zakresie wynagrodzenia dla Geodety oraz Zespołu Geodety 2.2.20-2.2.21 Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dokumentacji przetargowej nigdzie nie zamieścił wymagania, aby zespół geodetów (złożony min. z 2 osób) pracował w sposób ciągły. Potwierdza to przewidziana na ten zespół „pula” dniówek - tożsama z ilością dniówek dla Geodety w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji, tj. 220. Zatem Odwołujący nie miał obowiązku wyjaśniania organizacji pracy dwuosobowego zespołu geodetów. Dniówka to jednostka rozliczeniowa dotycząca pracy jednej osoby. Odwołujący na etapie postępowania przetargowego pytał o zasadność ilości dniówek dla zespołu geodezyjnego i możliwości jej zwiększenia, jednakże Zamawiający nie przystał na propozycję.

Odwołujący skalkulował wynagrodzenie w/w ekspertów na podstawie własnego doświadczenia. Powyższe osoby to personel mający najmniej ilościowo dniówek na kontrakcie, zatem odgrywający najmniejszą rolę z punktu widzenia kosztowego. Zakres wykonywanych przez nich prac nie ma kluczowego charakteru, co nie umniejsza ich odpowiedzialności w realizacji inwestycji. Ze względu na zakres działalności Odwołującego posiada on w zasobach swojej kadry powyższych specjalistów.

Odwołujący wskazał, że łączna ilość dniówek dla personelu na inwestycji wynosi 10 042. Łączna ilość dniówek dla powyższych specjalistów to 140, tj. 1,39% wszystkich dniówek przewidzianych na inwestycji. Nawet w przypadku ewentualnej konieczności poniesienia dodatkowych kosztów z tytułu ich oddelegowania do realizacji niniejszej inwestycji koszty będą zaniedbywalne w stosunku do całości inwestycji.

Odwołujący wskazał, że zobowiązany jest zgodnie z OPZ do wyposażenia swojego personelu w odpowiednią ilość środków transportu oraz odpowiedniego wyposażenia biura Konsultanta, co zostało szczegółowo opisane w piśmie z dnia 26.11.2020r. Osoby pracujące na co dzień w biurze będą miały możliwość korzystania z wyposażenia zapewnionego przez Konsultanta w ramach świadczonej usługi.

Osoby pracujące na co dzień w głównej siedzibie Odwołującego dysponują środkami transportu, telefonami komórkowymi itp. W ostatnich 20 latach prowadzenia działalności oraz realizowania na rzecz Zamawiającego licznych usług nadzorowych, Zamawiający nigdy nie zgłaszał uwag co do zapewnienia odpowiednich środków transportu, łączności, wyposażenia BHP.

Odwołujący zaznaczył, że w związku z zawieraniem umów w większości z jednoosobowymi działalnościami gospodarczymi, nie jest zobowiązany ponosić kosztów szkoleń, zastępstw, badań, szkoleń BHP, składek chorobowych, składek ZUS itp. gdyż koszty związane z prowadzeniem własnej działalności gospodarczej ponoszą osoby oferentów. Koszty te nie są ponoszone przez Odwołującego zatem nie są doliczane do stawek oferentów. Odwołujący podkreślił, że jego obowiązkiem jest wykazanie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską, czemu Odwołujący sprostował, przedstawił oferty specjalistów i kalkulacje cenową. Odwołujący nie ma obowiązku wyjaśniać sposobu kalkulacji cen przez jego oferentów, które są zależne od czynników dotyczących jego oferentów, a nie Odwołującego. Warunki oferty zostało szczegółowo opisane w załączniku do pisma z dnia 26 listopada 2020r. W ocenie Odwołującego, nie ma zastosowania oczekiwanie Zamawiającego, aby przepisywać w całości wymagania SIWZ/OPZ. Deklaracja w przedstawionej ofercie cenowej dotycząca zgodności przedstawionej oferty z SIWZ i OPZ jest wystarczająca.

Odwołujący podtrzymał stanowisko, że zespół geodetów nie jest zobowiązany do codziennego świadczenia usług, przyjęta stawka 250 zł netto za dniówkę odpowiada wynagrodzeniu za dniówkę czyli liczbę godzin a nie osób. Przyjmując tok myślowy Zamawiającego, który wymagałby codziennej obecności 2-ch geodetów jednocześnie powodowałoby to konieczność zwiększenia dniówek odpowiednio dla Zespołu geodezyjnego z 220 dniówek x 2 osoby, tj. 440 dniówek, oraz konsekwentnie dla Geodety w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji z 220 na 440 dniówek.

Odwołujący podkreślił, że Personel Konsultanta został zapoznany ze wzorem umownym i na tej podstawie zwrótnie przedstawiał Odwołującemu oferty cenowe. Biorąc pod uwagę osoby pracujące na co dzień w biurze należy zauważyć, że koszty ich zastępstwa są równe zero - w przypadku ich wystąpienia Odwołujący może pokryć w/w zobowiązane z rezerwy finansowej. Jak wskazano powyżej, przy umowach z osobami prowadzącymi działalność, za okres zastępstwa odpowiedzialna jest osoba prowadząca działalność gospodarczą, jako że nie przysnuje jej okres urlopu - co jest okolicznością oczywistą i nie wymaga w tym zakresie żadnego dowodu. Z przepisów prawa wynika wprost, że urlop jest uprawnieniem pracownika, tj. osoby zatrudnionej na umowie o pracę. W zakresie natomiast pracowników zatrudnionych przez Odwołującego, właśnie w tym celu jest pokazana rezerwa cenowa.

Wielokrotne powtarzanie przez Zamawiającego określenia „gołosłowny”, „ogólnikowy”, „lakoniczny” w każdym przypadku składanych wyjaśnień sugeruje, że niezależnie od ich treści wszystkie są dla Zamawiającego „gołosłowne”, Zamawiający realizuje z góry przyjętą tezę o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego, niezależnie od ilości i wagi przedstawianych dowodów.

Odwołujący wskazał, że nie poniesie kosztów zakupu sprzętu biurowego oraz komputerowego wraz z oprogramowaniem, a więc zaoferowana cena ofertowa uległa stosownemu obniżeniu. Zamawiający nie ma racji twierdząc, że wykonawca nie jest jedynym oferentem, którego lokalizacja jest sprzyjająca, gdyż na 14 złożonych ofert w pobliżu miejsca inwestycji siedzibę ma poza Odwołującym jedynie MGGP S.A. (Tarnów). Również wykonawca wybrany musiał skalkulować koszty delegacji oraz dojazdów. Fakt, iż czynnik odległości jest podobny również dla innych wykonawców, nie może determinować oceny, że Odwołujący potraktował go jako czynnik oszczędnościowy. Dla Odwołującego czynnik odległości ma charakter oszczędnościowy i dlatego został wskazany.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyjaśnieniach przedstawił finansową tabelę zbiorczą w celu zobrazowania różnicy pomiędzy przedstawionym formularzem cenowym a rzeczywiście poniesionymi kosztami przeprowadzenia usługi nadzoru inwestorskiego.

Umowy zawierane przez Odwołującego z jednoosobowymi działalnościami gospodarczymi charakteryzują się tym, że Odwołujący nie jest zobowiązany do przedstawiania Zamawiającemu szczegółowych kalkulacji ceny jednostkowej, gdyż wszelkie zobowiązania są po stronie oferenta. Ze względu na obejmującą strony tajemnicę handlową Odwołujący nie ma możliwości szczegółowego poznania kosztów oferenta, np. kosztów odprowadzanych przez niego składek. Po stronie Odwołującego są jedynie koszty dniówki.

Dodatkowo, Zamawiający w przypadku wątpliwości, winien ponownie wezwać Odwołującego, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia do ich uzupełnienia w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, przedstawione wyjaśnienia były wystarczające i rzetelne.

Biorąc pod uwagę ilość złożonych ofert można założyć, że średnie te stanowią odzwierciedlenie stawek rynkowych.

Odwołujący podkreślił, że nie jest zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu dokładnych wysokości kwot, które przyjął w pozycji koszty ogólne + zysk + rezerwa. Niezależnie ile będą wynosić poszczególne składowe to Odwołujący odpowiednio może dostosowywać środki finansowe do bieżących potrzeb.

Biorąc pod uwagę sprawowanie poniższych funkcji przez Właścicieli Firmy:

- 1) Inżynier Kontraktu - wynagrodzenie 220,00 PLN
- 2) Specjalista ds. roszczeń - wynagrodzenie 170,00 PLN

otrzymujemy poniższe oszczędności w porównaniu do średniej arytmetycznej z pozostałych ofert:  $542,41 \times 1370 + 313,85 \times 1370$  tj. 1 173 076,20 PLN  $220,00 \times 1370 + 170,00 \times 1370$ , tj. 534 300,00 PLN Oszczędność:  $1\ 173\ 076,20 - 534\ 300,00$ , tj. 638 776,20 PLN

Odwołujący zauważył, że Zamawiający porównuje inwestycje, gdzie roboty budowlane były rzędu ponad 500 mln PLN, natomiast w przedmiotowym postępowaniu wynoszą 98 mln PLN. Zatem wycena usług ze względu na wartość inwestycji jest również

relatywnie niższa.

Odwołujący podniósł, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia pn: pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktem pn: "Budowa Drogi SI Pyrzowice - Kosztowy ode. Podwarpie - Dąbrowa Górnicza (przebudowa DK1) Zamawiający nie uznał za cenę rażąco niską oferty, w której Konsorcjum (którego Odwołujący był członkiem) wykazywało stawki w podobnej wysokości: zarówno w zakresie stawek dniówkowych (170 zł netto), jak i kosztów administracyjnych. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które były mniej szczegółowe, i uznał, że cena (przy podobnych stawkach) nie jest ceną rażąco niską.

W konsekwencji, nieprawdą jest, aby w niniejszym postępowaniu Odwołujący skalkulował ceny zaniżone w stosunku do innych postępowań. Odwołujący podkreślił, że nie jest ceną rażąco niską cena niska. Odwołujący musi wykazać, że nawet za niską cenę, ale zrealizuje zamówienie i nie będzie to realizacja poniżej kosztów. Nie jest zobligowany do wyjaśniania dlaczego oferuje różne ceny w różnych postępowaniach, sytuacji z których żadna nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający uzasadnia odrzucenie oferty okolicznością, że w innych postępowaniach Odwołujący podał cenę wyższą, mimo, że w niniejszym postępowaniu nie została wskazana cena rażąco niska. W konsekwencji, Zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty.

Celem wykazania naruszenia przepisów przez Zamawiającego i bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący przeprowadził również stosowną analizę porównawczą zaoferowanej oferty cenowej. Porównanie dotyczyło złożonej w dniu 17 listopada 2020r. oferty przetargowej dla inwestycji pn. *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.; "Budowa obwodnicy Wąchocka w ciągu drogi krajowej nr 42 "*, gdzie inwestorem był Zamawiający. Dowodzi ona, że cena ofertowa została prawidłowo skalkulowana - świadczą o tym zachowane powyżej proporcje w wycenach w zależności od wartości Robót Budowlanych.

Dodatkowym atutem ze strony Odwołującego wpływającym na obniżenie wartości realizacji usługi jest jej realizacja bezpośrednio przez Właścicieli Firmy. W przypadku oferty „Wąchock” Odwołujący zobowiązany był skalkulować wyższy zysk, ze względu na udział w przetargu w Konsorcjum.

W ocenie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad O/Kielce w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej tj. Konsorcjum firm Lider PROMOST Consulting Sp. z o.o. Sp.K, Partner Konsorcjum- PROMOST Consulting Sp. z .o.o. wysokość najniższej dniówki wynosi 150 zł. Jednakże nie wzbudziło to żadnych wątpliwości Zamawiającego, gdyż wykonawca nie został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Tym bardziej niezrozumiałym dla Odwołującego jest fakt, że w postępowaniach prowadzonych przez jednego Zamawiającego, tj. Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg

Krajowych i Autostrad, poszczególne Oddziały stosują skrajnie odmienne zasady postępowania.

Odwołujący przedstawił porównanie wysokości dniówek zaoferowanych przez FI ARCUS oraz Konsorcjum PROMOST w postępowaniu przetargowym pn.: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: "Budowa obwodnicy Wąchocka w ciągu drogi krajowej nr 42"

Pomimo zaoferowanej przez Odwołującego najniższej stawki dniówki na poziomie 170 zł, Zamawiający tj. GDDKiA O/Kielce nie wezwał wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Stwierdzić zatem można, że w jego ocenie oferta nie była rażąco niska, co potwierdza również wybór oferty najkorzystniejszej, gdzie najniższa cena dniówki wynosi 150 zł.

Zauważalny dualizm po stronie Zamawiającego prowadzi do braku możliwości spełnienia oczekiwań Zamawiających przez przyszłych wykonawców.

Odnosnie wyjaśnień w zakresie rozliczenia miesięcznego za koszty administracyjne Ad 1.1 Biuro Konsultanta oraz 1.3 Biuro Zamawiającego, Odwołujący wyjaśnił, że przedstawiając ofertę spełniającą wymagania OPZ wypełnił zobowiązania wymagane przez Zamawiającego w zakresie dysponowania odpowiednią powierzchnią pomieszczeń biurowych.

Oferta cenowa zaczyna się od słów: „Zgodnie z wymaganiami OPZ pkt. 2.2 [...] Punkt 2.2 OPZ definiuje zarówno 2.2,1 Biuro Konsultanta jak i 2.2.2. Biuro Zamawiającego, niezrozumiały jest wobec tego zarzut Zamawiającego jakoby przedmiotowa oferta nie obejmowała biura dla Zamawiającego. Zapis w ofercie jest jednoznaczny i nie ma konieczności kopiowania wszystkich wymagań z punktu OPZ.

Rozeznanie rynku przeprowadzone przez Zamawiającego nie może być podstawą uznania przedstawionej oferty jako nierynkowej. Zamawiający w ofertach internetowych nie bierze podstawowego czynnika jakim jest m.in. 20-letnia praktyka Odwołującego na rynku usług w zakresie nadzorów inwestorskim pozwalająca na uzyskanie preferencyjnych warunków, czego potwierdzeniem jest przedstawiona realna i prawidłowa oferta cenowa.

Na potwierdzenie rynkowości zaoferowanej ceny w załączniku nr 22 Odwołujący przedstawił przykładową umowę najmu 2 pomieszczeń biurowych wraz z możliwością korzystania z pomieszczeń kuchnia, toaleta, sala konferencyjna dla inwestycji zakończonej w grudniu 2020r. za kwotę 600 zł netto/miesięcznie, a także w załączniku nr. 19 umowę najmu 12 kontenerów biurowych za kwotę 500zł netto. To kolejne, kilkukrotnie tańsze oferty od wskazanej przez Zamawiającego „oferty rynkowej”, co dowodzi tendencyjności założeń Zamawiającego.

Zgodnie z pkt. 2.2 OPZ, dostarczenie tożsame jest z montażem oraz demontażem kontenerowców, wynając tożsame z ewentualną dzierżawą terenu, zapewnieniem parkingu - nigdzie w specyfikacji nie widnieje informacja na temat np. utwardzania nawierzchni

kruszywem, więc jest to czynnik niemożliwy do przewidzenia.

Wszystkie powyższe elementy obejmuje oferta, gdyż widnieje na niej wyżej przytoczone zdanie, że jest zgodna z wymaganiami 2.2 OPZ.

Odwołujący wyjaśnił, że miał na myśli koszty transportu wyposażenia biura oraz materiałów biurowych. Koszty ogólne firmy to odrębne koszty (związane z codziennym użytkowaniem/wyposażaniem siedziby FI ARCUS), niż „koszty ogólne + zysk + rezerwa” dla przedmiotowego zadania.

Odnośnie wyjaśnień w zakresie kryteriów pozacenowych zadeklarowanych w ofercie Odwołujący wskazał, że zgodnie ze standardami panującymi w firmie niezależnie od wymagań Zamawiającego przeprowadza szkolenia dla personelu. Zamawiający w kryterium oceny ofert nie wskazywał dokładnie osoby ani niezbędnych posiadanych przez nią uprawnień do przeprowadzenia szkolenia.

Odwołujący zaprzeczył, aby próbował w sposób nieuprawniony obejść wymagania postawione w SIWZ. Wskazał, że szkolenie zostanie przeprowadzone, uwzględnił cenę szkolenia w kalkulacji oferty cenowej w wyniku czego bezpodstawne są zarzuty Zamawiającego. Właściciele firmy Odwołującego posiadają doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu FIDIC oraz zarządzania kontraktami infrastrukturalnymi. Szkolenia prowadzone były m.in. dla PBCP (Polish British Construction Partnership). Inżynier Kontraktu musi doskonale znać warunki umowy zarówno na usługę nadzoru jak i Wykonawcy Robót Budowlanych. Szkolenia w rozumieniu Odwołującego mają na celu dopilnowanie przez Inżyniera Kontraktu zapoznania się z dokumentacją kontraktową poprzez cały personel. Przeprowadzenie szkoleń przez Inżyniera Kontraktu jest kolejnym czynnikiem wpływającym na obniżenie kosztów inwestycji. Odwołujący podkreślił, że zachowanie Zamawiającego ma na celu odrzucenie oferty Odwołującego mimo braku podstaw. Na dowód powyższego Odwołujący wskazał, iż w ramach zadania „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa północnej obwodnicy Kędzierzyna - Koźla w ciągu drogi krajowej nr 40” wykonywał również szkolenia na rzecz Personelu, które były wymagane przez Zamawiającego. Szkolenia zostały zrealizowane przez Inżyniera Kontraktu i zostały zaakceptowane przez Zamawiającego jako zgodne z umową. Tym samym, Odwołujący miał podstawy zakładać, że skoro przy realizacji innego zadania dla tego samego Zamawiającego przy tożsamyh wymaganiach i treści umowy, szkolenia zostały uznane za przeprowadzone prawidłowo, to również w ramach tego kontraktu będą uznane za należycie wykonane.

Zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp na skutek odrzucenia oferty Odwołującego w wyniku bezpodstawnego uznania, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób bezpodstawny i sprzeczny z ustawą Pzp dokonał odrzucenia oferty podnosząc jakoby treść oferty była sprzeczna z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu jakoby sprzeczność oferty miała wynikać ze skierowania Prezesa Odwołującego p. J. B. na stanowisko Specjalisty ds. Roszczeń co miało być niezgodne z zapisem umowy gdyż zgodnie z postanowieniami umowy, personel Konsultanta nie może pełnić funkcji nadrzędnych w stosunku do osoby Inżyniera w schemacie organizacyjnym firmy Konsultanta. Niezgodności Zamawiający upatruje w tym, iż p. M. M.-B. jako Inżynier Kontraktu pełni jednocześnie funkcję Dyrektora Technicznego oraz prokurenta.

Odwołujący podniósł, że pomiędzy osobami p. M. M.-B. (Inżynier Kontraktu) a p. J. B. (Specjalista ds. Roszczeń) nie zachodzi żaden stosunek podrzędności ani nadrzędności. Zgodnie ze strukturą organizacyjną Odwołującego p. M. M.-B. pełni funkcję Dyrektora Zarządzającego — Dyrektora Technicznego, który w strukturze organizacyjnej firmy nie jest podległy p. J. B. Dyrektor Zarządzający - Dyrektor Techniczny w zakresie obowiązków ma zarządzenie kontraktami i ich nadzorowanie, w tym w zakresie kontroli finansowej, współdziałanie w przygotowywaniu ofert przetargowych, bieżącą kontrolę biur terenowych, ponowną analizę nowej inwestycji - przeprowadzaną wraz z Prezesem Zarządu, wsparcie zespołu nadzoru ( doradztwo techniczne), w przypadku konieczności - zastępstwo członka zespołu nadzoru oraz organizowanie pracy zespołu nadzoru mające na względzie cel inwestycji. W zakresie wykonywanej funkcji i zadań nie podlega p. J. B. i pełni funkcję równorzędną.

Powyższe wynika tak ze struktury organizacyjnej Odwołującego, jak i z umowy zawartej pomiędzy p. M. M.-B. a Odwołującym, czyli spółką komandytową a nie Prezesem Zarządu. Pani M. M.-B. sprawuje funkcję Dyrektora Zarządzającego - Dyrektora Technicznego na mocy umowy współpracy nr I/B/2019 zawartej z Odwołującym w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pod nazwą Firma Inżynierska „BETA” M. M.-B. Z treści umowy (§ 3 ust. 5) wynika wprost, że zleceniodawca (spółka FI ARCUS) nie posiada w stosunku do zleceniobiorcy jakichkolwiek uprawnień i obowiązków charakterystycznych dla stosunku pracy. W konsekwencji, współpraca pomiędzy p. M. M.-B. a Odwołującym opiera się na umowie cywilnoprawnej, która z istoty rzeczy wyklucza jakikolwiek element podporządkowania, charakterystyczny dla stosunku pracy. Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego (art. 353[1] k.c.) nadrzędną zasadą stosunków cywilnoprawnych jest zasada swobody umów i równości stron. Zgodnie z art. 734 § 1 k.c. w zw. z art. 750 k.c., przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do świadczenia na rzecz dającego zlecenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami. Cechą umowy zlecenia jest to, iż zleceniobiorca sam organizuje sobie sposób pracy, określa czas pracy, nie musi być także ta praca bezwarunkowo wykonywana osobiście, albowiem zleceniobiorca może też zastąpić

się osobą trzecią na warunkach określonych w art. 738 § 1 k.c. Umowa zlecenia jest umową należytej staranności, czyli zleceniobiorcy przysługuje roszczenie o wynagrodzenie, jeśli tylko nie można mu zarzucić niestaranności w sposobie prowadzenia spraw zleceniodawcy (nie odpowiada za rezultat podjętych działań). Każda ze stron może ją wypowiedzieć w każdym czasie, z zachowaniem jednak warunków określonych w art. 746 k.c.

W konsekwencji, brak pomiędzy p. M. M.-B. a p. J. B. funkcji nadrzędnych wobec p. M. M.-B..

Dodatkowo, umowa p. M. M.-B. jest zawarta z FI ARCUS jako spółką komandytową, a nie z p. J. B. jako Prezesem komplementariusza.

Pani M. M.-B. jest komandytariuszem w spółce FI ARCUS sp. z o.o. sp.k., w której posiada 49% udziału w zysku, podobnie jak p. J. B., który jest takim samym komandytariuszem z takimi samymi uprawnieniami. Dodatkowo, p. M. M.-B. jest współnikiem spółki z o.o. (komplementariusza) z udziałem 50% w kapitale zakładowym — dokładnie tak samo jak p. J. B. W konsekwencji, również w aspekcie własnościowym i zarządczym oboje stoją na równi — z takim samym udziałem w kapitale zakładowym, z takim samym udziałem w spółce komandytowej, z takim samym prawem głosu w obu spółkach. W konsekwencji, nie jest możliwe przyjęcie, aby p. J. B. pełnił funkcję nadrzędną w stosunku do osoby p. M. M.-B.

Odwołujący zarzucił, że nawet gdyby Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie zgodności oferty z treścią SIWZ winien był wezwać Odwołującego na mocy art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, co zostałyby rozwiane w wyniku złożenia tych wyjaśnień przez Odwołującego.

Zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp na skutek wyboru oferty Konsorcjum, która nie stanowi oferty najkorzystniejszej rozumieniu SIWZ

Odwołujący zarzucił, że w niniejszym postępowaniu, Zamawiający dokonując w sposób bezpodstawny odrzucenia oferty Odwołującego, nie dokonał jej oceny i nie uwzględnił jej w rankingu ofert. Oferta Odwołującego spełnia wszystkie kryteria pozacenowe w równym stopniu, jak oferta wybrana, ale jest ofertą z niższą ceną, w wyniku czego, gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny ofert, oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, że w dniu 21 grudnia 2020r. Inko Consulting Sp. z o.o. wskazało Zamawiającemu, że oferty trzech firm posiadają rażąco niskie ceny, w tym Odwołujący. Zamawiający, nakierowany zatem przez Inko Consulting Sp. z o.o. w konsekwencji wykluczył oferty FI ARCUS oraz BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.K. jako błędnie skalkulowane - posiadające rażąco niską cenę.

Niezrozumiałym zatem z punktu widzenia gospodarności oraz zarządzania finansami publicznymi jest wybór oferty, plasującej się na czwartym cenowo miejscu. Zamawiający,

ulegając na etapie przetargu presji lub innej argumentacji ze strony Konsorcjum INKO oraz MP Consulting, której celem jest wygranie przetargu, naraża Skarb Państwa na nieuzasadniony wydatek w wysokości 1,6 mln zł - o tyle oferta Konsorcjum jest wyższa od oferty Odwołującego. Uleganie wpływom oferentów konkurujących w postępowaniu przetargowym jest niedopuszczalne.

Dodatkowo, Odwołujący zwrócił się również z prośbą o opinię prawną do Małopolskiej Agencji Rozwoju Regionalnego - w zakresie pomocy prawnej oraz sprawdzenia przed wysłaniem treści rażąco niskiej ceny. Odwołujący otrzymał zwrotnie jedynie „kosmetyczne” uwagi, MARR nie miał żadnych zastrzeżeń do treści oraz załączników przedstawionych w przedmiotowym piśmie.

Zdaniem Odwołującego, powyższa argumentacja wskazuje, że Odwołujący udzielił rzetelnych oraz wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 listopada 2020r.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący załączył do odwołania:

- 1) poświadczenie wykonania usługi dla Kontraktu „Zaprojektowanie i budowa drogi łącznikowej klasy GP pomiędzy węzłem Brzesko na autostradzie A-4 a drogą krajową dk4 - jako docelowego przebiegu dk 75” z dn. 17.05.2016 r.
- 2) uzupełnienie poświadczenia wykonania usługi dla Kontraktu „Zaprojektowanie; budowa drogi łącznikowej klasy GP pomiędzy węzłem Brzesko na autostradzie A-4 a drogą krajową dk4 - jako docelowego przebiegu dk 75” z dn. 28.02.2017 r.
- 3) schemat i lista kontaktowa dla Kontraktu „Zaprojektowanie i budowa drogi łącznikowej klasy GP pomiędzy węzłem Brzesko na autostradzie A-4 a drogą krajową dk4 - jako docelowego przebiegu dk 75” z dn. 13.02.2015 r.
- 4) poświadczenie dla kontraktu R. nr GDDKiA- O/KR-D- 3/REF/84/I-4/2014/9069 z dn. 4.08.2014 r.
- 5) przejściowe świadectwo płatności dla kontraktu R.,
- 6) raport zespołu nadzoru z okresu gwarancyjnego dla kontraktu R.,
- 7) wyjaśnienia dotyczące ceny z dn. 24-09-2020 z formularzem wybór oferty z dn. 20-01-2021 O.Ka.D-3.2410.38.2020,
- 8) Formularz cenowy - PROMOST- oferta Wąchock O.Ki.D-3.2413.19.2020.GK,
- 9) Wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 07 stycznia 2021 r. O.Ki.D-3.2413.19.2020.GK,
- 10) umowa najmu z dn. 01.05.2019 r. (Borusowa),
- 11) ogłoszenie o zamówieniu - Nadzór nad robotami budowlanymi 2020/S 199-482847,
- 12) wybór oferty 2020/S 199-482847,
- 13) szkolenie wraz z listą obecności z dn. 10.12.2018r. i z dn. 29.06.2020r. dla Kontraktu Nadzór nad robotami budowlanymi 2020/S 199-482847,

- 14) wybór oferty na Kędzierzynie Nadzór nad robotami budowlanymi 2020/S 199-482847,
- 15) oświadczenie Odwołującego dotyczące szkoleń,
- 16) uchwała ZW z dn. 29-05-2019r. zatwierdzająca schemat organizacyjny Odwołującego wraz ze schematem organizacyjnym,
- 17) zanonimizowana umowa o współpracy nr I/B/2019 z dn. 02.01.2019 r.
- 18) opinia MARR z dn. 01-12-2020.

Dodatkowo na rozprawie Odwołujący złożył do akt w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty, wnosząc o przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

1. CV M. M.-B., Referencje dla M. M.-B. - na okoliczność posiadanego doświadczenia w zakresie prowadzenia nadzoru oraz równoczesnego prowadzenia nadzoru i sprawowania funkcji dyrektora technicznego oraz przyjęcia przez Zamawiającego wykonywanych w danym reżimie usług, doświadczenia w zakresie prowadzonych szkoleń.
2. Wyciąg z umowy pomiędzy FI Arkus Sp. z o.o. sp. k. a FI Beta - na okoliczność braku podrzędności pomiędzy M. M.-B. a J. B. oraz wykonawcą, rodzaju zawartej umowy oraz niezasadności zarzutu dotyczącego stosunku podrzędności M. M.-B. wobec J. B.,
3. Zestawienie tabelaryczne ofert z dniówkami w różnych oddziałach GDDKiA;
4. Formularz ofertowy dla zadania pod nazwą „pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pod nazwą rozbudowa drogi krajowej nr 74 na odcinku Jarosławiec – Mączyn od km 281 +380 do km 282 +526 (na terenie zabudowanym) oraz od km 285 +600 do km 288 +800 (na terenie niezabudowanym)”; Formularz cenowy; Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty; Umowa z Zamawiającym nr O.LU.D – 3.24.11.01.2020.AP z dnia 15.07.2020r.;
5. Zestawienie tabelaryczne wykluczenia FI Arkus oraz wyborów INKO;
6. Formularz cenowy dla zadania pod nazwą „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pod nazwą budowa drogi S1 Pyrzowice – Kosztowy, odcinek Podwarpie - Dąbrowa Górnicza (przebudowa DK 1); Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny; Informacja o wyborze oferty - na okoliczność naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz Odwołującego, stosowania różnych mierników ocennych w odniesieniu do wykonawców, Odwołującego i do oferty wybranej, braku rażąco niskiej ceny i tendencyjności oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.
7. INKO – wykaz osób w niniejszym postępowaniu przetargowym;
8. Wykaz pełnienia funkcji inżyniera przez p. M. P. oraz KRS INKO i KRS MP Consulting - na okoliczność naruszenia zasady równego traktowania Odwołującego w

porównaniu do wykonawcy, którego oferta została wybrana, i tendencyjności oceny Zamawiającego w odniesieniu do osób skierowanych do wykonania umowy.

9. Zestawienie referencji FI Arkus sp. z o.o. sp. k od GDDKiA - na okoliczność doświadczenia Odwołującego, należytego wykonywania usług przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego i łączenia funkcji przez p. M. M.-B., jako dyrektora technicznego i inżyniera kontraktu i w tym kontekście naruszenia zasady równego traktowania w odniesieniu do oferty Odwołującego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum: INKO Consulting Sp. z.o.o., MP Consulting Sp. z o.o., zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 15 lutego 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami niniejszego postępowania Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający podniósł, że odwołanie nie znajduje uzasadnionych podstaw i winno być oddalone w całości. Zamawiający wskazał, że przyczyny odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego zostały szczegółowo omówione w piśmie z dnia 12 stycznia 2021r. Zamawiający w całości podtrzymał ocenę tam zawartą.

Zamawiający wskazał, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy usługi o szczególnym charakterze, tj. usługi nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania „Budowa drogi krajowej DK75 na odcinku Brzesko - Nowy Sącz odc. I - II etap „Łącznika Brzeskiego”. Dokonując wyboru wykonawcy takiego zadania, Zamawiający musi przykładać szczególną uwagę do złożonych ofert i wybrać taką, która gwarantuje wykonanie usługi na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego i zgodnym z warunkami określonymi w SIWZ. Jakiegokolwiek komplikacje w wykonaniu usługi, które mogłyby pojawić się na etapie jej realizacji, będą miały niekorzystne przełożenie na prowadzenie robót budowlanych, a to z kolei powodować będzie po stronie Zamawiającego wymierne straty. Tym samym już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający musi podjąć działania pozwalające na minimalizację zagrożeń dla sprawnej realizacji usługi i wybranie rzetelnego wykonawcy, który gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Jednym z elementów gwarantujących wykonanie usługi na właściwym poziomie, zgodnym z wymaganiami określonymi w SIWZ, jest dokonanie właściwej wyceny, uwzględniającej przede wszystkim konieczność zapewnienia obecności na budowie wykwalifikowanego i odpowiednio przygotowanego personelu, wyposażonego w konieczne

urządzenia i narzędzia pracy. Obecność personelu ma być przy tym rzeczywista, a nie formalna.

Oferta jaką złożył Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu, nie tylko budziła wątpliwości co do jej prawidłowości, ale zawarta w niej cena powodowała powstanie domniemania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, tj. domniemanie, że jest ona rażąco niska. Zaoferowana przez Odwołującego cena jest bowiem o 37,21 % niższa od szacowanej wartości zamówienia oraz o 34,59 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Sytuacja ta nie tylko uprawniała, ale wręcz obligowała Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej.

Pismem z dnia 18 listopada 2020r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień nie miało charakteru szablonowego, ogólnego lecz konkretnie wskazywało na obszary, które budzą wątpliwości Zamawiającego i wymagają wyjaśnienia. Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowych wyjaśnień, kalkulacji i dowodów, uzasadniając przyczyny powstałych wątpliwości. Skonkretyzowane wezwanie skierowane do Odwołującego zrodziło po jego stronie obowiązek przedstawienia odpowiednich wyjaśnień, pozwalających Zamawiającemu na weryfikację zaoferowanej ceny oraz przyjętych założeń, a także pozwalających na potwierdzenie, że wszystkie wymagania określone w SIWZ, a gwarantujące wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie zostały przez Odwołującego uwzględnione w złożonej ofercie i prawidłowo wycenione.

Nie powinno budzić wątpliwości, że koszty związane z realizacją danego zadania mają być uwzględnione w cenie i pokrywane z wynagrodzenia uzyskiwanego od Zamawiającego, gwarantując jednocześnie osiągnięcie zysku, który jest celem ubiegania się o zamówienie publiczne, a nie finansowane ze źródeł poza zamówieniem.

Domniemanie rażąco niskiej ceny, jakie powstało w przedmiotowym przypadku, w ocenie Zamawiającego, nie zostało obalone przez Odwołującego.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie twierdzi, że nie zaistniały okoliczności umożliwiające mu zaoferowanie ceny na poziomie niższej niż wartości rynkowe, przeciwnie, podnosi, że okoliczności te to długotrwała współpraca z personelem, który ma być skierowany do wykonania przedmiotowego zamówienia oraz doświadczenie posiadane na rynku w tym w realizacji zadań na rzecz Zamawiającego. Tyle tylko, że ani długoletnia współpraca i stały skład osobowy, ani doświadczenie w realizacji zadań na rzecz Zamawiającego, nie stanowią okoliczności, które w jakikolwiek sposób wyróżniałyby Odwołującego na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży i biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Nie są to przymioty, które dostępne są wyłącznie Odwołującemu i pozwalają osiągnąć przewagę konkurencyjną, tak znaczną, aby umożliwiła

ona wykonanie zamówienia za ok. 65% rynkowych kosztów. W każdym razie okoliczność ta została przywołana przez Odwołującego w sposób ogólnikowy. Nie zostały przedstawione, wykazane, czy skalkulowane w tym zakresie efekty ekonomiczne. Odwołujący stara się przedstawić wpływ tych okoliczności dopiero w złożonym odwołaniu. Niemniej taka próba „uzupełnienia wyjaśnień” nie może być skuteczna, gdyż jest spóźniona.

Należy mieć także na uwadze, że o rzetelności i przekonywalności wyjaśnień nie świadczy sama ilość zapisanych stron i załączników, lecz ich wartość merytoryczna. Podając poszczególne rodzaje kosztów na obniżonym poziomie, wykonawca powinien przedstawić kalkulację, z której będzie wynikać jednoznacznie, że wskazane kwoty są realistyczne i mają oparcie w obiektywnych warunkach dostępnych danemu wykonawcy przy realizacji zamówienia (zob. np. KIO 958/20 z dnia 14 lipca 2020r.). Odwołujący natomiast przedstawiając wyjaśnienia składa obszerne pismo i wiele załączników, niemniej mimo objętości, wartość merytoryczna tych wyjaśnień jest znikoma. Odwołujący nie wykazał w odwołaniu, że dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych przez niego wyjaśnień nie jest prawidłowa, a cena oferty uwzględnia wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, przedłożone przez Odwołującego materiały nie tylko w ogóle pomijają szereg zagadnień wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu, ale też w przeważającej części składają się wyłącznie z ogólnych oświadczeń Odwołującego.

Odwołujący przedstawił oświadczenia członków personelu, które w jego ocenie dowodzą, że zaoferowana cena została przez Odwołującego skalkulowana w sposób prawidłowy, a składający oświadczenie personel, jest tym oświadczeniem związany. Abstrahując nawet od tego, że personel jest ściśle powiązany z Odwołującym, w tym dwóch członków personelu to de facto „właściciele” Odwołującej się spółki, należy zauważyć, że przedstawione dowody w postaci lakonicznych oświadczeń - w kontekście zgłoszonych wątpliwości Zamawiającego - są zupełnie pozbawione mocy dowodowej i wiarygodności. W każdym razie niedopuszczalne jest przyjęcie, jakie czyni Odwołujący, że przedłożenie przez niego oświadczeń/ofert, w dostatecznym stopniu uzasadnia cenę zaprezentowaną w ofercie. Odwołujący zarzucił przy tym Zamawiającemu, że ten bezpodstawnie oczekuje, że oferty podmiotów trzecich będą przez Odwołującego weryfikowane, gdyż jak sądzi, za ich właściwą kalkulację odpowiada podmiot składający oświadczenie, a nie Odwołujący.

W tym kontekście Zamawiający podniósł, że zgłosił on swoje wątpliwości co do konkretnych pozycji cenowych dotyczących wynagrodzenia personelu. Odwołujący chcąc prawidłowo wywiązać się z obowiązku w zakresie wyjaśnień, powinien przynajmniej kwoty wynikające z oświadczeń uwiarygodnić poprzez kalkulacje, pozwalające na potwierdzenie, że faktycznie wszystkie koszty, jakie w zaoferowanej przez członka personelu kwocie mają się mieścić, zostały uwzględnione.

Tymczasem z treści samych wyjaśnień Odwołującego, a następnie z treści złożonego przez niego odwołania, nie wynika by Odwołujący zweryfikował prawidłowość i wiarygodność zawartych w tych oświadczeniach kwot, bezkrytycznie opierając na nich swoją wycenę. Co więcej, w złożonym odwołaniu, Odwołujący wprost wskazał, że tych dokumentów nie weryfikował. Są to natomiast szablonowe oświadczenia powiązanych z Odwołującym członków personelu, które zawierają jedynie szczątkowe informacje. Brak na ich podstawie możliwości określenia, czy i w jakim zakresie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia zostały skalkulowane i uwzględnione. Treść tych oświadczeń rodzi przypuszczenie, że zostały one sformułowane ad hoc, wyłącznie na potrzeby złożenia wyjaśnień. Wskazane w nich kwoty wydają się być przypadkowe i dopasowane do zaoferowanej przez Odwołującego ceny, a nie odwrotnie. Nie wynikają z nich okoliczności, które mogłyby przekonać Zamawiającego, a wcześniej Odwołującego, o uwzględnieniu w ich ramach kosztów, które Odwołujący usiłuje na swój personel „przerzucić”.

Dokonując oceny złożonych wyjaśnień, Zamawiający nie doszukał się w złożonych ofertach, aby osoby składające oświadczenia potwierdzały, że zapoznały się z załączonym do wyjaśnień wzorem umowy oraz w cenie oferty ujęły dodatkowe koszty wynikające z jej zapisów. Fakt, że ten zakres jest ujęty w zaoferowanej stawce dniówki wynika jedynie z oświadczenia Odwołującego. Zamawiający wskazał, że nie oczekiwał składania oświadczeń, a złożenia merytorycznych wyjaśnień i kalkulacji. Tak złożone wyjaśnienia nie pozwalają Zamawiającemu na weryfikację, czy przedstawiona cena jest ceną prawidłową i realną, gwarantującą wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w SIWZ.

W ocenie Zamawiającego, wbrew temu co podnosi Odwołujący, nie można uznać za prawidłowe złożenie wyjaśnień, w których wykonawca, zamiast przedłożyć własne kalkulacje i uzasadnienie merytoryczne, w jaki sposób wyliczył kwotę, zastępuje tą ocenę ofertą podmiotu trzeciego, bez żadnego dodatkowego wyjaśnienia. Bez refleksji na temat tego, czy zaproponowane przez personel kwoty pozwolą na pokrycie kosztów udziału w realizacji usługi. Przyjęcie za skuteczne takiego zachowania wykonawcy prowadziłyby do sytuacji, w której wykonawca wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zamiast faktycznie wyjaśniać sposób kalkulacji, przedkładałby ofertę uzyskaną od podmiotu trzeciego na przyjętym przez siebie w ofercie do Zamawiającego poziomie.

Zdaniem Zamawiającego, przy ocenie dowodów przedłożonych przez Odwołującego nie można pominąć, że oświadczenia te nie wiążą się z żadnymi konsekwencjami po stronie podmiotów je składających. W sytuacji, gdy dana osoba składa oświadczenie, którego treść budzi wątpliwości, rzetelny wykonawca nie powinien pozostawiać tego bez przeprowadzenia analizy i doprowadzenia do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości - szczególnie gdy zostaje wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W innej bowiem sytuacji działanie Wykonawcy prowadziłyby do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Gdyby w przedmiotowej sprawie Odwołujący chciał udzielić rzetelnych odpowiedzi na postawione przez Zamawiającego pytania, a nie podjął zabiegu polegającego na uplasowaniu siebie w pozycji koordynatora ofert złożonych przez podmioty trzecie i przerzuceniu ciężaru oraz ryzyka prawidłowej kalkulacji na te podmioty, musiałby dojść do przekonania, że nie uwzględnił w złożonej przez siebie ofercie wszystkich kosztów, których poniesienie będzie konieczne, by należycie wywiązać się z obowiązków określonych w SIWZ.

Nie jest tak, jak prezentuje to Odwołujący, że współpraca z personelem na podstawie umowy cywilnoprawnej w ramach działalności gospodarczej nie generuje kosztów związanych np. z ubezpieczeniem, podatkiem, czy bhp. Koszty te są porównywalne z tymi, jakie generuje współpraca na podstawie umowy o pracę. Przyjęcie, że koszty związane z BHP, delegacjami, dojazdami, składkami ZUS, ubezpieczeniami, podatkami, czy też innymi wymienionymi w SIWZ, są ponoszone przez członków personelu, nie oznacza, że w ramach oferowanej ceny za wykonanie przedmiotowego zadania nie powinny być odpowiednio skalkulowane. Nieuwzględnienie tych kosztów w kalkulacji, powoduje, że oferta nie zawiera wszystkich elementów składowych generujących koszty związane z wykonaniem zamówienia, powodując, że koszty związane z wykonaniem zamówienia są pokrywane ze źródeł pochodzących ze środków podmiotów trzecich, a kwota oferty jest sztucznie zaniżona, w celu wyeliminowania konkurencji.

Zamawiający podniósł, że żaden przepis nie zakazuje Zamawiającemu żądania analiz w sytuacji kiedy podstawowy czynnik mający wpływ na cenę to wynagrodzenie personelu, a to Odwołujący przyjmuje w oparciu o oferty podmiotów trzecich. Oczekiwanie, że taka weryfikacja powinna być przeprowadzona jest nie tylko uzasadnione, ale także konieczne. Wykonawca zobowiązany był przeanalizować, czy w ofertach personelu zachowane zostały odpowiednie poziomy kosztów gwarantujące należyłą realizację zamówienia. Przynajmniej w takich oczywistych przypadkach, gdy wykonawca buduje swoją ofertę na podstawie otrzymanych oświadczeń personelu.

Zamawiający podkreślił, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem publicznym, które rządzi się szczególnymi prawami w tym, jak sam Odwołujący podkreśla, zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwą konkurencją. Swoboda kontraktowania, nie zwalnia Odwołującego z obowiązków wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych i przestrzegania zasad związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też nie sposób jest zaakceptować stanowisko Odwołującego. W przedmiotowej sprawie nie ma znaczenia z jaką formą dysponowania mamy do czynienia. Znaczenie ma to, czy zaproponowane stawki za dniówkę są realne oraz czy obejmują wszystkie niezbędne koszty. Tych okoliczności Odwołujący nie wykazał.

Zamawiający nie pomija złożonych dowodów - wskazuje tylko, że te dowody nie stanowią materiału, który pozwoliłby na jednoznaczną ocenę, iż nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Z kolei złożone wyjaśnienia opierają się jedynie na tych dowodach i nie zawierają dodatkowych merytorycznych treści (w tym szczegółowych kalkulacji, których wymagał Zamawiający), co czyni te wyjaśnienia pozornymi.

Nie ma przy tym znaczenia, że w ewentualnym innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego stawka na poziomie zaoferowanym w przedmiotowej sprawie została zaakceptowana. Uwarunkowania i wymagania innego postępowania, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy i złożonych w przedmiotowej sprawie wyjaśnień. W tym przypadku rażąco niskie wynagrodzenia zostały przyjęte niemal w przypadku każdego z członków personelu. Ponadto, nie można wykluczyć, że to właśnie w tym postępowaniu, na które powołuje się Odwołujący, Zamawiający popełnił błąd przyjmując ofertę Odwołującego. Reasumując, w ocenie Zamawiającego, przedłożone przez Odwołującego oświadczenia, nie zwolniły Odwołującego z obowiązku złożenia wyjaśnień i kalkulacji, za pomocą których wykazałby uwzględnienie w kosztach swojej oferty wszystkich elementów koniecznych dla realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Wbrew temu, co podnosi Odwołujący, Zamawiający w przedmiotowym przypadku nie był zobowiązany i uprawniony do ponownego wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Takie wezwanie na gruncie niniejszej sprawy stanowiłoby naruszenie zasad, jakimi rządzi się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponowne wezwanie byłoby uzasadnione, gdyby wezwanie skierowane do Odwołującego było ogólne i mało konkretne, a na gruncie złożonych wyjaśnień powstały dodatkowe wątpliwości. Taka sytuacja nie powstała w przedmiotowym przypadku. Ponowne wezwanie stanowiłoby danie wykonawcy kolejnej szansy na złożenie właściwych wyjaśnień, czyli naprawienie uchybień, których dopuścił się przy pierwszych wyjaśnieniach, Takie działanie byłoby niedopuszczalne. Tym samym nie było podstaw do kontynuowania procedury wyjaśniania RNC.

Zarzut postawiony przez Odwołującego w zakresie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest więc pozbawiony podstaw i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do kwestii podniesionych przez Odwołującego w zakresie wyceny poszczególnych innych elementów wskazanych w wezwaniu, Zamawiający podniósł, że:

- 1) odnośnie zespołu geodetów Zamawiający podniósł, że z SIWZ jasno wynika, że w pozycji 2.2.21. Formularza cenowego wykonawca winien skalkulować wynagrodzenie zespołu geodetów składającego się z min. dwóch osób. Osoby te nie muszą w sposób ciągły pracować wspólnie, jednak charakter pracy geodetów wymusza częściową obecność przynajmniej dwóch osób - stąd Zamawiający wymagał skalkulowania ceny za zespół geodetów obejmujących pracę co najmniej dwóch osób - w przeciwieństwie do pozycji

2.2.20, gdzie należało skalkulować pracę tylko jednego geodety. Pytanie, na które powołuje się Odwołujący dotyczyło właściwości ustalenia liczby dniówek którą Zamawiający uznał za ustaloną na właściwym poziomie. Jednak z odpowiedzi tej nie można wywnioskować, że Zamawiając zmienił wymóg odnośnie ilości osób, które w ramach ceny za tę pozycję mają świadczyć usługę.

2) odnośnie wyjaśnienia Odwołującego w zakresie dniówek dla Personelu w pozycjach 2.2.18, 2.2.19, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26 Zamawiający podniósł, że Odwołujący, w sytuacji precyzyjnego wezwania do złożenia wyjaśnień, nie miał prawa samodzielnie zdecydować o rezygnacji ze złożenia merytorycznych wyjaśnień, w tym zakresie zastępując je lakonicznym oświadczeniem. Fakt, że w pozycjach tych ustalono niewielkie ilości dniówek, nie przesądza, że ceny te nie mają znaczenia dla oceny oferty, szczególnie w sytuacji podejrzenia rażącego zaniżenia ceny. Dodatkowo wskazać należy, że wynagrodzenie za przedmiot zamówienia ma charakter kosztorysowy i ceny jednostkowe niewątpliwie są istotnym elementem, bowiem ilości dniówek mogą ulec zmianie.

3) odnośnie wyposażenia i środków transportu Zamawiający wskazał, że nie podważa w żaden sposób, że Odwołujący posiada odpowiednie środki transportu, łączności, wyposażenia BHP, jednak, dokonując oceny w zakresie rażąco niskiej ceny, ma obowiązek ustalić, czy w cenie konkretnej oferty wykonawca ujął wszystkie koszty wynikające z przedmiotu zamówienia i opisane w SIWZ. W przedmiotowym przypadku do tych kosztów należą też koszty zapewnienia w/w elementów, a tego Odwołujący w sposób przekonujący w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił. Zamawiający podkreślił, że badając rażąco niską cenę, nie ocenia doświadczenia wykonawcy, ani historii współpracy z Zamawiającym. Odnosi się jedynie do treści złożonej w danym postępowaniu: oferty oraz konkretnych wyjaśnień i ocenia te elementy w oparciu o przepisy prawa, mając w szczególności na względzie, że to wykonawca ma udowodnić, że cena jego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej.

4) odnośnie stwierdzenia: „Bezpodstawne jest powyższe oskarżenie, gdyż Dyrektor Techniczny angażuje się nieprzerwalnie w pełnienie funkcji na Kontraktach. Dodatkowo, jeżeli jest konieczność pomocy w prowadzeniu spraw firmowych, wykonuje to wtedy zdalnie. Godziny pracy osoby prowadzącej firmę nie są sztywno ustalone, wynikają z bieżących potrzeb. Przedsiębiorcy mogą pracować zdecydowanie dłużej niż etatowi pracownicy. ” Zamawiający wskazał, że w ramach dniówki nie liczy się tylko „bytność” na budowie, ale faktyczne wykonywanie czynności związanych tylko i wyłącznie z realizacją przedmiotowego zamówienia. Sytuacja, gdy osoba wykonuje inne obowiązki niezwiązane z umową w trybie zdalnym w czasie trwania „dniówki”, stanowiłaby obejście wymagań SIWZ oraz prowadziłaby do nienależytego wykonania Umowy. Nadzór ma dostosować swój czas pracy do czasu pracy Wykonawcy robót. Skoro Zamawiający tak dokładnie sprecyzował czas pracy

posługując się definicją dniówki i półdniówki, to wykonawca powinien dokładnie stosować się do wskazanego wymiaru, w przeciwnym razie stanowiłoby to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

5) Zamawiający przyznał, że usługa nadzoru jest niższa jeśli wartość robót jest niższa, jednak różnica ta zawsze wynika z przyjęcia mniejszej liczby personelu (np. mniej inspektorów drogowych) i/lub mniejszej liczby dniówek adekwatnie do potrzeb. W konsekwencji całkowita cena za usługę jest niższa. Jednak takie przełożenie nie ma zastosowania do ceny jednostkowej za dniówkę, gdyż wymiar czasowy oraz zakres obowiązków poszczególnych osób, biorąc pod uwagę zapisy Kontraktu, są identyczne. Tym samym dokonane przez Zamawiającego porównanie jest właściwe i adekwatne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający uznał zarzut Odwołującego za pozbawiony uzasadnionych podstaw.

Zarzut nieprawidłowej oceny w zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ

Zamawiający sprzeczność złożonej przez Odwołującego oferty z treścią SIWZ dostrzegł w kilku elementach. Zamawiający wskazał, że na gruncie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień można założyć, że Odwołujący:

- a) nie uwzględnił kosztów zastępstwa personelu;
- b) nie uwzględnił kosztów związanych z przeprowadzeniem szkolenia dla personelu, w tym Inżyniera Kontraktu;
- c) założył wykonywanie zadań Inżyniera Kontraktu przez osobę, która w organizacji firmy Odwołującego podlega Prezesowi.

Ad. a) w pkt 16, 17, 18 Istotnych postanowień umowy Zamawiający zawarł wymagania odnośnie obowiązku zapewnienia zastępstw dla osób z Personelu Konsultanta

Z treści złożonych przez Odwołującego się wyjaśnień wynika, że nie uwzględnił on w swojej kalkulacji kosztów związanych z zastępstwem personelu. W zakresie Inspektorów i innych specjalistów, Odwołujący podniósł, że nie będzie ponosił kosztów związanych z organizacją zastępstw, gdyż osoby wchodzące w skład personelu konsultanta to osoby zatrudnione na podstawie umowy cywilnoprawnej i są zobowiązane do zapewnienia zastępstwa we własnym zakresie, w ramach zaproponowanego wynagrodzenia. Z oświadczeń osób personelu nie wynika że zobowiązują się one do zapewnienia w ramach wskazanego w oświadczeniu wynagrodzenia do zapewnienia zastępstwa. Odwołujący usiłuje kreować w tym zakresie treść, która ma pozwolić na ukrycie okoliczności związanej z brakiem oszacowania kosztów zastępstw, które nie są małe. Nawet gdyby uznać w tej części wyjaśnienia Odwołującego za wiarygodne, to z całą pewnością Odwołujący nie uwzględnił kosztów zastępstwa personelu zatrudnionego na umowę o pracę, w wyjaśnieniach nie wskazał tego kosztu. W składanym odwołaniu podnosi, że koszty zastępstwa pracowników biurowych są równe zeru i gdyby powstały może je pokryć z rezerwy. Takie wyjaśnienie jest

spóźnione. Koszty te powinny być uwzględnione i stanowią dla pracodawcy istotny wydatek. Koszty dla jednego pracownika to średnio kwota 281,12 zł przy założeniu ich zatrudnienia na podstawie umowy o pracę z ustaleniem wynagrodzenia na poziomie minimalnym. Koszt ten został pominięty w ofercie Odwołującego, co powoduje, że Odwołujący nie dokonał wyceny wszystkich elementów związanych z zamówieniem, doprowadzając do jej niezgodności z SIWZ.

Ad b) w IDW - Podkryterium 1.4. Szkolenia dodatkowe — dodatkowe punkty zostały przez Zamawiającego przewidziane za przeprowadzenie szkoleń dla Konsultanta.

Odwołujący zaoferował przeprowadzenie szkoleń, przez co otrzymał dodatkowe punkty. Tymczasem złożone przez niego wyjaśnienia wskazują, że koszty związane z obowiązkiem przeprowadzenia tych szkoleń nie zostały przez Odwołującego prawidłowo uwzględnione. Wyjaśnienia Odwołującego w tej kwestii wskazują, że Odwołujący dokonując w zakresie szkoleń kalkulacji oferty kierował się nie zapisami SIWZ dotyczącymi przedmiotowego postępowania, ale praktyką jaką podejmował w trakcie realizacji innych postępowań. Odwołanie się do sytuacji, w której w ramach realizacji innej usługi działanie niezgodne z zapisami SIWZ zostało przez Zamawiającego zaakceptowane nie sanuje błędu, jaki w przedmiotowym przypadku popełnił Odwołujący.

W związku z tym, że w przedmiotowym przypadku, okoliczność związana z nieprawidłowym skalkulowaniem kosztów szkoleń, zostały zauważone już na etapie oceny ofert, rodzą one konieczność odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Zauważyć przy tym należy, że Odwołujący zobligowany został do wyjaśnienia, gdzie zostały przez niego ujęte koszty szkoleń dla zespołu. Wyjaśnienia są niespójne. Odwołujący oświadcza, że: „Szkolenia dla zespołu będą odbywały się zgodnie z zadeklarowanym kryterium pozacenowym w formularzu 2.2 Ich koszt, ze względu na przeprowadzenie ich przez przyszłego Inżyniera Kontraktu został skalkulowany w pozycji 2.1.1”. Oznacza to, że szkolenia są odpłatne i Inżynier Kontraktu uwzględnił rzekomo koszty szkoleń w swoim wynagrodzeniu, czyli w cenie 180zł za dniówkę. Szkolenia prowadzone przez Inżyniera dla pozostałego personelu nie mogły być jednak ujęte w „dniówce” Inżyniera, czy też pokryte z tego wynagrodzenia, gdyż w czasie kiedy Inżynier nie pracuje na rzecz Zamawiającego, tylko prowadzi szkolenia dla personelu, nie otrzymuje za ten czas zapłaty. Ponadto zaznaczyć należy, że Inżynier Kontraktu wchodzi w skład Ekspertów Kluczowych. Z wyjaśnień Odwołującego wynika, że nie przewidział kosztów związanych ze szkoleniem Inżyniera.

Ad c) w SIWZ — Istotne postanowienia umowy §11 Zamawiający wskazał, że „13a. Osoby stanowiące Personel Konsultanta nie będą pełniły funkcji nadrzędnych w stosunku do osoby Inżyniera w schemacie organizacyjnym firmy Konsultanta”.

Wymaganie powyższe jest spowodowane doświadczeniami Zamawiającego w toku realizacji usług nadzoru, w których osoba pełniąca funkcję Inżyniera Kontraktu nie miała możliwości zachowania niezależności i podejmowania decyzji zgodnie z warunkami FIDIC i interesem Zamawiającego, gdyż podporządkowana bieżącej polityce firmy wykonawcy oraz podejmowanych przez zarząd decyzjom, była ograniczona w swoich działaniach, a jej funkcja została sparaliżowana, co powodowało powstanie szkody po stronie Zamawiającego.

Jak wskazał w swoich wyjaśnieniach Odwołujący, na stanowisko Inżyniera Kontraktu zaplanował skierować p. M. M.-B., natomiast p. J. B. Prezes Zarządu został zaproponowany na stanowisko Specjalisty ds. Roszczeń, czyli de facto członek personelu podległy Inżynierowi.

Biorąc pod uwagę ustalony dla Odwołującego sposób reprezentacji, prowadzenie bieżących spraw spółki należy do p. J. B. Pani M. M.-B., jest co prawda w takim samym stopniu właścicielką firmy, ale to nie ona decyduje o sposobie prowadzenia spraw spółki i nie wykonuje czynności związanych z jej bieżącą działalnością. Pełniąc funkcję prokurenta, podlega wytycznym, decyzjom zarządu.

Zgodnie z KRS spółki Odwołującego do reprezentowania spółki upoważniony jest komplementariusz, tj. ARCUS sp. z o.o. działająca zgodnie z zasadami reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością określonymi przepisami kodeksu spółek handlowych oraz umową spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Spółka reprezentowana jest w przypadku zarządu jednoosobowego, czy też wieloosobowego przez każdego z członków zarządu samodzielnie. Zapisy te powodują, że do reprezentowania Spółki oraz do składania oświadczeń w zakresie jej praw i obowiązków, a także do decydowania o sposobie prowadzenia bieżących spraw spółki powołany jest p. J. B., który na kontrakcie pełni rolę podległą Inżynierowi Kontraktu.

Zamawiający wskazał, że fakt iż proponowana osoba posiada odpowiednie kwalifikacje, nie zwalnia innych uwarunkowań określonych w SIWZ.

Zarzuty Odwołującego także w powyższym zakresie nie znajdują podstaw i nie zasługują na uwzględnienie ich w jakiegokolwiek części. Dlatego też wnoszę o oddalenie ich w całości.

Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający wskazał, że działania Zamawiającego były prawidłowe i nie ma podstaw do ich kwestionowania w powyższym zakresie. Zarzuty odwołania są chybione, a dokonany przez Zamawiającego wybór oferty jest prawidłowy.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony

i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „nPzp”.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 nPzp) podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nPzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne oraz zgodnie z art. 537 ust. 1 nPzp, który wskazuje, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: INKO Consulting Sp. z o.o., MP Consulting Sp. z o.o., skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 3 Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę oraz pominięcie, że Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia, przedstawił dowody, przedłożył kalkulację cenową i dokonał jej wyjaśnienia, a tym samym wykazał, że cena oferty nie jest

rażąco niska.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez Odwołującego do akt sprawy w zakresie okoliczności dotyczących tego zarzutu. Izba zważyła przy tym, że dla oceny zasadności kwestionowanych przez Odwołującego czynności Zamawiającego istotne znaczenie mają wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień, dotyczące każdorazowo konkretnej sprawy, w warunkach danego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do oceny konkretnych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w danym postępowaniu, a przy tym nie może usprawiedliwiać stwierdzonych braków i ogólnikowości tych wyjaśnień okolicznościami, które miały miejsce w innych postępowaniach, nawet dotyczących ofert składanych przez tego samego wykonawcę.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy usługi o szczególnym charakterze, tj. usługi nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót budowlanych oraz zarządzania Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania „Budowa drogi krajowej DK75 na odcinku Brzesko - Nowy Sącz odc. I - II etap „Łącznika Brzeskiego”. Sposób wykonywania tej usługi bezpośrednio przekłada się na realizację ww. Kontraktu w zakresie robót budowlanych, gdyż oba powyższe zadania są ściśle ze sobą powiązane.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia, która powiększona o należny podatek od towarów i usług stanowi kwotę 6.084.379,50 zł.

W przedmiotowym postępowaniu wzięło udział 14 firm, przy czym, jak wyjaśnił Zamawiający, w 12 ofertach zaoferowane wynagrodzenie personelu kluczowego nie stwarzało podstaw do oceny, iż ma ono charakter rażąco zaniżonego.

Odwołujący zaoferował cenę za wykonanie zamówienia w wysokości 3.820.306,20 zł, przy czym średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 5.840.134.11 zł.

Z powyższego porównania wynika, że cena oferty Odwołującego jest o 37,21 % niższa od wartości zamówienia oraz o 34,59 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Okoliczności powyższe nie były kwestionowane przez Odwołującego.

Wystąpienie powyższych okoliczności, zgodnie z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego oraz skutkuje powstaniem domniemania, że cena tej oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany w takim przypadku do wyeliminowania jakiegokolwiek ryzyka związanego z zaniżeniem ceny oferty poniżej rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, które dany wykonawca będzie musiał ponieść na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz wynikającymi z powszechnie obowiązujących przepisów. Sytuacja powyższa skutkuje także

dla wykonawcy, stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązkiem wykazania za pomocą wyjaśnień i dowodów, że cena jego oferty jest adekwatna do warunków i możliwości dostępnych temu wykonawcy, pozwalających w sposób wymierny obniżyć cenę oferty w stosunku do przeciętnych cen występujących na rynku.

W związku z wypełnieniem się przesłanek do zastosowania procedury wyjaśnień, pismem z dnia 18 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty - w celu ustalenia czy istotne części składowe oferty, zawierają rażąco niską cenę oraz czy uwzględniają one wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Zamawiający zwrócił się także o przedstawienie szczegółowej kalkulacji dla wszystkich pozycji Formularza Cenowego, ze szczególnym uwzględnieniem wskazanych w wezwaniu określonych elementów, co do których Zamawiający powziął szczególne wątpliwości.

W zakresie dotyczącym rozliczenia dniówkowego, Zamawiający wskazał na powzięte wątpliwości w odniesieniu do cen jednostkowych podanych w Formularzu Cenowym:

- 2.1. Eksperci kluczowi dla poz. 2.1.1 na kwotę 220,00 zł, dla poz. 2.1.2 na kwotę 170,00 zł, dla poz. 2.1.3 na kwotę 170,00 zł oraz dla pozycji 2.1.4 na kwotę 250,00 zł
- 2,2, Inni eksperci dla poz. 2.2.1 - 2.2.6, 2.2.8-2.2.19 na kwotę 170,00 zł netto, 2.2.21 na kwotę 250 zł, 2.2.22- 2.2.16 na kwotę 170 zł.

Zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień wraz z przedłożeniem dowodów „np. w postaci kalkulacji cenowej z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych w odniesieniu do każdej z ww. w tabeli pozycji”, formułując szczegółowe pytania w odniesieniu do wskazanych pozycji.

W zakresie rozliczenia miesięcznego, Zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień wraz z przedłożeniem dowodów „np. w postaci kalkulacji cenowej z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych w odniesieniu do każdej z ww. w tabeli pozycji”, powołując się na szczegółowe postanowienia SIWZ w tym zakresie oraz j.w. formułując szczegółowe pytania do wykonawcy.

Mając na uwadze złożone przez Odwołującego deklaracje w zakresie kryteriów pozacenowych Zamawiający zwrócił się o podanie, w jakiej wysokości zostały przyjęte koszty związane z podkryterium 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 i w których pozycjach zostały one uwzględnione.

Zamawiający wezwał także do złożenia informacji na temat sposobu uwzględnienia przez Odwołującego elementów mających wpływ na cenę oferty ogółem, w szczególności w kwestiach wskazanych szczegółowo w treści wezwania, ale również w innych, które w ocenie wykonawcy są istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe,

sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień nie miało zatem charakteru szablonowego, ogólnego lecz konkretnie wskazywało na obszary, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego i wymagały wyjaśnienia. Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowych wyjaśnień oraz kalkulacji i dowodów, uzasadniając szczegółowo przyczyny powstałych wątpliwości.

Skonkretyzowane wezwanie skierowane do Odwołującego zrodziło po jego stronie obowiązek przedstawienia odpowiednich wyjaśnień, pozwalających na weryfikację zaferowanej ceny oraz przyjętych przez Odwołującego założeń do kalkulacji kosztów, pozwalających na potwierdzenie i przekonujących Zamawiającego, że wszystkie wymagania określone w SIWZ, gwarantujące wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie, zostały przez Odwołującego uwzględnione w złożonej ofercie i prawidłowo wycenione. Zauważyć należy, że wszystkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia muszą być uwzględnione w cenie oferty i pokrywane z wynagrodzenia uzyskiwanego od Zamawiającego, gwarantując wykonawcy osiągnięcie przy tym godziwego zysku, który jest celem ubiegania się o zamówienie publiczne.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 4 grudnia 20220 r. do którego załączył dokumenty, na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny oferty. W odniesieniu do poszczególnych osób proponowanych w skład Personelu Kluczowego Odwołujący wskazał m.in., że ustalenie stawki na preferencyjnych warunkach wynika z długoletniej współpracy z tymi osobami oraz fakt pełnienia przez wskazane osoby dodatkowych funkcji. Odwołujący załączył oferty cenowe poszczególnych osób. Oferty te zawierają ogólne oświadczenie, że „powyższa oferta obejmuje szkolenia, zakwaterowanie j delegacje, wyposażenie BHP, transport oraz wszelkie inne niezbędne koszty wynikające ze sprawowania przedmiotowej funkcji”.

Dla żadnej z osób z Personelu Kluczowego Odwołujący nie złożył merytorycznych wyjaśnień wskazujących czy i w jakiej wysokości w przyjętej cenie jednostkowej uwzględnione zostały koszty wyposażenia BHP, transportu, urlopów (w tym zapewnienia zastępstwa) i wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tej osoby. W tym zakresie odwołał się jedynie do przedstawionych ofert wskazując, że „Ze względu na charakter przewidywanych do podpisania umów tj. umowy z osobami prowadzącymi działalność gospodarczą/spółki, w ofercie FI ARCUS nie mają zastosowania koszty takich czynników jak zakwaterowania, delegacje, wyposażenie bhp, transport, urlopy” oraz wskazując, że „W ramach oferowanych cen Inspektorzy oraz inni specjaliści będą korzystali z własnych środków transportu, telefonu komórkowego oraz osobistego wyposażenia BHP.” Tym samym Odwołujący przerzucił na wskazane osoby koszty, nie wynikające z treści

złożonych ofert cenowych. Zgodnie z wyjaśnieniami: „FI ARCUS nie poniesie kosztów związanych z zastępstwem Inspektorów i innych Specjalistów, z wyłączeniem osób zatrudnionych na Umowę o pracę ( personel biurowy oraz personel pomocniczy), gdyż wymieniony Personel w ramach zwartych umów, zobowiązany będzie do zapewnienia sobie zastępstwa w przypadku urlopu lub choroby.”

Najniższa stawka dla personelu deklarowana w Formularzu Cenowym przez Odwołującego wynosi 170 zł netto dla osoby pracującej 8 godzin dziennie tj. 21,25 zł/ h netto. Co prawda jest to stawka wyższa od wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020r. oraz w 2021r., jednak Odwołujący nie wykazał, że stawka ta, po odjęciu zysku wykonawcy ujętym we wskazanych cenach jednostkowych, uwzględnia wszelkie koszty towarzyszące, w tym narzuty na wynagrodzenie w zakresie obciążającym zleceniodawcę. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie stosownego wyliczenia., Tym samym nie sposób ocenić na podstawie przedłożonych dokumentów oraz wyjaśnień czy przyjęta stawka za dniówkę jest zgodna z obowiązującymi przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W zakresie wynagrodzenia dla zespołu weryfikatorów dokumentacji projektowej (pozycja FC: 2.2.1-2.2.6), Inspektorów Nadzoru (pozycja FC: 2.2.8-2.2.12), Specjalistów (pozycja F-c: 2.2.13-2.2.17), Prawnika (pozycja F-c: 2.2.22), Archeologa (pozycja FC: 2.2.23) Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach ograniczył się do stwierdzenia, że kalkulację wynagrodzeń oparł na ofertach cenowych złożonych przez osoby wskazane do pełnienia danej funkcji bądź podmioty, które te usługi oferują, wskazując ogólnie, że „oferta obejmuje wszelkie niezbędne koszty wynikające ze sprawowania przedmiotowej funkcji” lub „oferta obejmuje szkolenia, zakwaterowanie i delegacje, wyposażenie BHP, transport oraz wszelkie inne niezbędne koszty wynikające ze sprawowania przedmiotowej funkcji”.

W zakresie wynagrodzenia dla Geodety oraz Zespołu Geodety 2.2.20-2.2.21 FI ARCUS Odwołujący stwierdził jedynie w wyjaśnieniach, że kalkulację wynagrodzeń oparł na ofercie cenowej złożonej firmę geodezyjną, zgodnie z którą do obsługi geodezyjnej skierowane mają być trzy osoby, w tym dla geodety zaoferowano kwotę 250 zł netto za dniówkę, a dla zespołu geodetów kwotę 200 zł netto za dniówkę.

W zakresie wynagrodzenia dla Personelu w pozycjach 2.2.18, 2.2.19, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26 wyjaśnienia Odwołującego polegały na stwierdzeniu, że oddelegowane do pełnienia funkcji na w/w stanowiskach osoby to osoby „pracujące na co dzień w biurze FI ARCUS. W przypadku poniesienia kosztów w wysokości wyższej niż 160,00 zł netto/za dniówkę, zostaną one zakwalifikowane jako koszty ogólne prowadzenia działalności FI ARCUS i nie będą miały wpływu na przedmiotową wycenę.” Odwołujący nie przedstawił wyliczeń dotyczących kosztów ich wynagrodzenia.

W stosunku do żadnej z wymienionych w wezwaniu pozycji dotyczących Innych Ekspertów Odwołujący nie odpowiedział merytorycznie na zadane przez Zamawiającego w wezwaniu pytania. W przedłożonych ofertach natomiast wskazano jedynie ogólnie, że cena obejmuje wszelkie niezbędne koszty wynikające ze sprawowania przedmiotowej funkcji.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że w świetle treści skierowanego do Odwołującego wezwania do wyjaśnień, złożone przez Odwołującego wyjaśnienia jawią się jednoznacznie jako sformułowane w sposób bardzo ogólny, hasłowy i wręcz pobieżny. Zawierają one w znacznej części informacje, które nie są wystarczające dla wykazania, że cena oferty i poszczególne składniki tej ceny zostały skalkulowane w sposób prawidłowy i odpowiadający wymaganiom SIWZ. Za niewystarczające wyjaśnienie w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny należy bowiem uznać ogólne powołanie się przez Odwołującego na wieloletnie doświadczenie wykonawcy i długoletnią współpracę z kadrami, którą zamierza skierować do wykonania przedmiotowego zamówienia, bez wykazania ekonomicznych efektów powyższych okoliczności, tj. wykazania, że okoliczności te realnie (w sposób wymierny) pozwalają na obniżenie ceny oferty (wynagrodzenia wykonawcy). Ani długoletnia współpraca i stały skład osobowy, ani doświadczenie w realizacji zadań na rzecz Zamawiającego, ani doświadczenie wykonawcy nie wyróżniają bowiem Odwołującego na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży i biorących udział w postępowaniu. Nie są to przymioty, które dostępne są wyłącznie Odwołującemu i pozwalają osiągnąć przewagę konkurencyjną, tak znaczną, aby umożliwiła ona wykonanie zamówienia za ok. 65% przeciętnych rynkowych kosztów. Odwołujący nie wykazał szczególnego ekonomicznego wymiaru powołanych czynników.

W zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia oraz wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, Odwołujący wskazał na wykwalifikowaną kadrę, posiadany i zamortyzowany wysokiej jakości sprzęt biurowy oraz komputery wraz z oprogramowaniem oraz oświadczył m.in., że „nie poniesie kosztów zakupu wyposażenia biura, gdyż w ostatnim czasie zostało zakończone zadanie...”. Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie szczegółowych wyjaśnień i dowodów.

Odwołujący nie wykazał także, jaki wymierny wpływ na cenę dniówki personelu ma wewnętrzny system zarządzania Odwołującego.

Przedłożony przez Odwołującego załącznik nr 18 „Finansowa tabela zbiorcza” nie zawiera danych dotyczących kalkulacji cen jednostkowych i ogranicza się do ogólnych przeliczeń matematycznych.

Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, że w świetle przepisów Pzp przedłożone przez Odwołującego oświadczenia personelu, który będzie zaangażowany do realizacji zamówienia (tzw. oferty), zwalniają wykonawcę z obowiązku przedstawienia szczegółowych kalkulacji poszczególnych elementów składających się na

ofertę. Przedłożone przez Odwołującego w ramach złożonych wyjaśnień materiały pomijają szereg zagadnień wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu, w którym Zamawiający zgłosił wątpliwości co do konkretnych pozycji cenowych, w szczególności dotyczących wynagrodzenia personelu. Odwołujący, chcąc prawidłowo wywiązać się z obowiązku w zakresie wyjaśnień, powinien przynajmniej uwiarygodnić kwoty wynikające z oświadczeń, poprzez przedstawienie kalkulacji, pozwalających na jednoznaczne i wiarygodne potwierdzenie, że faktycznie wszystkie koszty, jakie w zaoferowanej przez danego członka personelu stawce, mają się mieścić, zostały uwzględnione. Z treści złożonych wyjaśnień nie wynika, że Odwołujący zweryfikował prawidłowość i wiarygodność zawartych w tych oświadczeniach kwot, a tym samym należy uznać, że bezkrytycznie oparł się na nich przedstawiając wycenę swojej oferty.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że przyjęcie za skuteczne powyższego sposobu wyjaśnienia ceny oferty, która została objęta domniemaniem rażąco niskiej, prowadziłyby do sytuacji, w której wykonawca wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zamiast faktycznie wyjaśniać sposób kalkulacji oferty, mógłby przedłożyć jedynie ogólną ofertę uzyskaną od podmiotu trzeciego, bez przedstawiania kalkulacji tej ceny. W ocenie Izby, tego rodzaju działanie prowadziłyby do nieuprawnionego obejścia obowiązku wynikającego z przepisów art. 90 ust. 1, ust. 1a i ust. 2 Pzp, a także zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp. To wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do wykazania, że uwzględnione są w cenie oferty wszystkie konieczne koszty, niezależnie od tego, czy koszty te *de facto* zostały przesunięte w ramach wynagrodzenia - na osoby współpracujące z wykonawcą przy realizacji zamówienia.

Jak wykazał Zamawiający, Odwołujący w niniejszym postępowaniu zaniżył stawki wynagrodzeń dla Personelu, a przez to także globalną wartość oferty nawet w stosunku do oferowanych przez niego w innych podobnych postępowaniach. Przyjmując, że dana osoba, zgodnie z przedłożoną ofertą, będzie pracowała za stawkę 160 zł/dniówkę to uzyska miesięczne wynagrodzenie w wysokości ok. 3520,00 zł (22 dni robocze w miesiącu po 8 godzin dziennie), podczas gdy zgodnie z danymi GUS z września 2020 r., przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w branży budowlanej wynosi 5 398 zł, tymczasem osoby wskazane przez Odwołującego należą do kadry wysoko wykwalifikowanej, co w sposób racjonalny i obiektywny powinno mieć odzwierciedlenie w ich wynagrodzeniach.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w przedmiotowym przypadku nie był ani zobowiązany, ani uprawniony do ponownego wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Takie wezwanie na gruncie niniejszej sprawy stanowiłoby naruszenie zasad, zgodnie z którymi toczy się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od

tego samego wykonawcy jest dopuszczalne wówczas, gdy wyjaśnienia złożone na wcześniejsze wezwanie Zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Ponowne żądanie wyjaśnień nie może jednak prowadzić do umożliwienia wykonawcy złożenia nowych wyjaśnień dotyczących zakresu, który został pominięty przez wykonawcę w pierwotnych wyjaśnieniach. Ponowienie wezwania do wyjaśnień nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zamawiający nie ma też obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego wiarygodnych dowodów. W takim przypadku należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązał się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, ciężaru dowodu, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym m.in. w zakresie skierowania Prezesa Odwołującego na stanowisko specjalisty ds. roszczeń, tj. w sposób sprzeczny z treścią wzoru umowy.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez Odwołującego do akt sprawy w zakresie okoliczności dotyczących tego zarzutu. Izba zważyła przy tym, że takie okoliczności, jak doświadczenie i kwalifikacje p. M. M.-B. lub doświadczenie Odwołującego nie były kwestionowane przez Zamawiającego. Wykaz osób Przystępującego w niniejszym postępowaniu przetargowym, Wykaz pełnienia funkcji inżyniera przez p. M. P. oraz KRS INKO Consulting i KRS MP Consulting dotyczące p. M. P. Izba uznała za nieprzydatne do rozstrzygnięcia tej sprawy, wobec faktu, że sytuacje dotyczące p. M. P. i p. M. M.-B. nie są tożsame w kontekście postanowienia IPU, a dodatkowo, że postanowienie zawarte w § 11 ust. 13a IPU występuje w realizowanych przez Zamawiającego przetargach od 2019 r., w związku z czym w latach 2015-2017 nie mogła wystąpić analogiczna sytuacja, jak w niniejszym postępowaniu.

Jak wynika z omówionych już powyżej wyjaśnień Odwołującego, nie uwzględnił on w ofercie kosztów zastępstwa personelu, wobec czego zasadne jest uznanie, że oferta nie obejmuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ, stosownie do postanowień §11 ust. 16, 17, 18 IPU, gdzie Zamawiający zawarł wymagania odnośnie obowiązku zapewnienia zastępstw dla osób z Personelu Konsultanta.

Z treści oświadczeń przedłożonych przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami nie wynika, że wskazane osoby zobowiązują się do zapewnienia w ramach wskazanego w oświadczeniu wynagrodzenia do zapewnienia zastępstwa. Wyjaśnienie Odwołującego, że

„nie poniesie kosztów związanych z zastępstwem Inspektorów i innych Specjalistów, z wyłączeniem osób zatrudnionych na Umowę o pracę (personel biurowy oraz personel pomocniczy), gdyż wymieniony Personel w ramach zwartych umów, zobowiązany będzie do zapewnienia sobie zastępstwa w przypadku urlopu lub choroby.” nie znajduje potwierdzenia w treści ogólnych oświadczeń wskazanych osób oraz w szczególności nie dotyczy osób „pracujących na co dzień w biurze”. Odwołujący nie wykazał też w kalkulacji, że uwzględnił koszty zastępstwa personelu zatrudnionego na umowę o pracę.

Odwołujący nie uwzględnił w ofercie przeprowadzenia szkolenia dla personelu - Inżyniera Kontraktu, stosownie do wymagania zawartego w IDW - Podkryterium 1.4. Szkolenia dodatkowe. Jak wynika z treści wezwania do wyjaśnień, Odwołujący zobligowany został do wyjaśnienia, gdzie zostały ujęte koszty szkoleń dla zespołu.

W swoich wyjaśnieniach odnośnie zaoferowanych szkoleń Wykonawca przepisał zakres szkoleń Podkryterium 1.4. i poinformował że będą prowadzone przez osobę delegowaną na stanowisko Inżyniera Kontraktu. Odwołujący nie podał kosztów szkoleń, a jedynie oświadczył, że Inżynier Kontraktu zadeklarował przeprowadzenie szkoleń w ramach swojego wynagrodzenia (tj. dniówki 180,00 zł), więc nie będą one generowały dodatkowych kosztów. Tymczasem, Inżynier Kontraktu stanowi jedną z osób wchodzących w skład Ekspertów Kluczowych — stąd zaoferowane szkolenie powinno być dedykowane również tej osobie.

Wobec powyższego, nie ma wątpliwości, że Odwołujący w złożonej ofercie nie uwzględnił co najmniej szkolenia (i jego kosztów) dla Inżyniera Kontraktu.

Ponadto, Odwołujący założył w ofercie skierowanie Prezesa Firmy na stanowisko Specjalisty ds. roszczeń, co jest niezgodne z postanowieniem IPU w § 11 ust 13a, zgodnie z którym osoby stanowiące personel Konsultanta nie mogą pełnić funkcji nadrzędnych w stosunku do osoby Inżyniera w schemacie organizacyjnym firmy Konsultanta. Zgodnie z informacjami wskazanymi w wyjaśnieniach, p. J. B. jest Prezesem Zarządu Spółki Odwołującego, co oznacza, że jest wyżej postawiony w strukturze organizacyjnej firmy niż p. M. M.-B., która pełni w Spółce funkcję Dyrektora Technicznego oraz prokurenta oraz została wskazana do wykonywania zadań Inżyniera Kontraktu. Zgodnie z KRS Spółki Odwołującego, do reprezentowania Spółki upoważniony jest komplementariusz, tj. ARCUS sp. z o.o. działająca zgodnie z zasadami reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością określonymi przepisami kodeksu spółek handlowych oraz umową spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Spółka Arcus z o.o. reprezentowana jest w przypadku zarządu jednoosobowego, czy też wieloosobowego przez każdego z członków zarządu samodzielnie. W świetle powyższego, to Prezes Zarządu tej Spółki decyduje o sposobie prowadzenia spraw Spółki Odwołującego i wykonuje czynności związane z jej bieżącą działalnością. Zarówno Dyrektor Techniczny, jak i Prokurent podlegają wytycznym i decyzjom Zarządu, co

stwarza zagrożenie dla niezależności Inżyniera Kontraktu łączącego tę funkcję z pełnionymi funkcjami w firmie.

W konsekwencji niepotwierdzenia się omówionych powyżej zarzutów, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 nPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....