

Sygn. akt: KIO 1459/21

WYROK

z dnia 21 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska
Anna Kuszel-Kowalczyk
Luiza Łamejko**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2021 r. przez wykonawcę: **SAFEGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 15-27, 92022 Nanterre CEDEX** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum w składzie: BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k., Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1459/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu:

- nr 1 odwołania, tj. naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. z dnia 29 czerwca 2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Konsorcjum w składzie BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k., Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC**

Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt 7.2 ppkt 3) lit. a SIWZ;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu nr 2 odwołania, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum w składzie BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k., Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie;
- zarzutu nr 3 odwołania, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum w składzie BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k., Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie.

i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum w składzie BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k., Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum w składzie: BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k., Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów, i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SAFEGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 15-27, 92022 Nanterre CEDEX** tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum w składzie: BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k., Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów** na rzecz wykonawcy: **SAFEGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 15-27, 92022 Nanterre CEDEX** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1459/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Lublin - Lubartów od węzła „Lubartów Północ” (wraz z węzłem) do węzła „Lublin Rudnik” (bez węzła)”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 listopada 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 222-545343.

W dniu 6 maja 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum BBC Best Building Consultants spółka z o.o. sp.k., Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Zawierciu, zwane dalej „Konsorcjum BBC”, jako najkorzystniejszej.

Wykonawca, SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) wniósł odwołanie w dniu 17 maja 2021 r. w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), dalej „nPzp”, niemniej jednak, zgodnie z art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), zarzuty sformułował, przyjmując za podstawę przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), dalej „Pzp” na podstawie art. 92 ust. 2 ww. przepisów wprowadzających.

Odwołujący zarzucił naruszenie w postępowaniu następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. z dnia 29 czerwca 2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego –

Konsorcjum BBC do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt 7.2 ppkt 3) lit. a SIWZ, mimo iż przedstawione w odpowiedzi na wezwanie dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia zgodnie z ww. przepisem rozporządzenia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BBC mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 -3 Pzp, a w konsekwencji cena oferty Konsorcjum BBC jest ceną rażąco niską;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum BBC, mimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
3. odrzucenia oferty Konsorcjum BBC;
4. ewentualnie wezwania Konsorcjum BBC do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, którego oferta pod względem punktacji podanej w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej została sklasyfikowana na drugim miejscu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Prawidłowe działania Zamawiającego powinny prowadzić do wykluczenia Konsorcjum BBC z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań opisanych w SIWZ. W takim przypadku szanse na uzyskanie zamówienia miałyby Odwołujący. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą zatem do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu uzyskania zamówienia publicznego.

I. Zarzut dotyczący spełniania warunku udziału w postępowaniu - doświadczenie.

Zgodnie z pkt 7.2 ppkt 3) lit. a SIWZ, Zamawiający w celu wykazania przez wykonawców spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymagał następującego doświadczenia:

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

- 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub

ulicy min GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000, 00 PLN netto;

- 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków (...)"

W pkt 9.7 ppkt 1) lit.c) SIWZ wskazano, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wykonawca powinien na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przedłożyć:

„wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert"

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, Konsorcjum BBC przedstawiło wykaz usług, w którym na potwierdzenie spełniania sformułowanego w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazano usługę na pełnienie nadzoru nad realizacją zadania pn.: *„Budowa drogi ekspresowej 5-7 na odcinku granica województw mazowieckiego i świętokrzyskiego - węzeł drogowy - kolejowy w Skarżysku - Kamienna”*.

Na potwierdzenie należytego wykonania ww. usługi Konsorcjum BBC przedstawiło oświadczenie własne, iż usługa była zrealizowana należycie oraz Świadcstwo Przejęcia Robót z dnia 2 czerwca 2020 r. Żaden z ww. przedstawionych dokumentów nie potwierdza należytego wykonania prac zgodnie z §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Złożone oświadczenie własne Konsorcjum BBC ogranicza się do lakonicznego potwierdzenia należytego wykonania. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał ani nawet nie podjął próby uprawdopodobnienia, że zgodnie z §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie mógł uzyskać poświadczenia

należytego wykonania od odbiorcy usług, podczas gdy składanie oświadczenia własnego przez wykonawcę, zamiast dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia pochodzących od odbiorców prac, stanowi wyjątek od zasady ogólnej i nie może być interpretowane w sposób rozszerzający. Posiłkowanie się przez wykonawcę oświadczeniem własnym zamiast referencją lub innym dowodem wymaga udokumentowania wystąpienia obiektywnych przyczyn, które uniemożliwiły uzyskanie oświadczenia oraz przedstawienie dowodów potwierdzających podjęcie działań mających na celu ich pozyskanie. Z dokumentacji postępowania udostępnionej przez Zamawiającego wynika, że Konsorcjum BBC tych obiektywnych okoliczności nie wykazało.

Złożone przez Konsorcjum BBC Świadcstwo Przejęcia Robot z dnia 2 czerwca 2020 r. dotyczy robót budowlanych wykonanych przez Budimex S.A., które były nadzorowane przez Konsorcjum BBC, a nie usług nadzoru świadczonych przez ten podmiot. Świadcstwo Przejęcia Robót stanowi potwierdzenie wykonania robót budowlanych, a nie usług Konsorcjum BBC, który był Inżynierem Kontraktu/Konsultantem na ww. inwestycji. Świadcstwo Przejęcia zostało podpisane przez Pana J. S. działającego z ramienia Inżyniera Kontraktu (Konsorcjum BBC) i nie potwierdza należytego wykonania zamówienia opisanego w wykazie usług złożonego w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że usługa nadzoru nad realizacją zadania pn.: *„Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku granica województw mazowieckiego/ świętokrzyskiego - węzeł drogowy - kolejowy w Skarżysku - Kamienna”* była podawana przez Konsorcjum BBC również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których Krajowa Izba Odwoławcza uznawała składane w tym zakresie dokumenty m.in. Świadcstwo Przejęcia Robót z dnia 6 czerwca 2020r. za niewystarczające - por, wyrok Izby w sprawie KIO 321/21.

Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego, w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia na Konsorcjum BBC zostały nałożone kary umowne, co świadczy o tym, iż odbiorca usługi, który jak wynika z praktyki wystawia tego typu poświadczenia, nie może potwierdzić należytego wykonania usług przez Konsorcjum BBC.

II. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny i niezgodności oferty Konsorcjum BBC z SIWZ.

W toku postępowania Zamawiający trzykrotnie wzywał Konsorcjum BBC do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny - wezwania z dnia 4 stycznia 2021 r., z dnia 20 stycznia 2021 r., z dnia 9 lutego 2021 r. Treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum BBC w dniu 13 stycznia 2021 r., jak i w odpowiedzi na kolejne wezwania potwierdza, że oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona jako zawierająca cenę rażąco niską. Szczególnie odpowiedź na pierwsze wezwanie do wyjaśnienia ceny jest lakoniczna, ogólnikowa, a tym samym w żaden sposób nie potwierdza realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał na brzmienie art. 90 Pzp oraz domniemanie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień, którego

ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy.

Konsorcjum BBC zobowiązane było zatem do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, że zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które uzasadniają zniżenie ceny oferty. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

Obowiązkiem Zamawiającego była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (np. ofertą handlową).

W treści wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 4 stycznia 2021 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w odniesieniu do kalkulacji całej ceny ofertowej, jak również sformułował szczegółowe pytania do wykonawcy dotyczące kalkulacji poszczególnych pozycji Formularza Cenowego. Zamawiający podkreślił, że oczekuje wyjaśnień m.in. w następującym zakresie:

a. Poz. 1.1 Formularza Cenowego „*Biuro Konsultanta*” - zaoferowana przez Konsorcjum BBC cena za jeden miesiąc to 2500 zł. Zamawiający wskazał m.in. że oczekuje złożenia dowodów, wskazania lokalizacji biura Konsultanta na okres prowadzenia i realizacji robót wraz z wykazaniem, że spełniony jest wymóg lokalizacji w określonej odległości. Dodatkowo, o Zamawiający poprosił o *„przedstawienie, w jaki sposób została skalkulowana cena jednostkowa uwzględniając wymagania OPZ, tj. rozbitcie ceny jednostkowej na poszczególne składniki. tj.:*

- *koszty zainstalowania wszystkich niezbędnych urządzeń, sprzętu, instalacji, dróg dojazdowych i wewnętrznych, miejsc parkingowych, wyposażenia biura i zabezpieczeń,*

- *koszty eksploatacyjne związane z użytkowaniem biura - m.in. opłaty za energię elektryczną, internet, usługi telekomunikacyjne, ogrzewanie, klimatyzację, wodę, wywóz nieczystości, śmieci, odprowadzanie ścieków, ochronę mienia, dzierżawę terenu, opłaty za wynajem pomieszczeń, koszty środków transportu,*
- *koszty usunięcia wszystkich urządzeń, instalacji, dróg dojazdowych i wewnętrznych, biur, placów, zabezpieczeń, oczyszczenie terenu i doprowadzenie do stanu pierwotnego (jeśli to konieczne),*
- *koszty ubezpieczeń.*”

b. analogiczne zapytanie zostało sformułowane do poz. 1.3 Formularza Cenowego: „*Biuro Zamawiającego*” - Zamawiający w wezwaniu wskazał m.in., że oczekuje wskazania lokalizacji biura oraz rozbicia ceny jednostkowej na poszczególne składniki wraz ze wskazaniem kosztów zakupu, dostarczenia, zainstalowania lub dzierżawy zaplecza Zamawiającego, wykonania przyłączy, eksploatacji i bieżącej obsługi zaplecza Zamawiającego (m.in. konserwacji zaplecza, wyposażenia i sprzętu, zakupu materiałów eksploatacyjnych, mediów, łącza telefonicznego i internetowego, ubezpieczeń, podatków, koszty sprzątania ochrony etc).

c. Analogiczne zapytania jak w odniesieniu do poz. 1.1 i 1.3 Formularza Cenowego dotyczyło poz. 4.1 i 4.3 Formularza Cenowego (koszty utrzymania Biura Konsultanta i Zamawiającego w okresie od wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia do wydania Ostatecznego Świadectwa Płatności);

d. w zakresie kryteriów pozacenowych - (kryteria jakości) - poz. 1.1, 1.2, 1.3 i 1.4 - Zamawiający wezwał do potwierdzenia uwzględnienia kosztów związanych z tymi pozycjami, przedłożenia m.in. „*szczegółowej kalkulacji dla każdego podryterium*” oraz wskazania w jakiej pozycji koszty te zostały uwzględnione.

Udostępniona przez Zamawiającego treść wyjaśnień ceny złożonych przez Konsorcjum BBC w dniu 13 stycznia 2021 r. pozwala na stwierdzenie, że podmiot ten nie sprostął obowiązkowi obalenia domniemania o niedoszacowaniu ceny oferty. Przede wszystkim, wykonawca nie udzielił odpowiedzi w całym wskazanym przez Zamawiającego zakresie, co oznacza, że nie złożono wyjaśnień, a powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty.

W odpowiedzi na wezwanie m.in. w zakresie Biura Konsultanta i Zamawiającego. Konsorcjum BBC wskazało ogólnikowo, że będzie to najem domu jednorodzinnego o nieokreślonej konkretnie lokalizacji, nieokreślonej powierzchni użytkowej i nieokreślonym układzie pomieszczeń. Dołączona do wyjaśnień oferta zawiera jedynie stwierdzenie agenta nieruchomości o jego przekonaniu, że układ pomieszczeń „*pozwole połączyć funkcje „biura Konsultanta” oraz „biura Zamawiającego” w spójną całość*”.

Konsorcjum BBC zaniechało zatem m.in. podania lokalizacji biura mimo, iż treść

wezwania literalnie wskazywała taki obowiązek. Nie ulega wątpliwości fakt, że ogólne zapewnienie o wynajmie biura „na przedmieściach miasta Lubartów” nie stanowi wypełnienia wezwania Zamawiającego.

Brak jest wskazania w wyjaśnieniach oferowanej powierzchni pomieszczenia mającego stanowić Biuro Zamawiającego (zgodnie z SIWZ ma mieć ono powierzchnię co najmniej 30 m²). Załączony dowód w postaci oferty handlowej nie potwierdza, że rzeczywiście w oferowanej cenie zawiera się wynajem lokalu zgodnego z SIWZ. Przeciwnie - wynika z niego, że wykonawca nie przewidział w wynajmowanej nieruchomości pomieszczenia o ww. powierzchni, co wynika z analizy treści wyjaśnień. Wykonawca wskazał, że wielkość pomieszczeń biurowych w lokalu mieści się w granicach 15-20 m²:

Powyższe świadczy nie tylko o nierzetelności wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale i o niezapewnieniu wymagań SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Przypomnienia wymaga, że podstawą wezwania z dnia 4 stycznia 2021 r. był również art. 87 ust. 1 Pzp, który dotyczy wyjaśnienia treści oferty. Skoro wykonawca zadeklarował niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia sposób realizacji zamówienia, to nie sposób pominąć tak złożonego oświadczenia.

Konsorcjum BBC nie przedstawiło również rozbitcia ceny jednostkowej zaoferowanych pozycji Formularza Cenowego w zakresie Biura Konsultanta i Zamawiającego na wskazane w wezwaniu składniki.

Konsorcjum BBC nie przedstawiło szczegółowej kalkulacji dotyczącej wezwania odnoszącego się do kryteriów pozacenowych. Konsorcjum BBC ograniczyło się do powołania na ofertę handlową, co jednak nie czyniło zadość żądaniu Zamawiającego. Konsorcjum BBC nie określiło również, w której pozycji Formularza Cenowego koszty związane z kryteriami pozacenowymi zostały uwzględnione (deklaracja o zaoferowaniu dodatkowych usług w ramach kryteriów oceny ofert była podawana na odrębnym formularzu). Również w tym zakresie Konsorcjum BBC nie wypełniło zatem wezwania i mimo dołączenia do wyjaśnień oferty handlowej nie jest wiadome, w jaki sposób ceny podane w jej treści mają przełożenie na kalkulację wykonawcy. Otrzymanie oferty handlowej nie jest „koronnym” dowodem potwierdzającym rzetelność kalkulacji, gdyż wykonawca powinien wykazać, że w sposób prawidłowy uwzględnił wycenę w złożonym Formularzu Cenowym. Nie stanowi szczegółowej kalkulacji/rozbicia cenowego dołączenie do wyjaśnień ceny tabeli Formularza Cenowego pomniejszonej o określoną wysokość. Udzielona odpowiedź była w ww. zakresie nieprecyzyjna i niepełna.

Zamawiający w kolejnym wezwaniu skierowanym do Konsorcjum BBC w dniu 20 stycznia 2021 r. wskazał wprost, że wyjaśnienia z dnia 13 stycznia 2021 r. „nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego”, oraz że żąda potwierdzenia uwzględnienia w wycenie m.in. kosztów zakupu wszelkich niezbędnych materiałów biurowych, segregatorów, papieru,

tonerów i tuszy, kosztów naprawy i serwisu urządzeń biurowych m.in. (drukarki, kopiarki, skanery), kosztu zakupu nowego sprzętu komputerowego przenośnego w ilości 2 sztuk wraz z oprogramowaniem, uwzględnienia zapewnienia serwera FTP. Z treści wezwania z dnia 20 stycznia 2021 r. wynika, że wystosowanie kolejnego wezwania było efektem niekompletności oraz nieprecyzyjności pierwszej odpowiedzi. Już w pierwszym wezwaniu Zamawiający żądał przedstawienia kosztów funkcjonowania Biura Konsultanta oraz Zamawiającego, w tym m.in. kosztów jego zorganizowania, sprzętu, materiałów eksploatacyjnych, usunięcia wyposażenia, natomiast Konsorcjum BBC nie przedstawiło wyjaśnień ani dowodów w ww. zakresie.

Ponowne wezwanie do wyjaśnień oraz następnie kolejne były zatem bezpodstawne i stanowiły *de facto* negocjacje treści wyjaśnień z wykonawcą. Co więcej, w odpowiedzi na drugie wezwanie do wyjaśnień ceny w zakresie potwierdzenia uwzględnienia w wycenie kosztów materiałów biurowych, eksploatacyjnych, laptopów etc. Konsorcjum BBC ograniczyło się ponownie do lakonicznego potwierdzenia i wskazania, że *„koszty te zawarte są we wskazanej na wstępie różnicy wynikającej z przewidywanych kosztów i przychodów dotyczących formularza cenowego”*. Tak udzielona odpowiedź w żaden sposób nie potwierdza prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Pomija również fakt, że wymagany sprzęt/ wyposażenie należy serwisować, utrzymywać, przetransportować do wynajmowanej nieruchomości, a następnie usunąć. Gdyby oczekiwaniem Zamawiającego było ogólne zapewnienie wykonawcy o uwzględnieniu w wycenie kosztów, to nie ulega wątpliwości fakt, że nie zdecydowałby się formułować tak szczegółowych wezwań. Analogiczna ogólnikowa, a zatem niewystarczająca odpowiedź dotyczyła pkt 6.

W zakresie wymagania dostarczenia 2 laptopów wraz z oprogramowaniem oraz mobilnym Internetem, zgodnie z pkt 2.2.2 OPZ, wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie całkowicie pomijały ww. kwestię, mimo iż jest to znaczny koszt wyposażenia i sprzętu, o który zapytał Zamawiający już w pierwszym wezwaniu. Zamawiający bezzasadnie wezwał ponownie ww. wykonawcę do udzielenia kolejnych wyjaśnień w ww. zakresie, a nawet mimo ponownego wezwania Konsorcjum BBC oświadczyło zdawkowo, że uwzględniło koszty związane z zapewnieniem ww. sprzętu. Ponownie mamy do czynienia z negocjacjami treści wyjaśnień, jak również z ogólnikowymi odpowiedziami wykonawcy w ww. zakresie. Już bowiem w wezwaniu z dnia 4 stycznia 2021 r. Zamawiający oczekiwał przedstawienia poprawnych, szczegółowych wyjaśnień wraz z rozbiciem ceny w tym obszarze.

W odniesieniu do powierzchni Biura Zamawiającego Konsorcjum BBC oświadczyło lakonicznie, że spełnia wymóg zapewnienia 30m² - co stoi w sprzeczności z wyjaśnieniami z dnia 13 stycznia 2021 r. Jeżeli z pierwszych wyjaśnień ceny wynikało, iż wymóg zapewnienia pomieszczenia o powierzchni 30m² nie został spełniony, to nieuprawnione było wezwanie

Zamawiającego do potwierdzenia spełniania wymagań w tym zakresie (pkt 4 wezwania z dnia 20 stycznia 2021 r.). Takie działanie stanowiło kolejny przypadek negocjowania wyjaśnień z Konsorcjum BBC i zmiany ich treści w stosunku do pierwotnej wersji.

Akceptacja tak sformułowanych wyjaśnień i kierowanie kolejnych wezwań było niedopuszczalne (wyrok Izby z dnia 26 lipca 2019 r. KIO 1323/19, utrzymany wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 lutego 2020 r. sygn. akt XXIII1435/19). Ogólnikowość złożonych wyjaśnień nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp (tak wyrok z dnia 7 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2221/17). Brak udzielenia wyczerpującej odpowiedzi na pierwsze wezwanie do wyjaśnień ceny uzasadnia konieczność zastosowania art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że złożone wyjaśnienia są nieprawidłowe i potwierdzają zaniżenie ceny ofertowej przez Konsorcjum BBC.

W wezwaniu z dnia 9 lutego 2021 r (trzecie wezwanie) wskazano, że Zamawiający oczekuje przedstawienia uzasadnienia dla skalkulowanych stawek w zakresie poz. 2.2.34 Formularza Cenowego (zespół geodetów nr 1 - cena 350 zł netto za dniówkę za 3 osoby) oraz poz. 1.4 i 1.5 Formularza Cenowego (Personel biurowy oraz Personel pomocniczy - każda z tych pozycji za 6000 zł za miesiąc pracy za dwie osoby). Powyższe stawki świadczą o skalkulowaniu wynagrodzenia poniżej wysokości minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę, które wynosi wraz z kosztami pracodawcy ok 3374 zł.

W odpowiedzi z dnia 15 lutego 2021 r. Konsorcjum BBC wskazało, że skalkulowanie stawek pracy ww. członków zespołu wykonawcy na poziomie wynikającym z Formularza Cenowego było możliwe w związku z uzyskaniem dofinansowania z PFRON przez wykonawcę oraz podmioty współpracujące z wykonawcą.

Złożone w tym obszarze wyjaśnienia potwierdzają w ocenie Odwołującego błędną kalkulację oraz są niewiarygodne. Zgodnie z §1 wzoru umowy „Definicje”, Zamawiający zdefiniował pojęcie „Dniówki” określając ją jako „jednostkę rozliczeniową a czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obowiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta”. Z powyższego jednoznacznie wynika, że dniówka została określona przez Zamawiającego jako minimum 8 godzin.

Skoro Konsorcjum BBC powołało się na wykorzystanie przy realizacji zamówienia możliwości pracy osób niepełnosprawnych, dla których wliczono dofinansowanie z PFRON należy odnieść się do wymagań, jakie powinien spełnić podmiot zatrudniający takie osoby, a które wynikają bezpośrednio z przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz

zatrudnieniu osób niepełnosprawnych. W dowodach dołączonych do wyjaśnień ceny z dnia 15 lutego 2021 r. Konsorcjum BBC potwierdziło, że przy realizacji zamówienia zostanie zatrudniona osoba ze znacznym stopniem niepełnosprawności.

Zgodnie z art. 15 ust. 2 ww. ustawy „*Czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo*”. W konsekwencji, skoro osoba wskazana przez Konsorcjum BBC posiada znaczny stopień niepełnosprawności, a Zamawiający wyraźnie zdefiniował, że dniówka na przedmiotowym kontrakcie stanowi 8 godzin, to biorąc pod uwagę powołany powyżej przepis, Konsorcjum BBC powinno przewidzieć, iż będzie zobowiązane oddelegować do pracy większą ilość osób niż minimum wymagane w treści SIWZ - tzn. zatrudnić większą ilość pracowników, aby pracowali zmianowo łącznie 8 godzin dziennie. Z treści wyjaśnień nie wynika, że Konsorcjum BBC przewidziało ww. sytuację - przeciwnie, w odniesieniu do personelu z poz. 1.4 i 1.5 Formularza Cenowego Konsorcjum BBC skalkulowało minimalną ilość osób wskazaną przez Zamawiającego (dwie osoby). Zgodnie z art. 16 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę osoba ze znacznym stopniem niepełnosprawności może wykonywać pracę w systemie 8-godzinnym, jednak Konsorcjum BBC nie przedstawiło w treści wyjaśnień ww. okoliczności. Ponadto, zgodnie z ust. 16 ust. 2 ww. ustawy, koszty przeprowadzenia takich badań ponosi pracodawca, co również nie zostało wskazane w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Zatrudnienie osoby niepełnosprawnej może wiązać się również z wydłużonym okresem urlopowym, stosownie do treści art. 19 ust. 1-3 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych.

Ponadto, zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 1 i 2 ww. ustawy, osoba o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności ma prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia: - w wymiarze do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym, nie częściej niż raz w roku oraz w celu wykonania badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych lub usprawniających, a także w celu uzyskania zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy, jeżeli czynności te nie mogą być wykonane poza godzinami pracy. Konsorcjum BBC natomiast okres absencji wylicza jak dla osoby bez orzeczenia niepełnosprawności.

Bez wątplenia zatrudnianie osób niepełnosprawnych, jako czynnik obniżający koszty, nie powinno być uznane za wiarygodne.

Odwołujący wskazał nadto, że zespół geodetów powinien liczyć 3 osoby, natomiast personelu pomocniczego i personelu biurowego powinno być minimum po 2 osoby. Konsorcjum BBC dołączyło do wyjaśnień dowód mający potwierdzać, że jedna osoba ze

znacznym stopniem niepełnosprawności może podjąć pracę na stanowisku związanym z obsługą administracyjną (poz. 1.4 lub 1.5 Formularza Cenowego), natomiast brak jest w wyjaśnieniach informacji odnośnie pozostałych osób wymaganych przez Zamawiającego.

Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że zatrudnienie całego zespołu ma wiązać się z otrzymaniem dofinansowania z PFRON. Wyjaśnienia w tym zakresie są niewiarygodne, bowiem wykonawca, który powołuje się na tak istotną okoliczność jak otrzymanie dofinansowania, powinien wobec konkretnego wezwania Zamawiającego, ww. okoliczność wykazać w odniesieniu do całego zespołu, którego to dotyczy.

Ponadto, orzeczenie o niepełnosprawności dołączone do wyjaśnień zostało wydane na okres do 30 września 2021 r. Po tym czasie wykonawca nie może mieć pewności, że orzeczenie o niepełnosprawności zostanie utrzymane na takich samych warunkach. Nie można więc kalkulować stawek wynagrodzenia dla całego zespołu administracyjnego na cały okres umowy z uwzględnieniem dofinansowania z PFRON. Dodatkowo, jest to tylko jedno z orzeczeń o niepełnosprawności, mimo iż zespół wykonawcy powinien liczyć w tym zakresie minimum 4 osoby. Analogiczne wnioski należy odnieść do zespołu geodetów i oferty dołączonej do wyjaśnień ceny.

Co więcej, w treści oferty oraz JEDZ Konsorcjum BBC nie wskazywało, że będzie realizować zamówienie z wykorzystaniem podwykonawców, natomiast do wyjaśnień przedłożyło oferty Geoimpuls oraz GEO-WAWA, z których wynika, że zespół geodetów może być oddelegowany z ww. podmiotów, tj. Konsorcjum BBC *de facto* zamierza korzystać z podwykonawstwa w ww. zakresie. Powyższe prowadzi do zmiany oświadczenia zawartego w ofercie wykonawcy.

Zatrudnienie osób niepełnosprawnych wymaga również w wielu przypadkach dostosowania miejsca pracy do potrzeb takich osób. Pracodawca jest w takim przypadku obowiązany zapewnić niezbędne, racjonalne usprawnienia w miejscu wykonywania pracy. Z treści wyjaśnień nie wynika, że Konsorcjum BBC przewidziało ww. okoliczności i koszty z tym związane, co dodatkowo czyni złożone wyjaśnienia niewiarygodnymi.

W odniesieniu do kosztów związanych z organizacją Biura Konsultanta/ Zamawiającego poza sprzecznością wyjaśnień z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w wezwaniu oraz abstrahując od faktu, że złożone wyjaśnienia potwierdzają niezgodność oferty Konsorcjum BBC z SIWZ, dodatkowo, biorąc pod uwagę, że oferta handlowa dołączona do wyjaśnień została skalkulowana na kwotę 4000 zł netto przez 45 miesięcy + 2500 zł przez 15 miesięcy, to średni czynsz najmu wynosi 3625 zł netto. Zakładając realnie, że jeżeli dom ma powierzchnię użytkową 150-200 m², to opłata w przeliczeniu na 1m² miałaby wynieść 24-18 zł netto/m², a zatem kalkuluje się tu stawkę typową raczej dla obiektów magazynowych, zaniedbanych obiektów, wymagających gruntownego remontu i doposażenia, a nie w pełni przystosowanych do zamieszkania czy pracy wolnostojących

budynków. W treści oferty handlowej wskazano, że pomniejszona stawka z 4000 zł do 2500 zł w „okresie zmniejszonego obłożenia pracownikami” jest z zachowaniem prawa do zmniejszenia wynajmowanej powierzchni. W ocenie Odwołującego, deklaracja ta jest pozorna. Zgodnie z ofertą handlową parter przeznaczony będzie na salę konferencyjną, a na piętrze znajdują się 3 pomieszczenia (w tym 1 na Biuro Zamawiającego). To oznacza, że nie może mieć miejsca ewentualne zmniejszenie wynajmowanej powierzchni związane z obniżeniem stawki. Podkreślenia wymaga, że w „okresie zmniejszonego obłożenia pracownikami”, co prawdopodobnie ma dotyczyć 15-miesięcznego okresu gwarancyjnego, nie jest możliwa rezygnacja z sali konferencyjnej, ani Biura Zamawiającego, zatem jedynie Konsorcjum BBC może mieć na myśli zwolnienie jednego z dwóch pozostałych pomieszczeń na piętrze, lokując tym samym wszystkich pozostałych pracowników tylko w jednym pomieszczeniu biurowym. Jednakże, jak było wskazane powyżej, informacja o możliwości wynajęcia „zwolnionego” pomieszczenia innemu podmiotowi jest mało prawdopodobna, ponieważ pomieszczenie znajduje się nie w typowym budynku biurowym z ogólnodostępnym wejściem, holem i wspólną łazienką, tylko na piętrze budynku jednorodzinnego. Zamawiający tak określił wymagania dla biura, by nie miały do niego wstępu osoby postronne m.in. z uwagi na ochronę danych osobowych, których przetwarzanie Zamawiający powierza Konsultantowi. Należy zatem racjonalnie przyjąć, że w okresie gwarancyjnym Konsorcjum BBC w dalszym ciągu będzie zobowiązane do ponoszenia opłat w wysokości 4000 zł miesięcznie.

Ponadto, istotne wątpliwości budzą koszty biura skalkulowane przez Konsorcjum BBC w okresie gwarancyjnym. W wyjaśnieniach Konsorcjum BBC nie wykazało zasadności znacznego obniżenia kosztów funkcjonowania biura w okresie gwarancyjnym. W Formularzu Cenowym Konsorcjum BBC na prowadzenie biura w okresie gwarancyjnym przewidziano 15 x 1250 zł + 15 x 1500 zł, razem 41 250 zł netto. Tymczasem, według wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2021 r., na samo wynajęcie i utrzymanie lokalu przewidziano 15 x 2500 zł = 37 500 zł, zatem pozostaje bardzo niewielka kwota 3750 zł na pozostałe koszty związane z prowadzeniem biura. Kwota ta jest niewystarczająca - sam abonament telefoniczny i Internet dla Zamawiającego, według oferty Play, dołączonej do wyjaśnień ceny Konsorcjum BBC z dnia 13 stycznia 2021 r., w okresie 15 miesięcy wyniesie ok. 3075 zł. Kwota niecałych 675 zł nie jest wystarczająca na pokrycie pozostałych kosztów biurowych takich jak np. koszt wydruków, serwisu urządzeń, artykułów biurowych, spożywczych, higienicznych, kosztów administracyjnych etc.

Nie są również wystarczające wyjaśnienia ceny w zakresie, w jakim odnoszą się do kalkulacji środków transportu, opierające się na ofercie handlowej firmy Radinvest. Zamawiający w treści wezwania z dnia 4 stycznia 2021 r. wskazał, że oczekuje przedstawienia sposobu wyceny tej pozycji Formularza Cenowego wraz z przedłożeniem

dowodów (np. kalkulacji kosztów nabycia i utrzymania środków transportu). W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie Konsorcjum BBC poinformowało, że zamierza wynająć dwa auta Dacia Duster, czego dowodem jest oferta handlowa dołączona do wyjaśnień. Odwołujący podniósł, że złożona oferta pochodzi od firmy, której głównym zakresem działalności nie jest wynajem aut - ceny rynkowe wynajmu tego typu pojazdu z uwzględnieniem wymagań opisanych przez Zamawiającego są zdecydowanie wyższe. Należy zatem uznać, że kalkulacja oparta na zaniżonej ofercie handlowej nie jest wystarczająca do wykazania realności dokonanej wyceny.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum BBC nie spełniają wymagań określonych w art. 90 Pzp, a zatem oferta tego wykonawcy podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak również na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k., BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Zawierciu, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2021 r. w odpowiedzi na odwołanie wniesione w dniu 17 maja 2021 r. przez SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre we Francji, oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Pismem z dnia 16 czerwca 2021 r. Konsorcjum BBC na podstawie art. 523 ust. 1 nPzp złożyło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu w części dotyczącej zarzutów naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 – 3 Pzp,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego jako niezgodnej z treścią SWZ.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 i umorzenie postępowania w pozostałym zakresie oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Przystępującego kosztów postępowania odwoławczego.

[zarzut rażąco niskiej ceny i zarzut niezgodności oferty z treścią swz]

Odnosząc się do zarzutu lakonicznego i ogólnikowego charakteru złożonych wyjaśnień, Przystępujący wskazał, że każde ze złożonych pism w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dot. zaoferowanej ceny, liczyło kilkanaście lub kilkadziesiąt

stron wraz z załącznikami (dowodami). Wyjaśnienia te zawierały treść merytoryczną, pozbawioną zbędnie rozbudowanej warstwy teoretycznej i opisowej. Przystępujący nie zgodził się z Odwołującym, że nie dochował należytej staranności w zakresie przedstawienia rzetelnych i merytorycznych wyjaśnień co do sposobu skalkulowania zaoferowanej ceny. Przystępujący wskazał, że w wyjaśnieniach odniósł się szczegółowo do każdej poruszonej przez Zamawiającego kwestii, przedstawiając stosowne dowody na potwierdzenie realności ceny ofertowej. Przystępujący zauważył, że w przypadku każdej z kwestionowanych przez Odwołującego pozycji formularza cenowego, sam Odwołujący zaoferował ceny zbliżone bądź nawet niższe niż Przystępujący. Tym samym, jeżeli zarzut braku realności zaoferowanej ceny miałby dotyczyć oferty Przystępującego, to musiałby dotyczyć również oferty Odwołującego, jak również większości pozostałych wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu.

Oferta Przystępującego (11 677 374,00 zł brutto) w żaden sposób nie wybiegała poza poziom cenowy wyznaczony w niniejszym postępowaniu na podstawie cen wszystkich złożonych ofert. Oferta Przystępującego stanowiła 84,76% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, które nota bene pozostawały znacznie niższe niż kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (17 479 124,10 zł brutto). Między ofertą przedstawiającą najwyższą cenę (15 608 429,40 zł), a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia była różnica aż 1 870 694,70 zł.

[brak wskazania lokalizacji, powierzchni użytkowej Biura Konsultanta i Zamawiającego oraz brak rozbicia ceny na poszczególne składniki]

W zakresie zaoferowanych przez Przystępującego pozycji cenowych dot. Biura Konsultanta oraz Biura Zamawiającego, Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazywał, że na potrzeby realizacji zamówienia zamierza wynająć jedną nieruchomość o parametrach spełniających łącznie wymagania dla Biura Zamawiającego oraz Biura Konsultanta. Jednocześnie na potrzeby niniejszego zamówienia zwrócił się o odpowiednią ofertę najmu do profesjonalnie działającego biura nieruchomości, któremu została przekazana pełna dokumentacja niniejszego postępowania w zakresie wymogów lokalizacyjnych i powierzchniowych. Uzyskana w ten sposób oferta (załączona do wyjaśnień z dnia 13.01.2021 r.) w pełni odpowiadała wymogom postępowania, co podkreślono w jej treści.

Przystępujący wskazał, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „lokalizacji” (nie wymagał podania dokładnego adresu) ani jak liczyć odległość 5 km od terenu prowadzenia robót (roboty mają być prowadzone na określonym odcinku). Dlatego też informację o planowanej lokalizacji Biura Konsultanta oraz Biura Zamawiającego na

przedmieściach miasta Lubartów uznać należy za spełniającą wymagania Zamawiającego.

Jeśli chodzi o kwestię powierzchni Biura Zamawiającego, to cytowany przez Odwołującego fragment wyjaśnień z dnia 13.01.2021 r. zawiera informację o założeniach do wyceny i to w istotnym przybliżeniu. Natomiast w dalszej części wyjaśnień Przystępujący wskazał, że zwrócił się do agencji nieruchomości o zbadanie rynku, czego efektem jest załączona do wyjaśnień oferta. Oferta ta zawiera już bardziej skonkretyzowaną treść i wynika z niej, że powierzchnia zaoferowanego domu wynosi ok. 235 m², a na piętrze budynku zlokalizowane są 3 pokoje oraz łazienka z toaletą. Ponieważ budynek obejmuje wyłącznie parter i I piętro, powierzchnia budynku na piętrze (117,5 m²) musi zapewniać co najmniej jeden pokój o powierzchni min. 30 m². Oferta uszczegóławia więc kwestię powierzchni. Niemniej jednak minimalny wymóg powierzchni Biura Zamawiającego niewątpliwie jest spełniony.

Za bezpodstawne uznać należy zdaniem Przystępującego zarzuty braku rozbicia ceny za Biuro na poszczególne elementy składowe, związane z kosztami utrzymania nieruchomości. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach jednoznacznie wskazał, że uzyskana oferta wynajmu nieruchomości ma charakter ryczałtowy, uwzględnia wszystkie koszty eksploatacyjne, takie jak energia elektryczna, Internet, usługi telekomunikacyjne, ogrzewanie, klimatyzacja, woda, wywóz nieczystości, śmieci, ochrona mienia, ubezpieczenie nieruchomości, czy też miejsca parkingowe. Potwierdza to również pozyskana z biura nieruchomości oferta, w której wskazano, że poza ceną ryczałtową pozostaje: wyposażenie budynku w urządzenia wielofunkcyjne, wyposażenie budynku w meble biurowe, stoły konferencyjne itp., wyposażenie salonu w tablice i rzutnik multimedialny. Przy czym Przystępujący zapewnił stosownymi oświadczeniami załączonymi do wyjaśnień, że wszelkie wyposażenie sprzętowo – meblowe zapewnione będzie z wykorzystaniem jego własnych zasobów magazynowych.

Zmniejszenie czynszu najmu w okresie gwarancji wynika natomiast z warunków otrzymanej oferty. Zmniejszenie tej stawki jest jak najbardziej realne – najem jest długotrwały (45 + 15 miesięcy), więc wynegocjowanie obniżenia stawki po ponad 4 latach najmu oraz w okresie, kiedy nieruchomość będzie wykorzystywana w mniejszym zakresie (mniejsza ilość osób użytkujących), nie powinno budzić wątpliwości w kontekście prawidłowości skalkulowania ceny.

[zarzut dot. kosztów związanych z kryteriami pozacenowymi]

W zakresie kosztów związanych z kryteriami pozacenowymi Przystępujący wskazał, że celem wyjaśnienia sposobu skalkulowania ww. kosztów rzeczywiście posłużył

się pozyskanymi ofertami handlowymi (oferta firmy Dron&Roll - załącznik nr 11, oferta firmy Pikselowania - załącznik nr 12, oferta firmy MK Consulting - załącznik nr 13).

Wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego, w jaki sposób skalkulowano ww. koszty, poprzez odesłanie do pozyskanych ofert cenowych, nie powinno budzić wątpliwości. Przedkładanie dowodów w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest na gruncie ustawy Pzp oczekiwane ze strony zamawiających, trudno zatem czynić Przystępującemu zarzut z posłużenia się ww. kalkulacjami.

Jednocześnie ww. oferty pochodzą od podmiotów, które łączy z Przystępującym stała współpraca ramowa (zlecenie), a tym samym Przystępujący nie przewidział podwykonawstwa w zakresie realizacji usług, związanych z pozacenowymi kryteriami oceny ofert.

[zarzut dot. kosztów Personelu Biurowego, Personelu Pomocniczego i Zespołu geodetów]

Przystępujący wskazał, że zastrzeżenia Odwołującego względem wyceny kosztów Personelu Biurowego, Personelu Pomocniczego oraz Zespołu geodetów wydają się kuriozalne, biorąc pod uwagę to, że sam Odwołujący zaoferował w tym zakresie ceny bardzo zbliżone lub znacząco niższe do cen Przystępującego:

- poz. 1.5. formularza cenowego - Personel Biurowy (oferta Safege S.A.S. – 7.000,00 zł netto/miesiąc, oferta Przystępującego – 6.000,00 zł netto)
- poz. 1.6 formularza cenowego - Personel Pomocniczy (oferta Safege S.A.S. 7.000,00 zł netto/miesiąc, oferta Przystępującego – 6.000,00 zł netto)
- poz. 2.2.34 formularza cenowego – Zespół geodetów (oferta Safege S.A.S. 200,00 zł netto/dniówka, oferta Przystępującego – 350,00 zł netto/dniówka).

Tym samym, nie do zaakceptowania jest stanowisko, jakoby zaoferowane przez Przystępującego ceny nie miały charakteru realnego i nie odpowiadały standardom rynkowym. Tymczasem Odwołujący podniósł zarzut, że zaoferowane stawki świadczą o skalkulowaniu wynagrodzenia poniżej wysokości minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę, które wraz z kosztami pracodawcy wynoszą ok. 3374,00 zł. Zarzut ten jest zupełnie chybiony.

W przedstawionych wyjaśnieniach Przystępujący wykazywał, że za zaoferowaną cenę w poz. 2.2.34 jest w stanie zatrudnić Zespół geodetów na umowę o pracę lub zlecenie. Przystępujący wyjaśnił, że posłużył się wypracowanymi w dotychczasowej współpracy stawkami dziennymi wynagrodzenia pracowników, zatrudnionych przez stałych współpracowników Przystępującego. Podmioty te zatrudniają osoby niepełnosprawne, do wynagrodzenia których otrzymują dofinansowanie z PFRON w wysokości 1.950,00 zł, co powoduje, że jest możliwe zatrudnienie Zespołu Geodetów przy stawce dziennej zaoferowanej przez Przystępującego z zachowaniem wszelkich wymogów wynikających z

przepisów prawa. Przy tym, definicja „dniówki”, odnosząca się do 8 godzinnego dnia pracy, to definicja odpowiadająca standardowo obowiązującym regułom czasu pracy, stosowanym przez pracodawcę, zgodnie z Kodeksem Pracy, w pełnym wymiarze etatu. Wbrew stanowisku Odwołującego, w przypadku osób niepełnosprawnych jest możliwe stosowaniem norm czasu pracy, o których mowa wyżej, zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (na wniosek osoby zatrudnionej lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę). Dlatego też, nie jest uzasadniony zarzut niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ tylko dlatego, że przepisy prawa dotyczące zatrudniania osób niepełnosprawnych przewidują ograniczenia czasu pracy. Ograniczenia te nie prowadzą bowiem do uznania, że osoba niepełnosprawna ze względu na obowiązujące przepisy, jest zatrudniona w niepełnym wymiarze czasu pracy.

Nie jest również uzasadniony zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ w związku z brakiem zadeklarowania przez Przystępującego podwykonawstwa w zakresie usług geodezyjnych. Przystępujący wyjaśnił, że łączy go stała współpraca ramowa (zlecenie) z podmiotami, od których pozyskał stosowne oświadczenia załączone do wyjaśnień. W ocenie Przystępującego, nie był on zobowiązany do ujęcia Zespołu geodetów jako usług realizowanych w ramach podwykonawstwa.

Przystępujący zauważył, że wyjaśnienia opisywały przykładowy sposób kalkulacji ceny, a pozyskane oferty służyły rozpoznaniu rynku, nie są zaś zobowiązaniem do współpracy. Przystępujący może zastosować przy realizacji niniejszego zamówienia inne formy współpracy z zespołem geodetów aniżeli zatrudnienie w oparciu o umowę o pracę czy też umowę zlecenia. Przystępujący dysponuje bowiem stosownymi ofertami współpracy w ramach b2b od osób z odpowiednimi uprawnieniami, prowadzącymi jednoosobową działalność gospodarczą, które zadeklarowały chęć współpracy i realizacji zamówienia za stawkę godzinową, mieszczącą się w cenie wskazanej w pozycji 2.2.34.

W przypadku Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego także w pełni możliwe jest zatrudnienie wymaganej ilości osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. W wyjaśnieniach z dnia 15.02.2021 r. Przystępujący wskazał, że koszt pracodawcy, zawierający nie tylko składowe wynikające ze wspomnianego rozporządzenia Rady Ministrów lecz również takie elementy jak zastępstwa, badania, czy szkolenia to kwota 3 561,17 zł dla dwóch pracowników – w przypadku zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Powyższe potwierdza, że przyjęta w formularzu cenowym kwota 6 000,00 zł jest w pełni wystarczająca na pokrycie kosztów pracowników, stanowi również rezerwę i marżę Konsultanta.

Przystępujący wskazał, że dysponuje oświadczeniem agencji pracy tymczasowej HM System, z którego wynika możliwość zapewnienia w ciągu kilku dni pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności do prac ogólnobiurowych.

Przystępujący wskazał, że w wieloletnim doświadczeniu prowadzonej działalności miał okazję zatrudniać niejednokrotnie osoby o znacznym stopniu niepełnosprawności, które nie wymagały żadnych specjalnych udogodnień, były w pełni sprawne ruchowo. Przystępujący zwyczajowo dostosowuje pomieszczenia biurowe, które są dostosowane dla niepełnosprawnych i nie ma potrzeby dokonywania większych nakładów w tym zakresie.

[zarzut zaniżenia kosztów na funkcjonowanie biura w okresie gwarancji]

Przystępujący wskazał, że w okresie gwarancji nie przewiduje żadnych zintensyfikowanych działań, które powodowałyby znaczne koszty związane z utrzymaniem sprzętu, czy też wykorzystywaniem materiałów biurowych. Gotowość świadczeń usług w przypadku ewentualnego zgłaszania wad i usterek ma miejsce już po realizacji przedmiotu zamówienia *sensu stricto*, co standardowo oznacza „wyciszenie działań” wykonawcy. Tym samym, przewidziana kwota 3 750,00 zł na ewentualne koszty związane z utrzymaniem biura w okresie 15 mies. gwarancji wydaje się zupełnie wystarczająca. W nagłych przypadkach, gdy koszty z tym związane będą większe, Przystępujący dysponuje znaczną rezerwą środków, która pokryje ewentualne, nieprzewidziane koszty utrzymania biura w okresie gwarancji.

[zarzut dotyczący kalkulacji aut]

Kalkulacja przedstawiona przez Przystępującego w zakresie wynajmu samochodów jest znacznie bardziej realna niż kalkulacja Odwołującego, który w pozycji 1.4 formularza cenowego przedstawił stawkę 1.300,00 zł/miesięcznie. Brak określonej specjalizacji w działalności danego podmiotu, związanej z usługami wynajmu samochodów, nie może umniejszać wiarygodności tej oferty ani zobowiązania do świadczenia usługi. Zarzut tym bardziej wydaje się kuriozalny, że zgodnie z wiedzą Przystępującego sam Odwołujący niejednokrotnie korzystał z usług tego podmiotu. Ponadto, Przystępujący dysponuje dodatkowymi ofertami najmu, potwierdzającymi rynkowy charakter zaoferowanej ceny w pkt 1.4 formularza ofertowego.

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.

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.), dalej nPzp.

Oba ww. przepisy mają zastosowanie w niniejszej sprawie, z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz z uwagi na datę wniesienia odwołania.

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) oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp, jako wykonawca, który ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Konsorcjum BBC skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając wymogi określone w art. 525 ust. 3 Pzp.

Z uwagi na uwzględnienie odwołania w zakresie poniższego zarzutu przez Zamawiającego i niewniesienie sprzeciwu w tym zakresie przez Konsorcjum BBC, które przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z 82 ust. 4 pkt 2

rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. z dnia 29 czerwca 2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BBC do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt 7.2 ppkt 3) lit.a SIWZ, mimo iż przedstawione w odpowiedzi na wezwanie dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia zgodnie z ww. przepisem rozporządzenia.

Izba stwierdziła zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BBC mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 -3 Pzp, a w konsekwencji – mimo, że cena oferty Konsorcjum BBC jest ceną rażąco niską.

Za zasadny należało uznać także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum BBC, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę w niniejszym postępowaniu nie była kwestia zasadności wezwania Konsorcjum BBC do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp. Argumentację Przystępującego w powyższym zakresie Izba uznała na obecnym etapie za spóźnioną, w związku z faktem, że Przystępujący nie kwestionował tego wezwania i nie wniósł odwołania na tę czynność w ustawowym terminie.

W toku postępowania Zamawiający powziął wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty Przystępującego i w związku z tym trzykrotnie wzywał Konsorcjum BBC do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Pierwsze wezwanie zostało wystosowane do wykonawcy w dniu 4 stycznia 2021 r., kolejne – w dniu 20 stycznia 2021 r. oraz trzecie wezwanie w dniu 9 lutego 2021 r.

Treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum BBC w dniu 13 stycznia 2021 r., jak i w odpowiedzi na kolejne wezwania, potwierdza, że oferta ww. wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu, gdyż złożone wyjaśnienia nie obaliły domniemania, że oferta Konsorcjum BBC zawiera cenę rażąco niską. Złożone wyjaśnienia nie dają podstaw do oceny, że Przystępujący złożył wyjaśnienia przekonujące i kompletne, potwierdzające zarazem, że cena oferty ma realne uzasadnienie w kalkulacji kosztów, przyjętych do wyceny oferty.

Pierwsze wezwanie Zamawiającego skierowane do Konsorcjum BBC w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp zawiera wskazanie konkretnego zakresu informacji

oczekiwanych przez Zamawiającego w ramach żądanych wyjaśnień. W treści wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 4 stycznia 2021 r. Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w odniesieniu do kalkulacji całej ceny ofertowej, jak również sformułował szczegółowe pytania do wykonawcy dotyczące kalkulacji poszczególnych pozycji Formularza Cenowego. Zamawiający podkreślił w treści ww. wezwania, że oczekuje szczegółowych wyjaśnień m.in. w następującym zakresie:

- Poz. 1.1 Formularza Cenowego „Biuro Konsultanta” - zaoferowana przez Konsorcjum BBC cena za jeden miesiąc to 2500 zł. Zamawiający wskazał m.in. że oczekuje złożenia dowodów, wskazania lokalizacji biura Konsultanta na okres prowadzenia i realizacji robót wraz z wykazaniem, że spełniony jest wymóg lokalizacji w określonej odległości. Dodatkowo, Zamawiający poprosił o *„przedstawienie, w jaki sposób została skalkulowana cena jednostkowa uwzględniając wymagania OPZ, tj. rozbicie ceny jednostkowej na poszczególne składniki, tj.:*

- koszty zainstalowania wszystkich niezbędnych urządzeń, sprzętu, instalacji, dróg dojazdowych i wewnętrznych, miejsc parkingowych, wyposażenia biura i zabezpieczeń,

- koszty eksploatacyjne związane z użytkowaniem biura - m.in. opłaty za energię elektryczną, internet, usługi telekomunikacyjne, ogrzewanie, klimatyzację, wodę, wywóz nieczystości, śmieci, odprowadzanie ścieków, ochronę mienia, dzierżawę terenu, opłaty za wynajem pomieszczeń, koszty środków transportu,

- koszty usunięcia wszystkich urządzeń, instalacji, dróg dojazdowych i wewnętrznych, biur, placów, zabezpieczeń, oczyszczenie terenu i doprowadzenie do stanu pierwotnego (jeśli to konieczne),

- koszty ubezpieczeń.”

Ten sam zakres zapytania Zamawiający sformułował wobec poz. 1.3 Formularza Cenowego „Biuro Zamawiającego”. Zamawiający w wezwaniu określił jednoznacznie m.in., że oczekuje wskazania lokalizacji biura oraz rozbicia ceny jednostkowej na poszczególne składniki wraz ze wskazaniem kosztów zakupu, dostarczenia, zainstalowania lub dzierżawy zaplecza Zamawiającego, wykonania przyłączy, eksploatacji i bieżącej obsługi zaplecza Zamawiającego (m.in. konserwacji zaplecza, wyposażenia i sprzętu, zakupu materiałów eksploatacyjnych, mediów, łącza telefonicznego i internetowego, ubezpieczeń, podatków, koszty sprzątnia ochrony etc).

Analogiczne szczegółowe zapytania, jak w odniesieniu do poz. 1.1 i 1.3 Formularza Cenowego, zostały sformułowane w wezwaniu także wobec poz. 4.1 i 4.3 Formularza Cenowego, tj. w zakresie kosztów utrzymania Biura Konsultanta i Zamawiającego w okresie od wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia do wydania Ostatecznego Świadectwa Płatności.

Zgodnie z treścią wezwania, Zamawiający oczekiwał także wyjaśnień w zakresie Formularza 2.2 Kryteria Pozacenowe (Kryterium Jakość), tj. wyjaśnienia sposobu wyceny podkryterium w poz. 1.1, 1.2, 1.3 i 1.4. Zamawiający wezwał Konsorcjum BBC do szczegółowego wyjaśnienia sposobu kalkulacji wraz z przedłożeniem szczegółowej kalkulacji dla każdego podkryterium i uwzględnienia kosztów związanych z tymi pozycjami, oraz wskazania w jakiej pozycji Formularza Cenowego koszty te zostały uwzględnione.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Wykonawca powinien, zatem, zgodnie z wezwaniem i obowiązkiem wynikającym z przepisów ustawy Pzp, przedstawić wyjaśnienia konkretne, szczegółowe i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. W pierwszej kolejności składane przez wykonawcę wyjaśnienia powinny czynić zadość treści wezwania, chociaż wyraźnie podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie ograniczył Przystępującemu zakresu wyjaśnień wyłącznie do kwestii zaznaczonych w wezwaniu.

Odpowiedź Konsorcjum BBC na powyższe szczegółowe wezwanie (sformułowane na 8 stronach pisma z dnia 4 stycznia 2021 r.) zawiera informacje, które należało ocenić jako lakoniczne i ogólne, zdawkowo jedynie odnoszące się do szczegółowych i jednoznacznych pytań Zamawiającego. Treść wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Konsorcjum BBC w dniu 13 stycznia 2021 r. pozwala na stwierdzenie, że wykonawca nie udzielił odpowiedzi w całym wskazanym przez Zamawiającego zakresie.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ, wykonawca zobowiązany jest zapewnić (np. dostarczyć, wynająć) oraz zorganizować, urządzić, wyposażyć i utrzymywać, na własny koszt, biuro na potrzeby Personelu Konsultanta i Personelu Biurowego i Pomocniczego, z zastrzeżeniem, że biuro to będzie zlokalizowane w odległości maksymalnie 5 kilometrów od terenu budowy.

Co do „*biura Konsultanta*” oraz „*biura Zamawiającego*” Konsorcjum BBC wskazało w sposób ogólny, że przyjęło do wyceny oferty najem domu jednorodzinnego „na przedmieściach miasta Lubartów”. Dołączona do wyjaśnień oferta zawiera jedynie stwierdzenie agenta nieruchomości o jego przekonaniu, że układ pomieszczeń „*pozwoli połączyć funkcje „biura Konsultanta” oraz „biura Zamawiającego” w spójną całość*”. Przystępujący załączył do wyjaśnień ofertę i wskazał, że „Pozyskana oferta, z której zamierzamy skorzystać, wprost potwierdza zasadność kwoty przyjętej w formularzu ofertowym (oferta biura nieruchomości – załącznik nr 02)”.

Konsorcjum BBC nie podało zatem konkretnej lokalizacji biura. Ogólne zapewnienie o wynajmie biura „*na przedmieściach miasta Lubartów*” nie wypełnia obowiązku podania

lokalizacji. Podanie lokalizacji powinno służyć bowiem możliwości weryfikacji przez Zamawiającego zapewnienia wymaganej odległości od terenu budowy. W tym przypadku taka weryfikacja nie jest możliwa.

Ponadto, Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach koszt wynajęcia budynku jako kwotę „od 4000 zł” i taką też minimalną kwotę przyjął do wyceny oferty, która, biorąc pod uwagę wzrost cen na rynku nieruchomości, pewnie zostanie zwiększoną w momencie realizacji zamówienia – oferta Biura Nieruchomości IMPERIAL jest z dnia 23 listopada 2020 r.

W wyjaśnieniach Przystępujący nie wskazał oferowanej powierzchni pomieszczenia mającego stanowić Biuro Zamawiającego (zgodnie z SIWZ ma mieć ono powierzchnię co najmniej 30 m²). Załączony dowód w postaci oferty handlowej także nie potwierdza, że rzeczywiście w oferowanej cenie zawiera się wynajem lokalu zgodnego z SIWZ. Wykonawca wskazał jedynie, że wielkość pomieszczeń biurowych w lokalu, jaki zamierza wynajmować mieścić się w granicach 15-20 m², a zatem nie przewidział w wynajmowanej nieruchomości pomieszczenia o wymaganej powierzchni.

Powyższe świadczy, w ocenie Izby, nie tylko o nierzetelności wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ich pobieżnym charakterze, ale i o niespełnieniu wymagań SIWZ co do oferowanego sposobu realizacji zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum BBC potwierdziły brak spełnienia wymagań SIWZ w powyższym zakresie.

Konsorcjum BBC nie przedstawiło w wyjaśnieniach również rozbicia ceny jednostkowej zaoferowanych pozycji Formularza Cenowego w zakresie Biura Konsultanta i Zamawiającego wskazanego w wezwaniu.

Konsorcjum BBC nie przedstawiło, wbrew treści wezwania, szczegółowej kalkulacji dotyczącej kryteriów pozacenowych. W tym obszarze Konsorcjum BBC ograniczyło się do powołania na ofertę handlową, co jednak nie czyni zadość żądaniu Zamawiającego postawionemu w treści wezwania. Konsorcjum BBC nie określiło również, w której pozycji Formularza Cenowego koszty związane z kryteriami pozacenowymi zostały uwzględnione w Formularzu Cenowym.

Konsorcjum BBC nie wypełniło zatem wezwania w powyższym zakresie, mimo dołączenia do wyjaśnień oferty handlowej wykonawca nie wyjaśnił, w jaki sposób ceny podane w jej treści mają przełożenie na kalkulację ceny oferty. Udzielone wyjaśnienia były nieprecyzyjne i niepełne, niewyczerpujące, przy czym na rozprawie sam Przystępujący przyznał, że wyjaśnienia zawierały pewne sprzeczności.

W kolejnym wezwaniu skierowanym do Konsorcjum BBC z dnia 20 stycznia 2021 r. Zamawiający potwierdził wprost, że złożone wyjaśnienia z dnia 13 stycznia 2021 r. „*nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego*”, oraz że żąda potwierdzenia uwzględnienia w wycenie m.in. kosztów zakupu wszelkich niezbędnych materiałów biurowych, segregatorów, papieru,

tonerów i tuszy, kosztów naprawy i serwisu urządzeń biurowych m.in. (drukarki, kopiarki, skanery), „w piśmie w odpowiedzi na zadane pytania nie wskazano spełnienia wymagań SIWZ tj. zapewnienie pomieszczenia biurowego na potrzeby Kierownika Projektu o powierzchni ci najmniej 30m² zlokalizowanego w tym samym miejscu co biura Inżyniera lub w bezpośrednim sąsiedztwie”, kosztu zakupu nowego sprzętu komputerowego przenośnego w ilości 2 sztuk wraz z oprogramowaniem, uwzględnienia zapewnienia serwera FTP, stosownie do postanowienia w pkt 2.2.2 OPZ „Konsultant zapewni dla Zespołu Kierownika Projektu nowy sprzęt komputerowy przenośny (którego Zamawiający będzie Administratorem) w ilości 2 sztuk (laptop) wraz z oprogramowaniem (tożsamym z oprogramowaniem będącym na wyposażeniu Konsultanta) i mobilnym internetem wg poniższych minimalnych wskazań (...)”.

Z treści wezwania z dnia 20 stycznia 2021 r. wynika zatem, że wystosowanie kolejnego wezwania wynikało z niekompletności oraz nieprecyzyjności pierwszej odpowiedzi udzielonej przez Konsorcjum BBC. Już w pierwszym wezwaniu bowiem Zamawiający żądał przedstawienia kosztów funkcjonowania Biura Konsultanta oraz Zamawiającego, w tym m.in. kosztów jego zorganizowania, sprzętu, materiałów eksploatacyjnych, usunięcia wyposażenia, natomiast Konsorcjum BBC nie przedstawiło wyjaśnień ani dowodów w ww. zakresie. Ponowne wezwanie do wyjaśnień w powyższym zakresie było zatem niedopuszczalne. Tym bardziej, że kolejne wyjaśnienia ograniczyły się do potwierdzenia i wskazania, że *„koszty te zawarte są we wskazanej na wstępie różnicy wynikającej z przewidywanych kosztów i przychodów dotyczących formularza cenowego”* Taka odpowiedź wykonawcy nie potwierdza prawidłowości kalkulacji ceny oferty. Konsorcjum BBC oświadczyło jedynie zdawkowo, że uwzględniło koszty związane z zapewnieniem wymaganego sprzętu. Przystępujący nie wyjaśnił kosztów wynikających z faktu, że wymagany sprzęt/wyposażenie należy serwisować, utrzymywać, przetransportować do wynajmowanej nieruchomości, a następnie usunąć.

Nie są również wystarczające wyjaśnienia Konsorcjum BBC w zakresie, w jakim odnoszą się do kalkulacji środków transportu oparte na ofercie handlowej firmy Radinvest. Zamawiający w treści wezwania z dnia 4 stycznia 2021 r. wskazał, że oczekuje przedstawienia sposobu wyceny tej pozycji Formularza Cenowego wraz z przedłożeniem dowodów (np. kalkulacji kosztów nabycia i utrzymania środków transportu). W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie Konsorcjum BBC poinformowało, że zamierza wynająć dwa auta Dacia Duster, czego dowodem jest oferta handlowa dołączona do wyjaśnień. Tego samego aspektu dotyczyło również kolejne wezwanie Zamawiającego, co potwierdza że wcześniejsze wyjaśnienia nie przekonały Zamawiającego o prawidłowości kalkulacji kosztów w tym zakresie. .

W ocenie Izby, Zamawiający bezzasadnie wezwał ponownie Konsorcjum BBC do

udzielenia kolejnych wyjaśnień we wskazanym wcześniej zakresie. Akceptacja wyjaśnień zawierających niekompletne informacje i kierowanie kolejnych wezwań było niedopuszczalne. Ogólnikowość i niekompletność złożonych wyjaśnień nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp.

Należy też zauważyć, że w kolejnym wezwaniu z dnia 9 lutego 2021 r. Zamawiający oczekiwał przedstawienia przez wykonawcę uzasadnienia dla skalkulowanych stawek w zakresie poz. 2.2.34 Formularza Cenowego (zespół geodetów nr 1 - cena 350 zł netto za dniówkę za 3 osoby) oraz poz. 1.4 i 1.5 Formularza Cenowego (Personel biurowy oraz Personel pomocniczy - każda z tych pozycji za 6000 zł za miesiąc pracy za dwie osoby). Powyższe stawki świadczą o skalkulowaniu wynagrodzenia poniżej wysokości minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę, które wynosi wraz z kosztami pracodawcy ok 3374 zł.

W odpowiedzi z dnia 15 lutego 2021 r. Konsorcjum BBC wskazało, że skalkulowanie stawek pracy ww. członków zespołu wykonawcy na poziomie wynikającym z Formularza Cenowego było możliwe w związku z uzyskaniem dofinansowania z PFRON przez wykonawcę oraz przez podmioty z nim współpracujące. Również w tym obszarze złożone wyjaśnienia z dnia 15 lutego 2021 r. są niepełne i niewiarygodne. Konsorcjum BBC nie przedstawiło szczegółowej kalkulacji potwierdzającej spełnienie wymagań przy zatrudnieniu osób ze znacznym stopniem niepełnosprawności, w tym np. oddelegowania większej liczby osób na potrzeby 8 godz. dniówki, określonej przez Zamawiającego. Z treści złożonych wyjaśnień nie wynika, że Konsorcjum BBC przewidziało w odniesieniu do personelu z poz. 1.4 i 1.5 Formularza Cenowego i uwzględniło w ofercie wymaganą ilość osób w celu spełnienia wymagań Zamawiającego. Konsorcjum BBC przedstawiło bowiem koszty minimalnej ilości osób wskazaną w SIWZ, nie wykazując, w jaki sposób wymagania te zostaną spełnione przy zatrudnieniu osób niepełnosprawnych z orzecznym znacznym stopniem niepełnosprawności. Konsorcjum BBC nie wykazało w treści wyjaśnień okoliczności, o których mowa w art. 16 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, tj. że osoby zatrudnione uzyskają od lekarza przeprowadzającego badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarza sprawującego opiekę nad tą osobą, zgodę wykonywanie pracy w systemie 8-godzinnym. Istotny jest też fakt, którego nie należy pominąć w tych okolicznościach, że zatrudnienie osób niepełnosprawnych wymaga w wielu przypadkach dostosowania miejsca pracy do potrzeb takich osób. Z treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum BBC nie wynika, że wykonawca przewidział ww. okoliczności i koszty z tym związane, co podważa wiarygodność złożonych wyjaśnień.

Konsorcjum BBC wskazywało na zatrudnianie osób niepełnosprawnych, natomiast

ostatecznie nie została wskazana ilość osób z niepełnosprawnością, która będzie oddelegowana do realizacji zadań w powyższym zakresie, określonym przez Zamawiającego. Do wyjaśnień, co prawda, Konsorcjum BBC dołączyło dowód mający potwierdzać, że jedna osoba ze znacznym stopniem niepełnosprawności może podjąć pracę na stanowisku związanym z obsługą administracyjną (poz. 1.4 lub 1.5 Formularza Cenowego), natomiast brak jest informacji odnośnie pozostałych osób, wymaganych przez Zamawiającego, a jednocześnie ze złożonych wyjaśnień wykonawcy wynika, że zatrudnienie całego zespołu ma wiązać się z otrzymaniem dofinansowania z PFRON. Wykonawca nie wykazał tej okoliczności w stosunku do pozostałych osób (całego zespołu).

Analogicznie należy ocenić wyjaśnienia dotyczące zespołu geodetów i oferty dołączonej do wyjaśnień ceny, z których wynika, że zespół geodetów może być oddelegowany z firmy Geoimpuls oraz GEO-WAWA. Konsorcjum BBC nie wyjaśniło powyższych kwestii, związanych z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych.

Wyjaśnienia Przystępującego złożone na rozprawie, że kalkulacja w zakresie kosztów zatrudnienia osób niepełnosprawnych i dofinansowania PFRON została stworzona na podstawie założeń przyjętych przez Przystępującego, że jest możliwość zatrudnienia osób niepełnosprawnych za taką cenę, dowodzą w ocenie Izby, że Przystępujący przyjął powyższy koszt bez analizy wszystkich aspektów tego zatrudnienia.

Konsorcjum BBC, mimo konkretnego wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny oferty nie przedstawiło wiarygodnych wyjaśnień wielu istotnych czynników kosztowych związanych z utworzeniem, prowadzeniem i zakończeniem prowadzenia biura Konsultanta/ Zamawiającego - w tym, realny koszt wynajmu lokalu, przetransportowania do niego wyposażenia (mebli, sprzętu), kosztów utrzymania biura, zasadności znacznego obniżenia kosztów funkcjonowania biura w okresie gwarancyjnym, ewentualnego dostosowania biura do pracy osób z orzecznym stopniem niepełnosprawności. Istotne wątpliwości budzą koszty skalkulowane przez Konsorcjum BBC w okresie gwarancyjnym. Konsorcjum BBC nie wykazało w wyjaśnieniach realnych kosztów zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Izba uznała za spóźnione dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie:

- oświadczenie biura nieruchomości Imperial z dnia 14.01.2021r.,
- oświadczenia osób niepełnosprawnych z dnia 15.06.2021 r.,
- informację z agencji pracy tymczasowej z dnia 29.04.2021 r.,
- zaświadczenie z dnia 19.03.2021 o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych,
- oświadczenie agencji pracy tymczasowej z dnia 16.06.21 r.,
- oświadczenia osób niepełnosprawnych z dnia 15.06.21 r.,
- odpowiedzi na zapytanie ofertowe nr 1043/20 z dnia 16.11.2020r.,
- odpowiedź PFRON na wniosek z dnia 12.03.2021 r. o udostępnienie informacji publicznej,
- wydruk oferty na najem mieszkania o powierzchni 180 m² w odległości 5 km od Lubartowa.

W ocenie Izby, należy tu podkreślić, że potwierdzenie rzetelności i aktualności założeń przyjętych w wyjaśnieniach powinno wynikać z treści wyjaśnień i materiałów dowodowych przedłożonych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje bowiem oceny czynności Zamawiającego podjętej w stosunku do wyjaśnień i załączonych dowodów przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień, w tym z uwzględnieniem zgodności oferty z treścią SIWZ oraz konieczności wykazania przez wykonawcę okoliczności uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny. Brak udzielenia wyczerpującej odpowiedzi na pierwsze wezwanie do wyjaśnień ceny uzasadniało bowiem konieczność zastosowania wobec oferty Konsorcjum BBC art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 nPzp oraz na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b 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 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 pkt 1 i 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:

.....

.....