

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2016 r. przez **Odwołującego – A.K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AGIS Nieruchomości A.K., Al. Solidarności 117/103, 00-140 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy – Orange Real Estate Sp. z o.o., ul. Piękna 17/19, 00-549 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego,**

orzeka:

- 1.1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Orange Real Estate Sp. z o.o., ul. Piękna 17/19, 00-549 Warszawa i wezwanie tego wykonawcy, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w części VII ust. 2 pkt H oraz pkt I SIWZ,
 - 1.2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala.
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 412/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Administrowanie zasobem nieruchomości Banku Gospodarstwa Krajowego na terenie Polski - Warszawa”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2015/S 149-275884 z 05.08.2015.

W dniu 10 marca 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców ubiegających się o zamówienie o wynikach postępowania i o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Orange Real Estate Sp. z p.o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy AGIS Nieruchomości A.K., Al. Solidarności 117/103, 00-140 Warszawa.

W dniu 21 marca 2016 r. Odwołujący - A.K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AGIS Nieruchomości A.K., Al. Solidarności 117/103, 00-140 Warszawa – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez naruszenie zasady równego traktowania w postępowaniu i wybór oferty Orange Real Estate sp. z o.o., mimo iż ze względu na przyjęte kryteria w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oferta błędnie została uznana za najkorzystniejszą. Nadto poprzez pominięcie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. poprzez nieodrzućenie oferty Orange Real Estate Sp. z o.o., podczas gdy nie przedłożył zobowiązań osób trzecich, na które się powołuje;

2. Art. 25 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 26 ust. 1 i 2c p.z.p. poprzez ich błędne zastosowanie, w szczególności bezpodstawne i bezprawne wezwanie Odwołującego do przedłożenia wszystkich umów o pracę, umów zleceń i umów o dzieło pracowników zatrudnionych w AGIS w 2015 r.
3. Art. 29 ust. 4 pkt 1 i 4 p.z.p. poprzez jego pominięcie i niedostrzeżenie przez Zamawiającego, że Odwołujący wykazał, iż spełnia wymagania określone w SIWZ, w szczególności przedłożono szczegółowy wykaz osób, które to będą uczestniczyć przy realizacji zamówienia wraz z wymienieniem ich kwalifikacji zawodowych i uprawnień;
4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez błędne zastosowanie, jak i uznane, iż zachodzi przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy przedstawiono kalkulację cenową na potrzeby realizacji zamówienia (koszty pracodawcy);
5. Art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 p.z.p. poprzez błędne uznanie, iż oferta Odwołującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności brak uznania iż szczegółowe wyjaśnienia AGIS NIERUCHOMOŚCI są niewystarczające. Ponadto bezpodstawne odwołanie się do kryterium wiarygodności technicznej Odwołującego (niedotyczącej przedmiotu zamówienia) w zakresie braku uwzględnienia kosztów prowadzenia biura na potrzeby realizacji zamówienia;
6. Art. 90 ust. 1, 2 i 3 p.z.p. poprzez uznanie wyjaśnień Odwołującego za niewystarczające w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności błędną ocenę złożonych wyjaśnień, w tym uznanie że nie wykazano szczegółowych składników cenotwórczych zaproponowanych za realizację przedmiotu zamówienia;

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Przeprowadzenia ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu,
2. Odrzucenia oferty Orange Real Estate Sp. z o.o.,
3. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołania przytoczono następującą argumentację:

W dniu 10 marca 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę nr 3 tj. złożoną przez Orange Real Estate sp. z o.o., gdzie zaoferowana cena wyniosła: 1 598 840,96 zł brutto. Oferta ta prima facie nie powinna zostać uwzględniona już ze względu na najistotniejsze kryterium oceny ofert tj. cenę - waga 80%. W zestawieniu ze szczegółowo opracowaną kalkulacją i

ceną AGIS NIERUCHOMOŚCI (965 254,16 zł brutto), to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą (zgodnie z XVII. SIWZ i art. 2 pkt 5) p.z.p.). Zaznaczyć należy, iż potwierdza to fakt, że 7 grudnia 2015 r. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę AGIS NIERUCHOMOŚCI.

Po zapoznaniu się z dokumentami złożonej oferty Orange Real Estate Sp. z o.o. w aktach brak jest złożonych zobowiązań podmiotów trzecich, z których będzie korzystał Wykonawca przy realizacji zamówienia. Orange Real Estate sp. z o.o. wykazał w załączniku nr 7 do SIWZ WYKAZ "POTENCJAŁ KADROWY" Tabela H kolumna 3 i Tabela I kolumna 4, iż "będzie polegał na potencjale innych podmiotów" w tym przypadku do oferty winny być dołączone zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Obowiązkiem Wykonawcy w przypadku, gdy korzysta z potencjału podmiotów trzecich, jest rzeczywiste wykazanie, że tym potencjałem będzie dysponował np. poprzez złożenie odpowiednich zobowiązań.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający 13 października 2015 r. skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dokumentów oraz poinformował o poprawieniu innych pomyłek. W treści wezwania można przeczytać, iż Odwołującego zobowiązano do przedłożenia Załącznika nr 8 do SIWZ, wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Ponadto wezwanie do przedstawienia szczegółowej kalkulacji i sposobu obliczania ceny ofert w związku z - prawdopodobnie - wątpliwościami co do możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący się 18 października 2015 r. (w terminie) złożył odpowiedź wraz z wymaganymi dokumentami oraz wykazem osób, a także wyjaśnił, iż cena zaproponowana przez AGIS NIERUCHOMOŚCI nie jest rażąco niska.

W swoich wyjaśnieniach Odwołujący się przywołał nie tylko już trzykrotny udział w przetargach na administrowanie zasobem Zamawiającego (co świadczy o adekwatności i relewantności cen zaproponowanych w niniejszym postępowaniu), lecz wyjaśniono sposób kalkulacji i dodano że *„Kwota za obsługę zamówienia o administrowanie zasobem nieruchomości Banku Gospodarstwa Krajowego na terenie Warszawy została skalkulowana ze średnio rynkowym zyskiem, jak dla firmy o profilu nie korporacyjnym tj. jednoosobowej działalności gospodarczej. W oparciu o politykę i już dziesięcioletnią działalność firmy AGIS oraz ogólnopolskie stawki firm Polskich zarządzających nieruchomościami zysk z kontraktu na wysokości 17,5% [111 169,47 zł brutto - przyp. MK] nie stanowi rażąco niskiego dochodu”.*

Następnie 3 listopada 2015 r. Zamawiający ponownie wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zakresie wykazanego zysku 111 169,47 zł/mc brutto.

Ponadto Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie sposobu obliczenia kosztów całego personelu w kontekście konieczności zapewnienia odpowiedniej, wymaganej kadry pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę.

W wyjaśnieniach z 5 listopada 2015 r. Odwołujący wyjaśnił, iż nastąpiła oczywista omyłka pisarska (którą prostuje zamawiający na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3) p.z.p.) i kwota zysku dotyczy zysku 111 169,47 zł brutto, lecz nie w stosunku miesięcznym. Jak wskazał Odwołujący: „W tym przypadku kwota miesięczna zysku wynosi 3 088,04 zł/ brutto miesięcznie. Przewidziane dodatkowe wynagrodzenie dla pracowników zatrudnionych na umowie o pracę wyniesienie: 7 058,38 zł/ brutto miesięcznie”. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podtrzymał także wyjaśnienia i dokumentację złożoną wcześniej - w zakresie kadry pracowników zatrudnionych na umowę o pracę.

Zamawiający po raz trzeci 24 listopada 2015 r. wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu skierowano prośbę o wyjaśnienie szczegółowej kalkulacji kosztów osobowych uwzględniających zatrudnienie, zgodnie z zapisami SIWZ, czterech osób stanowiących „Minimalny zespół osób” na podstawie umów o pracę. Na powyższe wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia 25 listopada 2015 r., gdzie przedstawił szczegółową kalkulację kosztów osobowych uwzględniających zatrudnienie zgodnie z zapisami SIWZ, osób stanowiących „Minimalny zespół osób” na podstawie umowy o pracę. W ten sposób Odwołujący spełnił wymagania związane ze złożeniem wyjaśnień i warunków dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia VII. 2 SIWZ.

W dniu 7 grudnia 2015 r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego. Jednak ze względu na odwołanie Orange Real Estate sp. z o.o. ta czynność została unieważniona.

W dniu 12 lutego 2016 r. wezwano do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Na to ostatnie wezwanie Odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia z niezwykle skrupulatną i szczegółową kalkulacją swojej oferty. AGIS NIERUCHOMOŚCI szczegółowo - mając na uwadze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2744/15) i mimo, iż nie był stroną postępowania - rozpisał czynniki cenotwórcze, kalkulację ceny jednostkowej oraz informację w sprawie sposobu oszacowania kosztów. Ponadto określił harmonogram pracy i czasu pracy wraz ze szczegółowo określonym wykazem osób z imionami i nazwiskami oraz godzinami pracy i kwalifikacjami (warunek określony w części VII ust. 2 pkt A SIWZ) [tabela A]. W tabeli B precyzyjnie i dokładnie określono zakres czynności i obowiązków - zgodnie z wymogiem części VII ust. 2 pkt B SIWZ. W tabeli C, D, E, F, G, H, I, wskazano na spełnienie warunków kolejno w części VII ust. 2 pkt C,

D,E,F,G,H,I SIWZ. Przedłożono także faktury wystawione przez kontrahentów (wskazane w ofercie - załącznik nr 6 do SIWZ) zgodnie z żądaniem punktu 6 wezwania z 12 lutego 2016 r.

Następnie 25 lutego 2016 r. Zamawiający po raz kolejny wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący 29 lutego 2016 r. szczegółowo ustosunkował się do tego wezwania:

- Przedkładając szczegółowo rozpisany plan pracy poszczególnych pracowników z uwzględnieniem ilości godzin pracy (punkt 1);
- Wyjaśniając, iż koszty utrzymania pogotowia awaryjnego pracowników zostały wliczone w przysługujące pracownikom wynagrodzenie (punkt 3);
- Potwierdzając oczywiste omyłki pisarskie w konkretnych wierszach i kolumnach tabeli (punkt 4 i 6).

W związku z powyższym postępowaniem wyjaśniającym Odwołujący szczegółowo i precyzyjnie odpowiadał na wszystkie podniesione pytania przez Zamawiającego w sposób skrupulatny i terminowy.

Jednak pomimo powyższej staranności Odwołującego 10 marca 2016 r. Zamawiający odrzucił ofertę AGIS NIERUCHOMOŚCI (nr pisma BZP-064-117/2016) wskazując w uzasadnieniu, iż na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (oryginalna podstawa prawna) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę co do przedmiotu zamówienia. W tym miejscu należy zauważyć, iż Zamawiający zdaje się zatem wskazywać na dwie podstawy prawne. Art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., i, wynikający z uzasadnienie faktycznego, a odnoszący się do rażąco niskiej ceny, art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z tym, stosownie do art. 181 ust. 2 p.z.p. Odwołujący się zaskarża obie ww. podstawy prawne.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, iż: *„Wykonawca (...) nie przedstawił w kalkulacji cenowej na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia kosztów pracodawcy (podatek PTT, składki ZUS) związanych z zatrudnianiem pracowników na umowy o pracę. Wykonawca nie uwzględnił również wynagrodzenia personelu z tytułu świadczenia usług na podstawie umów cywilnoprawnych (zlecenia, o dzieło) w trakcie realizacji zamówienia”.*

Z powyższym twierdzeniem nie można zgodzić się o tyle, że Odwołujący wykazał wynagrodzenie brutto, które to zostało uwzględnione w złożonej ofercie, a w szczególności w wyjaśnieniach z 25 listopada 2015 r. i następnie powtórzone w wyjaśnieniach z 17 lutego 2016 r. Mając na uwadze, iż oferta Odwołującego wcześniej została uznana za najkorzystniejszą (7 grudnia 2015 r. - numer pisma BZP-064-749/2015) - wówczas dane dotyczące wynagrodzeń pracowników i ich szczegółowej kalkulacji były w pełni wystarczające do wyboru najkorzystniejszej oferty - a następnie 10 marca 2016 r. okazuje

się, iż jednak nie są. Trudno zrozumieć w tym zakresie intencje Zamawiającego. Należy wskazać także, iż kwoty żądane przez Zamawiającego - podatek PIT i składki ZUS - nie są kwotami stałymi, lecz zmiennymi i niezależnie od ich wysokości, nawet hipotetyczna, kalkulacja pozostaje bez znaczenia wobec faktu, iż Odwołujący wskazał sumę wartości (wynagrodzenie brutto) składające się właśnie na zaliczkę na podatek PIT i składki ZUS oraz wynagrodzenie netto pracownika.

Dalej w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty można przeczytać, iż: *„Ponadto Agis Nieruchomości nie uwzględnił kosztów związanych z prowadzeniem biura na potrzeby obsługi kontraktu. Wyjaśnienia Wykonawcy, że koszty związane z jego obsługą w kalkulowane są w inne kontrakty realizowane na terenie Warszawy i nie stanowią obciążenia finansowych dla niniejszego zamówienia mogą stanowić próbę obejścia przepisów ustawy”*.

Po pierwsze należy wskazać, iż Odwołujący się uczestniczył już w trzech przetargach Zamawiającego i posiada doświadczenie w zakresie administrowania zasobami Banku Gospodarstwa Krajowego. Ponadto Odwołujący dysponuje kilkoma filiami i jak wskazał w wyjaśnieniach, koszt ten jest w kalkulowany w kontrakty realizowane na terenie Warszawy. Nie jest bowiem konieczne wynajęcie kolejnego biura, bo sam Odwołujący dysponuje w sposób dostateczny zapleczem technicznym i lokalowym w tym zakresie. Dodatkowo Zamawiający wskazując, iż takie stanowisko Odwołującego może stanowić próbę obejścia przepisów ustawy, nie wskazał na czym miałyby polegać to obejście i które to przepisy miałyby być rzekomo naruszone.

W tym zakresie należy wskazać, iż brak jest takich przepisów, a wyjaśnienia Odwołującego należałoby uznać za wystarczające i wynikające także z doświadczenia życiowego i doświadczenia AGIS NIERUCHOMOŚCI. Szczególnie, że sam Zamawiający w SIWZ jasno wskazał, iż zapewnia lokal biurowy dla Zarządcy w budynku banku.

Zamawiający dalej wskazuje, iż nie przedłożono wszystkich umów o pracę, umów zleceń i umów o dzieło pracowników zatrudnionych w AGIS w 2015 r. Jednak takie żądanie nie może się ostać, bowiem jest ono niedopuszczalne z mocy SIWZ, p.z.p. i Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. (Dz. U. poz. 231).

Na koniec uzasadnienia Zamawiającego co do odrzucenia oferty Odwołującego zasugerowano, iż złożenie jakichkolwiek wyjaśnień jest niewystarczające, lecz należy odpowiednio je umotywić, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jednak jak wynika już z przeanalizowanego materiału Odwołujący wyjaśniał bardzo szczegółowo kalkulację ceny, w szczególności wskaźników cenotwórczych i uzasadnił swoje stanowisko.

W związku z powyższym Zamawiający nie uzasadnił dostatecznie motywów, dla których miała by być zastosowana dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., w szczególności nie wyjaśniono z jakiego powodu dotychczasowe, a obszernie wyjaśnienia są niewystarczające - pomimo zgodności z częścią IX. SIWZ [wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania].

Odwołujący argumentował następnie, że Zamawiającego obowiązuje zasada równego traktowania oraz niedyskryminacji przy wyborze ofert, które to zasady wynikają kolejno z p.z.p. oraz z prawa Unii Europejskiej. Odzwierciedleniem tych zasad są w szczególności kryteria przyjęte w SIWZ, które to podlegają ocenie przez Zamawiającego oraz stanowią podstawę - obiektywną - do wyboru najkorzystniejszej oferty. W niniejszym postępowaniu głównym kryterium - waga 80% - zostało uznane kryterium ceny przy wyborze oferty. Nie ulega wątpliwości, iż oferta Orange Real Estate sp. z o.o. jest ofertą rażąco wygórowaną w porównaniu do oferty Odwołującego. Istotnym jest także, iż wszystkie kryteria podlegają ocenie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie dotyczy administrowania zasobem nieruchomości Zamawiającego na terenie Polski - Warszawa, która to wartość zamówienia została określona na kwotę większą lub równą 207 000 euro. Na tej podstawie należy zauważyć, iż oferta Odwołującego niewiele więcej przekracza tę kwotę, co uzasadnia twierdzenie, że Odwołujący złożył ofertę realistyczną.

Nie tylko ten fakt podważa rzekome domniemanie rażąco niskiej ceny, lecz przede wszystkim powinno motywować Zamawiającego do dostatecznego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Przy założeniu, iż kryterium ceny stanowi 80%, oferta Orange Real Estate sp. z o.o. nie powinna być uznana za najkorzystniejszą, co zresztą się stało przy pierwszej informacji o wynikach postępowania z 7.12.2015 r., kiedy to wybrano ofertę AGIS NIERUCHOMOŚCI. Na marginesie wskazano, iż pierwsza oferta Orange Real Estate sp. z o.o. (postępowanie unieważniono i rozpisano nowe, z identycznym SIWZ) była zbliżona do oferty AGIS NIERUCHOMOŚCI, natomiast nowa, została podniesiona o prawie 500 000 zł.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2b p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. oferta Orange Real Estate sp. z o.o. powinna zostać odrzucona ze względu na brak przedłożenia pisemnego zobowiązania podmiotów trzecich co do korzystania z ich potencjału w zakresie realizowanego zamówienia. Ponadto w tym zakresie Zamawiający powinien zażądać od wykonawcy złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, ale tylko

jeśli przy wykazywaniu spełniania warunków podmiotowych (co nastąpiło w niniejszej sprawie) powołuje się na zasoby tych podmiotów.

Zamawiający bezprawnie i bezpodstawnie zażądał przedłożenia umów o pracę, umów zleceń oraz umów o dzieło osób, które to będą uczestniczyły przy realizacji zamówienia. Jak jasno wskazuje część IX. SIWZ brak jest tam wymienionych umów o pracę czy podobnych dokumentów. W tym zakresie SIWZ (również art. 25 ust. 2 p.z.p.) odsyła do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. (Dz. U. poz. 231). Jak wynika z ww. § 1 ust. 1 pkt 7) i 8) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w katalogu dokumentów, które to zamawiający może żądać od wykonawcy są - związane z osobami współpracującymi przy realizacji zamówienia - wykaz osób lub oświadczenie wykonawcy, iż dane osoby posiadają określone kwalifikacje czy uprawnienia. W wyjaśnieniach z 17 lutego 2016 r. szczegółowo wskazano osoby, które to będą uczestniczyły przy realizacji zamówienia - co odpowiada warunkom określonym w części Vn SIWZ i spełnia wymogi określone w ustawie i rozporządzeniu. W związku z tym powoływanie się przez Zamawiającego na brak udostępnienia umów osób wskazanych w tabelach z wyjaśnień z 17 lutego 2016 r. jest bezprawne i bezpodstawne, a także w niniejszych okolicznościach nie mogło stanowić przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego.

Ze względu na nieuwzględnienie wyżej wskazanych przepisów naruszono także dyspozycję art. 29 ust. 4 pkt 1 i 4 p.z.p., bowiem wykazano szczegółowy wykaz osób. Nadto wykazano sposób ich wynagradzania (wyjaśnienia z 25 listopada 2015 r.). Dodano, iż zgodnie z częścią VII. SIWZ: *„Zamawiający dopuszcza możliwość łączenia kilku funkcji przez jedną osobą, przy jednoczesnym spełnieniu wymagań dla poszczególnych funkcji”*.

Najistotniejszym z naruszeń Zamawiającego jest art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 p.z.p. poprzez błędne uznanie, iż oferta Odwołującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności brak uznania, iż szczegółowe wyjaśnienia AGIS NIERUCHOMOŚCI są niewystarczające. Nie ulega wątpliwości, iż ustawa nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, jednak oczywistym jest (zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.) że takiej oceny dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wartość zamówienia w tym zakresie będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną - powiększona o podatek VAT. Zgodnie z orzeczeniem KIO nr 62/11 z 27 stycznia 2011 r.: *„Punktem odniesienia zatem dla oceny oferty jest przedmiot zamówienia, a więc przedmiotem analizy może być wyłącznie cena zaoferowana za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jego poszczególnych części”*.

W niniejszej sprawie Zamawiający arbitralnie uznał, iż Odwołujący nie uwzględnił kosztów z tytułu świadczenia usług na podstawie umów cywilnoprawnych (zlecenia, o dzieło). Jednak jest to bez znaczenia, w sytuacji gdy Odwołujący decyduje się, iż będzie zatrudniał osoby przy realizacji umowy wyłącznie w oparciu umowę o pracę. Wydaje się, iż Odwołujący nie musi wyjaśniać „kosztów”, których nie zamierza ponieść, jeżeli już na podstawie przedłożonego wykazu osób (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę) spełnia wymagania określone w części VII.2. SIWZ.

Zamawiający wskazał również, iż nie uwzględniono kosztów zawarcia polisy OC. Jednak Zamawiający nigdy nie wzywał do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a nadto te koszty nie są wskazane w części IX. SIWZ [wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału] ani w części XVI. SIWZ [opis sposobu obliczania ceny oferty]. Dodatkowo koszty zawarcia polisy OC nie mogą mieć wpływu na ocenę oferty Odwołującego w ogóle - skutkującą odrzuceniem tejże oferty.

Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą przy ocenie tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę cenę całego przedmiotu zamówienia nie zaś poszczególnych składników cen, (zob. wyrok z 7.01.2011 r. sygn. KIO 2745/10, KIO 2762/10 czy wyrok KIO z 20.01.2011 r. sygn. 53/11, gdzie KIO przywołując utrwaloną linię orzecniczą stwierdza, że: *„Zaniżona czy nierzetelna wycena poszczególnych części oferty nie przesądza, że cała cena ofertowa jest rażąco niska”*). Zgodnie z wyrokiem KIO z 7 stycznia 2011 r. sygn. 2745/10: *„Oceniając tylko wybrane pozycje kosztorysu ofertowego zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty”*.

Zamawiający naruszył także art. 90 ust. 1 p.z.p. poprzez brak wskazania uzasadnionych wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, a co powinno być podstawą domniemania określonego w art. 90 ust. 2 p.z.p. Jak wskazano w wyroku KIO z 16 grudnia 2011 r. sygn. 2578/11: *„Ciężar ostatecznego dowodu w przedmiocie charakteru ceny w świetle powołanych regulacji art. 90 ustawy może ulec jednak odwróceniu, a przynajmniej bardziej skomplikowanemu rozłożeniu. Dojść do tego może w przypadku powstania faktycznego domniemania wystąpienia w danych okolicznościach ceny rażąco niskiej (jakichkolwiek domniemań prawnych w tym zakresie w ustawie nie przewidziano). Nawet więc bez ostatecznego udowodnienia poziomu cen rynkowych i wykazania w ten sposób realnych cen ofertowych, będzie możliwe przyjęcie wystąpienia ceny rażąco niskiej w przypadku wystąpienia szeregu okoliczności pośrednio na nią wskazujących (podstaw*

domniemania), gdy jednocześnie wykonawca nie wykaże okoliczności przeciwnych. Przy czym również fakty stanowiące podstawę samego domniemania powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić". W przedmiotowej sprawie, jak to wynika z każdego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień przez Zamawiającego, nie podawano uzasadnionych przyczyn, czy wątpliwości związanych ze złożoną ofertą przez Odwołującego. Jednak pomimo braku uzasadnienia tychże wątpliwości Odwołujący ustosunkowywał się i przedkładał kolejne dokumenty oraz składał obszernie wyjaśnienia. Dalej w uzasadnieniu wyroku KIO z 16 grudnia 2011 r. sygn. 2578/11 można przeczytać, iż: „*Odnosnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenia zaferowania ceny rażąco niskiej, przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest*". Jak już wskazywano, wartość przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie wynosi co najmniej 207 000 euro, natomiast oferta złożona przez Odwołującego wynosi 965 254,16 zł, co oznacza iż już prima facie ta oferta nie jest rażąco niska, lecz adekwatna - realistyczna. Dalej: „*Dowodzenie wystąpienia bądź dowodzenie niewystąpienia ceny rażąco niskiej w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych nakładów materiałowych czy pracy, a następnie ich rynkowych kosztów. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe zamawiający winien powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wymagań rynku, przerzuciłyby na wykonawcę*".

Uzasadnionym jest twierdzenie, iż ciężar dowodu w razie wykazywania przez wykonawcę, iż cena wskazana w ofercie nie jest rażąco niska, spoczywa również na zamawiającym, który to powinien konkretnie uzasadnić jakie części cen jednostkowych czy koszty - mające znaczenie dla przedmiotu zamówienia - powodują, iż wyjaśnienia Odwołującego są niewystarczające (podobny pogląd został wyrażony w ww. wyroku KIO).

Zgodnie z orzeczeniem KIO z 22 marca 2011 r. sygn. 476/11: „*Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny, gdy zaś są na tyle skąpe, iż dokonanie rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie jest możliwe, dają podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Wiedza, doświadczenie i zdrowy rozsądek zamawiającego stanowią podstawę weryfikacji*

tychże wyjaśnień. Jeśli więc wykonawca wskazuje na elementy cenotwórcze, określa ich koszt i podaje źródło tego kosztu, to tak wyspecyfikowane elementy można i należy ocenić w oparciu o przesłanki wskazywane wyżej, tu czy są to elementy w sposób istotny wpływające na cenę oferty oraz. czy ich wycena jest realna. znajduje oparcie w warunkach rynkowych. (...) Tak więc tym bardziej nieuzasadnione są podstawy do odrzucenia oferty odwołującego oparte na braku wykazania przez odwołującego szczegółowej kalkulacji każdego z elementów oferty i to w dodatku na rozbieżności na najdrobniejsze elementy cenotwórcze. ”

Abstrahując niejako od powyższego należy wskazać, iż żądania Zamawiającego dotyczące tak szczegółowych wyliczeń jak składki ZUS czy PIT (koszty pracodawcy) są nieuzasadnione choćby dlatego, iż nie zawarto ich w kalkulacjach - części XVI. SIWZ. Jak jasno wskazał wyrok KIO w sprawie o sygnaturze 486/11 z 23 marca 2011 r.: „W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Zamawiający szczegółów dotyczących kalkulacji ceny ofertowej nie określił w treści SIWZ. Żądanie przez niego tak szczegółowych elementów kalkulacji i wyodrębnienie w niej takich elementów realizacji przedmiotu zamówienia, które nie są znaczące, a także ich wyodrębnienie, które może mieć jedynie charakter szacunkowy, a nawet sztuczny, było nieuzasadnione”. *Jeśli tego oczekiwał Zamawiający mógł być taki wymóg określić w SIWZ. Żądanie tak szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej po upływie terminu składania ofert dopiero na etapie badania i oceny ofert nie miało na celu de facto dokonanie oceny oferty wykonawcy pod kątem możliwości sfinansowania zamówienia, lecz pod kątem uściślenia sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę ponad wymogi SIWZ (...). Skoro tych elementów realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający w SIWZ nie doprecyzował, po upływie terminu składania ofert nie powinien tego czynić tym bardziej ze skutkiem negatywnym dla wykonawców”.*

Z tych względów żądanie Zamawiającego w zakresie kosztów związanych z prowadzeniem biura, podatek PIT, składki ZUS było nieuzasadnione. Dodać również należy, iż koszty te po pierwsze niekiedy są nieobliczalne, ale przede wszystkim nie mają znaczącego wpływu na cenę. W końcu Odwołujący przedstawił kwotę brutto wynagrodzenia pracowników, a w tej kwocie mieszczą się ww. wartości. W tym miejscu należy przypomnieć, iż zgodnie z częścią XVI. 8. SIWZ Zamawiający mógł żądać wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Żądanie ponad te określone w SIWZ i Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. (Dz. U. poz. 231) oraz p.z.p. należy uznać za nieuzasadnione.

Odwołujący przywołał końcowo wyrok KIO z 23 grudnia 2014r. (sygn. 2615/14), odnośnie tak zarzutu nie uwzględnienia w kalkulacji prowadzenia biura przez Odwołującego (w węższym zakresie) jak i ogólnie rażąco niskiej ceny (szerszy zakres): „Wykonawca odniósł się do każdego z elementów zadanego pytania. Jako oszczędność i sprzyjające okoliczności realizacji zamówienia wskazał bliską odległość od siedziby Zamawiającego. Jak wyjaśnił Odwołujący, okoliczność ta umożliwiła chociażby zaoferowanie niższych cen w zakresie pielęgnacji (codziennej), łączy się bowiem ze znaczącym zmniejszeniem kosztów dojazdu Wykonawcy. Nadto w treści przesłanych wyjaśnień wskazał na okoliczność, że posiada odpowiedni sprzęt do wykonania zamówienia (...) Nie można zatem uznać, że Odwołujący nie przedstawił konkretnych elementów, okoliczności, które uzasadniałyby niższą cenę. W przeciwieństwie zatem do twierdzenia wyrażonego w treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, jakoby wyjaśnienia były niekonkretne i nie wskazywały składników kosztotwórczych, należy stwierdzić, że przedstawione wyjaśnienia wskazują na szczególne sprzyjające okoliczności, a także na rabat, czy konkretny koszt pracy sprzętu”.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Orange Real Estate Sp. z o.o., ul. Piękna 17/19, 00-549 Warszawa. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Na posiedzeniu w dniu 4 kwietnia 2016 r. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania argumentując, że zarzut nr 1 został zgłoszony po terminie, gdyż Odwołujący miał możliwość niezwłocznego zapoznania się z treścią oferty Przystępującego i podnoszenie obecnie zarzutów względem oferty Przystępującego należy uznać za spóźnione. W zakresie zarzutu nr 2 jako podstawę wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał, że wezwanie do złożenia umów o pracę, stanowiło wykonanie wyroku Izby z dnia 7 stycznia 2016 r. W odniesieniu do pozostałych zarzutów Zamawiający argumentował podobnie, wskazując, że zarzuty dotyczą czynności, które zostały wykonane w skutek wyroku z 7 stycznia 2016 r. Na wypadek nie uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego. Jako dodatkową podstawę żądania odrzucenia odwołania wskazano, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdyż treść pełnomocnictwa załączonego do odwołania świadczy o tym, że pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do złożenia odwołania, a więc tylko do czynności faktycznej, a nie do czynności prawnej, polegającej na wniesieniu odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 4 kwietnia 2016 r., Zamawiający wyjaśnił, że wskazanie w informacji o odrzuceniu oferty przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiło omyłkę pisarską. Podstawą prawną odrzucenia była przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, co było dla Odwołującego zrozumiałe. Odwołujący oświadczył, że w związku ze sprostowaniem Zamawiającego wycofuje zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. ust 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (vide: protokół z rozprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest administrowanie zasobem nieruchomości Banku Gospodarstwa Krajowego na terenie Polski – Warszawa.

Zamawiający przewidział zamówienia opcjonalne, tj.:

Zamówienie opcjonalne I – polegające na przedłużeniu umowy na kolejny okres 12 miesięcy. Zakres prac, czynności i usług realizowanych w ramach Zamówienia opcjonalnego I jest taki sam, co w ramach Zamówienia podstawowego.

Zamówienie opcjonalne II – polegające na świadczeniu usługi administrowania Zasobem nieruchomości w zakresie: Usuwania Awarii, Usuwania skutków Awarii oraz zakupu Materiałów eksploatacyjnych.

Zamawiający na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. c i d ustawy Pzp wprowadził wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wszystkich osób wchodzących w skład Minimalnego zespołu osób, tj.:

- Osoby pełniące funkcję Koordynatora (wskazana imiennie w wykazie „Potencjał kadrowy” Tabel A),
- Zespołu serwisowego składającego się z co najmniej 2 osób (wskazanych imiennie w wykazie „Potencjał kadrowy” Tabela I),
- Osoby pełniące funkcję Konserwatora instalacji elektrycznych (wskazana imiennie w wykazie „Potencjał kadrowy” Tabela B).

Zamawiający zastrzegł, że ww. osoby powinny być zatrudnione na umowę o pracę przez cały okres realizacji zamówienia. Osoby te będą oddelegowane przez Wykonawcę do pełnienia stałego dyżuru w budynku Zamawiającego w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 7 w godzinach od 7:00 rano do 18:00.

Zamawiający zastrzegł, że będzie uprawniony do kontroli spełniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia ww. osób. Na żądanie

Zamawiającego, Wykonawca obowiązany będzie niezwłocznie udokumentować fakt zatrudnienia ww. osób, przedstawiając w szczególności: umowę o pracę, dowody uiszczenia składek na ubezpieczenie społeczne, lub dowody odprowadzania zaliczek na podatek dochodowy.

Zamawiający określił rodzaj czynności wykonywanych przez osobę pełniącą funkcję Koordynatora: nadzorowanie i koordynowanie wszelkich czynności powierzonych Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, szczegółowo określonych w Kartach czynności administracyjnych.

Zamawiający określił rodzaj czynności wykonywanych przez osoby wchodzące w skład zespołu serwisowego: Prace administracyjne oraz Prace gospodarcze, zgodne z zakresem opisanym w Kartach czynności administracyjnych.

Zamawiający określił rodzaj czynności wykonywanych przez osobę pełniącą funkcję Konserwatora instalacji elektrycznych: prace polegające na Konserwacji instalacji elektrycznej i urządzeń, zgodne z zakresem opisanym w Kartach czynności administracyjnych.

Pozostałe osoby wskazane imiennie w wykazie „Potencjał kadrowy” mogą opcjonalnie wchodzić w skład Minimalnego zespołu osób.

Zamawiający zastrzegł możliwość zmiany (zmniejszenia) powierzchni użytkowej lokalizacji wchodzących w skład zasobu nieruchomości BGK w związku z: sprzedażą nieruchomości własnych przez Zamawiającego; wynajmem części nieruchomości własnej podmiotom zewnętrznym przez Zamawiającego; zakończeniem najmu nieruchomości przez Zamawiającego (dotyczy tylko Części I); zmniejszeniem powierzchni najmowanej nieruchomości przez Zamawiającego;

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji w rozumieniu art. 34 ust. 5 ustawy Pzp zawarty jest w IPU oraz OPZ.

Załącznik nr 1 - opis przedmiotu zamówienia

Załącznik nr 2a – istotne postanowienia umowy – „IPU Centrala”

W rozdziale XVI SIWZ, dotyczącym sposobu ceny oferty, Zamawiający wskazał m.in., że:

Podstawą do ustalenia ceny oferty jest opis przedmiotu zamówienia załącznik nr 1 do SIWZ oraz obowiązki określone w IPU załącznik nr 2.

Cena podana w ofercie stanowić będzie maksymalną łączną wartość umowy i będzie podstawą porównania ofert oraz wyboru oferty zgodnie z cz. XVII SIWZ.

Cena podana w ofercie jest sumą: wartości całkowitej brutto zarządzania w trakcie całego trwania umowy (zamówienie podstawowe i opcjonalne I) oraz maksymalnego

przewidzianego przez zamawiającego wynagrodzenia wykonawcy brutto za realizację czynności usuwania awarii oraz usuwania skutków awarii, a także zakupu materiałów eksploatacyjnych (zamówienie opcjonalne II).

Wykonawca poda ceny za wszystkie elementy zamówienia w Formularzu cenowym, którego wzór stanowi załącznik nr 3a do SIWZ, według następujących zasad:

- Dla każdej pozycji (lokalizacji) znajdującej się w tabeli Formularza cenowego należy podać Stawkę brutto za 1 m² zarządzania, Wartość miesięczną zarządzania brutto, oraz Wartość całkowitą brutto zarządzania w trakcie całego trwania umowy;
- Suma cen z poszczególnych pozycji (kolumna F) stanowi łączną maksymalną wartość wynagrodzenia za realizację Zamówienia podstawowego oraz Zamówienia opcjonalnego I.
- Maksymalne przewidziane przez Zamawiającego wynagrodzenie brutto za czynności Usuwania Awarii, Usuwania skutków Awarii oraz zakup Materiałów eksploatacyjnych, realizowane w ramach Zamówienia opcjonalnego II, nie przekroczy w trakcie całego okresu obowiązywania umowy kwoty 330 000,00 zł-dla zamówienia (Warszawa), II zamówienie opcjonalne nie może przekroczyć kwoty 330.000,00 zł.

Wynagrodzenie Wykonawcy za zarządzanie, tj. realizację Zamówienia podstawowego oraz Zamówienia opcjonalnego I ma charakter ryczałtowy, zaś wynagrodzenie Wykonawcy za realizację Zamówienia opcjonalnego II ma charakter zmienny.

Wykonawca określi wszystkie ceny w złotych polskich. Cena ryczałtowa podana w ofercie musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Ewentualne upusty oferowane przez Wykonawcę, inne niż upust oferowany za materiały (w tym materiały eksploatacyjne) wykorzystywane przez Wykonawcę przy realizacji przedmiotu zamówienia oraz za wykonanie czynności zabezpieczania miejsca awarii oraz usuwania awarii, będący elementem oceny ofert (kryterium nr II), muszą być zawarte w ostatecznych, wyrażonych jedną wartością cenach jednostkowych. Wartość pozycji po zastosowaniu upustu nie może być niższa niż koszty własne lub koszty wytworzenia.

W ramach przyjętych kryteriów oceny ofert Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty kierował się będzie następującymi kryteriami i ich wagą.

KRYTERIUM nr I (C) - cena - waga 80%.

Cena - wartość całkowita brutto zarządzania w trakcie całego trwania umowy, będąca sumą wartości wynagrodzeń dla poszczególnych pozycji (lokalizacji), wskazana w formularzu cenowym (załącznik 3a)

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach Kryterium nr I wynosi 80.

KRYTERIUM nr II (U/m) - upust dotyczący zakupu Materiałów eksploatacyjnych wykorzystywanych przez Wykonawcę przy realizacji przedmiotu zamówienia - waga 5%.

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach Kryterium nr II wynosi 5.

KRYTERIUM nr III (U/cz) - upust od wynagrodzenia za wykonanie czynności Usuwania Awarii oraz Usuwania skutków Awarii - waga 5%.

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach Kryterium nr III wynosi 5.

KRYTERIUM nr IV (G) - okres gwarancji jakości na usługi wykonane w ramach: Prac podstawowych, Prac gospodarczych, Usuwania Awarii oraz Usuwania skutków Awarii, a także na zastosowane Materiały eksploatacyjne – waga 10%.

Wartość przedmiotu zamówienia Zamawiający ustalił na kwotę 1 646 000,00 zł netto. Zamawiający podał, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, z uwzględnieniem zamówień uzupełniających, wynosi 2 560 888,29 brutto.

Do terminu składania ofert, tj. do dnia 10 września 2015 r. oferty złożyli wykonawcy:

1. CGI Sp. z o.o. – cena 1 616 421,51 zł; upust 1 -21%; upust 2 -21%; gwarancja 25 m-cy;
2. Konsorcjum Impel Tech Solutions Sp. z o.o. – 1 715 565,10 zł;
3. Orange Real Estate Sp. z o.o. – 1 598 840,96; upust 1 -20,1%; upust 2 -20,1%; gwarancja 25 m-cy;
4. 2Day Sp. z o.o. 1 678 041,96;
5. AGIS Nieruchomości A.K. - 965 254,16; upust 1 -21%; upust 2 -21%; gwarancja 36 m-cy;

Zamawiający wezwał firmę AGIS Nieruchomości pismem z dnia 13.10.2015 r. do wyjaśnień – na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących ceny oferty. Wyjaśnienie powinno szczegółowo przedstawiać oszacowanie kosztów ponoszonych przez wykonawcę na świadczenie usług stanowiących przedmiot zamówienia i umożliwić zamawiającemu ocenę, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 18.10.2015 r. firma AGIS Nieruchomości udzieliła następującej odpowiedzi na to wezwanie.

„Jeżeli chodzi o cenę ofertową, wskazuję iż nie jest ona rażąco za niska. Cena ta została rzetelnie określona i była poprzedzona skrupulatną analizą Wykonawcy. Dotychczasowo jako firma AGIS NIERUCHOMOŚCI mieliśmy okazję uczestniczyć w trzech przetargach nieograniczonych na administrowanie zasobem BGK - w tym zasobu Warszawa dokładnie od 20 stycznia 2014 roku dzięki czemu mieliśmy okazję bardzo dobrze poznać cenowe oczekiwania Zamawiającego nie obniżając przy tym jakości wykonywanej usługi. Na dowód

powyższego przedkładam procentową kalkulację kosztów miesięcznych uzasadniającą zaoferowaną cenę.

Centrala Zamówienie podstawowe oraz opcjonalne I:

1. Koszty całego personelu realizującego zadania określone w SIWZ dla Centrali - 40% Zamówienia podstawowego w 11 godzinnym czasie pracy (07:00-18:00).
2. Koszty utrzymania pogotowia awaryjnego, paliwo - 5%
3. Koszty Zabezpieczenia awarii - 2,5%
4. Koszty utrzymania minimalnego zapasu materiałów - 5%
5. Koszty bieżących napraw i konserwacji - 5%
6. Koszty zapewnienia odpowiednich narzędzi i sprzętu - 2,5%
7. Koszty transportu, wraz załadunkiem i rozładunkiem materiałów, paliwo - 2,5%
8. Koszt utrzymania biura - 0% [zamawiający wyjaśniał, że pomieszczenie dla wykonawcy zamówienia udostępnia nieodpłatnie]

Uwzględniając udzielone upusty w wysokości 20% - zysk dla firmy pozostaje w wysokości - 17,5% t.j. 111 169,47 zł/m-c brutto

Kwota za obsługę zamówienia o administrowanie zasobem nieruchomości Banku Gospodarstwa Krajowego na terenie Warszawy została skalkulowana ze średniorynkowym zyskiem jak dla firmy o profilu nie korporacyjnym tj. jednoosobowej działalności gospodarczej. W oparciu o politykę i już dziesięcioletnią działalność firmy AGIS oraz ogólnopolskie stawki firm Polskich zarządzających nieruchomościami zysk z kontraktu na wysokości 17,5% nie stanowi rażąco niskiego dochodu.

Dodatkowo wyjaśniamy, iż dotychczasowy oddział firmy AGIS w Warszawie dysponuje osobami wielokrotnie sprawdzonymi w należyтым wykonywaniu swoich obowiązków w zarządzaniu nieruchomościami i obsłudze technicznej oraz posiadającymi należyte uprawnienia. Dodatkowym atutem jest niewielka odległość do Centrali Banku oraz jej oddziałów. Oddział Warszawski AGIS wyposażony jest we wszystkie narzędzia pracy od samochodów firmowych po elektronarzędzia. Od lat wykonujemy powierzone zlecenia w sposób należyty na wypracowanych oraz już stworzonych strukturach firmy.

Dzięki obsłudze wielu nieruchomości na terenie Warszawy oraz okolic mamy możliwość oferowania naszych usług proponując konkurencyjne ceny i należyłą jakość co potwierdzają zamieszczone na naszej stronie www.agis.nieruchomoscj.pl referencje.

Zamawiający wezwał firmę AGIS Nieruchomości pismem z dnia 03.11.2015 r. do dalszych wyjaśnień, gdyż skalkulowany zysk w wysokości 111 169,47 zł m-c przekracza wartość oferty wykonawcy. Zamawiający zwrócił się także o wyjaśnienie sposobu obliczenia

kosztów całego personelu w kontekście konieczności zapewnienia odpowiedniej wymaganej kadry pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę.

Pismem z dnia 05.11.2015 r. firma AGIS Nieruchomości udzieliła następującej odpowiedzi.

„W imieniu AGIS Nieruchomości, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczącego oferty złożonej w postępowaniu przetargowym dot. zamówienia publicznego „Administrowania zasobem nieruchomości Banku Gospodarstwa Krajowego na terenie Polski- Warszawa”, wyjaśniam co następuje.

W złożonym wcześniejszym wyjaśnieniu z dnia 18.10.2015 r. Dot. pisma: BZP - 064 - 681/2015 z dnia 13.10.2015 r. nastąpiła pomyłka pisarska kalkulacji zysku miesięcznie: było: 111 169,47 zł/m-c brutto, winno być: 111 169,47 zł/ brutto zamówienia biorąc pod uwagę termin realizacji zamówienia (24 miesiące z opcją przedłużenia na kolejne 12 miesięcy). Powyższa kwota zysku została skalkulowana w wartości brutto Formularza Cenowego poz. 6 kolumna F załącznik nr 3a do SIWZ. W tym przypadku kwota miesięczna zysku wynosi 3 088,04 zł/ brutto miesięcznie. Przewidziane dodatkowe wynagrodzenie dla pracowników zatrudnionych na umowie o pracę wyniesie: 7 058,38 zł/ brutto miesięcznie.

Przyjmując sugestię Zamawiającego biorącego pod rozważenie termin realizacji zamówienia (24 miesiące z opcją przedłużenia na kolejne 12 miesięcy) oraz cenę brutto oferty 965 254,16 i nasz wskazany wcześniej zysk w wysokości 17,5% zysk wyniesie 168 919,48 zł/brutto za okres 36 miesięcy t.j. 4 692,21 zł/ brutto miesięcznie. W tym przypadku przewidziane wynagrodzenie dla pracowników zatrudnionych na umowie o pracę wyniesie: 10 725,05 zł/ brutto miesięcznie. Minimalne wynagrodzenie brutto za pracę wynosi 1750,00 zł/brutto miesięczne.

W kontekście konieczności zapewnienia odpowiedniej wymaganej kadry pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę podtrzymujemy wcześniej skalkulowany 40% koszt miesięcznego - wynagrodzenia całego personelu przewidzianego do realizacji zadania określonych w SIWZ dla Centrali, zważywszy iż wskazaliśmy w poprzednim wyjaśnieniu, że dysponujemy obecnie personelem zatrudnionym na umowie o pracę w Naszym Oddziale w Warszawie Al. Solidarności 117/103.

Zamawiający wezwał firmę AGIS Nieruchomości pismem z dnia 24.11.2015 r. do kolejnych wyjaśnień w odniesieniu do ceny, w zakresie przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów osobowych uwzględniających zatrudnienie zgodnie z zapisami SIWZ, czterech osób stanowiących „Minimalny zespół osób” na podstawie umów o pracę. Zamawiający prosił o przedstawienie kalkulacji biorącej pod uwagę wymagania (obecność na terenie obiektu

centrali codziennie, w godzinach od 7-18 oraz obowiązujące systemy czasu pracy opisane w kodeksie pracy.

Pismem z dnia 25.11.2015 r. firma AGIS Nieruchomości udzieliła następującej odpowiedzi:

„W imieniu AGIS Nieruchomości, w odpowiedzi na wezwanie dot. pisma: BZP -064-736/2015 z dnia 24.11.2015 r. przedstawia szczegółową kalkulację kosztów osobowych uwzględniających zatrudnienie zgodnie z zapisami SIWZ, osób stanowiących „Minimalny zespół osób” na podstawie umowy o pracę.

Lp.; Rodzaj; Ilość osób; Ilość godzin m-c; Cena jednostkowa brutto/godz.; Wynagrodzenie

- 1. Koordynator - 2 osoby *5,5 godz. *22 dni; 2; 242; 18,00; 4 356,00*
- 2. Zespół serwisowy - 2 osoby*5,5 godz. *22 dni; 2; 242; 13,50; 3 267,00*
- 3. Konserwator - 2 osoby*5,5 godz. *22 dni; 2; 22; 242; 12.80; 3097,60*

SYSTEM 2 zmianowy; Ilość osób 6; Ilość godzin m-c 726; RAZEM 10 720.60 zł.

W dniu 7 grudnia 2015 r., Zamawiający dokonał, jako najkorzystniejszej, wyboru oferty wykonawcy A.K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AGIS Nieruchomości (Odwołujący w niniejszej sprawie). Przedmiotowa czynność została zaskarżona przez wykonawcę Orange Real Estate Spółka z o.o., ul. Piękna 17/19, 00-549 Warszawa (Przystępujący w niniejszej sprawie), który w odwołaniu z dnia 17 grudnia 2015 r. podniósł zarzuty naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty firmy AGIS Nieruchomości z uwagi na treść oferty nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty firmy AGIS Nieruchomości zawierającej rażąco niską cenę,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu,
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty AGIS Nieruchomości, choć oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona ze względu na rażąco niską cenę.

Przedmiotowa sprawa została zarejestrowana pod sygnaturą KIO 2744/15 i rozstrzygnięta wyrokiem Izby z dnia 7 stycznia 2016 r., w którym Izba uwzględniła odwołanie

i nakazała Zamawiającemu: 1.1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty; 1.2. wezwanie wykonawcy A.K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AGIS Nieruchomości do przedłożenia dowodów potwierdzających pełne ujęcie ponoszonych kosztów usługi w zaoferowanej cenie ofertowej; 1.3. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty.

Jak wynika z uzasadnienie ww. rozstrzygnięcia Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp Izba uznała natomiast, że Zamawiający „wbrew obowiązkom nałożonym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wezwał wykonawcy AGIS Nieruchomości do przedłożenia dowodów na okoliczność potwierdzenia złożonych wyjaśnień, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Stąd zachodziły podstawy do uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu powtórzenia procedury wezwania wykonawcy AGIS Nieruchomości do złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość całkowitej kalkulacji cenowej oferty. Wybór oferty wykonawcy AGIS Nieruchomości bez dostatecznego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający naruszył również art. 90 ust. 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na przeprowadzeniu procedury wyjaśniania realności ceny oferty wykonawcy AGIS Nieruchomości niezgodnie z dyrektywami postępowania wynikającymi z art. 90 ust. 1 Pzp. (...) W efekcie potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców, przy zapewnieniu uczciwej między nimi konkurencji oraz wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych” (vide: uzasadnienie wyroku z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2744/15).

Pismem z dnia 18 stycznia 2016 r., Zamawiający zawiadomił, iż wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2744/15, unieważnił czynność oceny ofert i wyboru Wykonawcy Agis Nieruchomości, jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 20 stycznia 2016 r., Zamawiający, wykonując ww. wyrok, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do przedłożenia dowodów potwierdzających pełne ujęcie ponoszonych kosztów usługi w zaoferowanej cenie ofertowej, tj.: ofert dostawców, podwykonawców, cenników, faktur za podobne dostawy/usługi, faktur za materiał, umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło itp. Dodatkowo Zamawiający

zwrócił się o wyszczególnienie kwotowo kosztów kalkulacyjnych składających się na wykonanie przynajmniej zasadniczych elementów zamówienia, takich jak:

- koszty osobowe i rzeczowe ekip zaangażowanych w realizację zamówienia (w tym narzędzia, sprzęt),
- koszty ogólne Agis Nieruchomości, związane z realizacją zamówienia,
- koszty ubezpieczenia,
- koszty gwarancji,
- koszty zakupu sprzętu do bieżących napraw konserwacyjnych,
- koszty transportu (paliwa) i inne związane z realizacją zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 29 stycznia 2016 r. przedłożył „pełne kalkulowane koszty oraz dowody potwierdzające ujęcie ponoszonych kosztów usługi”. Odwołujący w formie tabelarycznej wyspecyfikował koszty usługi ze wskazaniem: kosztu wynagrodzenia jaki zostanie po stronie AGIS nie związany z realizacją Zamówienia; kosztu wynagrodzeń pełnego etatu opłacanego przez AGIS Nieruchomości brutto; kosztu miesięcznego wynagrodzenia przy realizacji zamówienia BGK brutto, udziału %; wartości brutto całości zamówienia; wartości miesięcznej zamówienia – opatrując kalkulację uwagami o treści: *„Koszty osobowe są ponoszone, a jedynie koszty wymienione w kolumnie C poz. 3-5 są uwzględnione do przedmiotowego zamówienia”*; *„Koszty ubezpieczeń związanych z prowadzoną działalnością są ponoszone i nie podlegają wyliczeniom”*; *„Koszty zabezpieczenia gwarancyjnego podlegają zwrotowi po zakończeniu umowy i nie podlegają wyliczeniom, jest to koszt wykonawcy”*; *„Koszty utrzymania biura związane z prowadzoną działalnością są ponoszone i nie podlegają wyliczeniom”*.

Odwołujący przedłożył także dowody potwierdzające ponoszone koszty usług podobnych do przedmiotowego zamówienia, które Odwołujący odniósł do tabeli przedstawionej w treści odpowiedzi na wezwanie. Odwołujący zastrzegł te dokumenty, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 12 lutego 2016 r., Zamawiający wskazując na wykonanie wyroku Izby z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2744/15, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do przedłożenia:

1. Szczegółowo rozpisanych czynników cenotwórczych uwzględnionych w kalkulacji cenowej i mających wpływ na wskazaną ofertę cenową;
2. Szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej (zł/m²) wraz z dowodami i wyjaśnieniem dlaczego zastosowano wskazane ceny cząstkowe;

3. Szczegółowego rozpisanego planu pracy (harmonogram) poszczególnych pracowników (uwzględnienie ilości godzin pracy, zasad zmianowości) wraz z wyszczególnieniem kosztów pracy ponoszonych w trakcie realizacji umowy;
4. Wykazu pracowników – uwzględnionych w harmonogramie czasu pracy – dedykowanych do zamówienia, ich kwalifikacji zgodnych z wymogami przetargu, a także formy ich zatrudnienia (umowa o pracę, zlecenie) + zakres wykonywanych przez nich zadań w ramach zamówienia;
5. Szczegółowej informacji w sprawie sposobu oszacowania pozostałych kosztów (utrzymania pogotowia, zabezpieczenia awarii) wraz ze szczegółowym rozpisaniem tabelarycznym;
6. Faktur wystawionych kontrahentom (np. wskazanym w ofercie celem wykazania doświadczenia) za świadczone usługi administrowania obiektami użyteczności publicznej;
7. Wszystkich umów o pracę, umów zleceń i umów o dzieło pracowników zatrudnionych w AGIS w 2015 r. na stanowiskach: koordynator, konserwator i serwisant.

W odpowiedzi pismem z dnia 17 lutego 2016 r., Odwołujący przedłożył w formie tabelarycznej: szczegółowo rozpisane czynniki cenotwórcze; szczegółową kalkulację ceny jednostkowej, szczegółową informację w sprawie sposobu oszacowania kosztów, szczegółowo rozpisany plan pracy z wykazem pracowników, czasem pracy (harmonogram).

Wykonawca przedłożył także faktury dotyczące usług wykonywanych na rzecz innych podmiotów.

Wykonawca wskazał ponadto, że podtrzymuje dotychczasowe stanowisko dotyczące umów o pracę, umów zleceń, umów o dzieło, a niniejsze pismo stanowi jego uzupełnienie. Odwołujący zastrzegł złożone dokumenty, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 25 lutego 2016 r. Zamawiający wskazując na wykonanie wyroku Izby z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2744/15, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do:

1. Przedstawienia szczegółowo rozpisanego planu pracy (harmonogramu) poszczególnych pracowników (uwzględnienie ilości godzin pracy, zasad zmianowości, obowiązkowego stanu osobowego zmiany) wraz z wyszczególnieniem kosztów pracy ponoszonych w trakcie realizacji umowy. Zamawiający zwrócił się o wskazanie imienne sposobu organizacji pracy z uwzględnieniem stanowisk na przykładzie jednego miesiąca, według wzoru przesłanego przez Zamawiającego,

2. Przedłożenia wszystkich umów o pracę, umów zleceń i umów o dzieło pracowników zatrudnionych w AGIS w 2015 r. na stanowiskach: koordynator, konserwator i serwisant i wskazanych w ofercie. W przypadku braku zatrudnienia osób w chwili obecnej Zamawiający wezwał do przedstawienia umów o pracę osób pracujących na stanowiskach równorzędnych (o takim samym zakresie obowiązków),
3. W wyjaśnieniach z dnia 18 lutego 2016 r. nie wskazano kosztów pracowników utrzymania pogotowia awaryjnego. Czy dyżur ten pełnić będą ci sami pracownicy, co pracujący w ciągu dnia? W przypadku potwierdzenia, iż będą to ci sami pracownicy, Zamawiający zwrócił się o wskazanie przykładowego harmonogramu dyżurów pracowników,
4. Wyjaśnienia, dlaczego w kolumnie 8 (koszt miesięczny ogółem) nie zgadzają się z sumą pozycji z wiersza 7 i 10,
5. Czy koszty pracownicze wskazane w tabeli obejmują również koszty wynagrodzenia ponoszone przez pracodawcę (obejmujące wszystkie narzuty i koszty)?,
6. Dlaczego w ofercie wskazany jest upust 21% a w kalkulacji 20%. Jeśli jest to pomyłka i powinno być 21% Zamawiający poprosił o przedstawienie poprawionej kalkulacji z dnia 18 lutego 2016 r. Jeśli jest to inna pozycja, poproszono o szczegółowe wyjaśnienie pozycji upust 20% (wiersz 16 kalkulacji z dnia 18.02.2016 r.),
7. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, dlaczego w wykazie przesłanym w dniu 18.02.2016 r., brakuje wskazania dwóch nazwisk członków zespołu serwisowego. Czy są to inne osoby niż wskazane w ofercie?,
8. Przedstawienia czynników wpływających na istotną różnicę w średnim koszcie metra kwadratowego powierzchni w zarządzanych przez AGIS obiektach w porównaniu do kosztu zaproponowanego w złożonej ofercie do BGK.

W odpowiedzi, pismem z dnia 29 lutego 2016 r. Odwołujący:

Ad 1) przedłożył szczegółowo rozpisany plan pracy (harmonogram) poszczególnych pracowników uwzględniając ilość godzin pracy. Co do zmienowości poszczególnych pracowników wskazano, że zostało to wymienione w kolumnie 4 (czas pracy miesięczny) w tabeli Harmonogramu czasu pracy i zakresów obowiązków poszczególnych pracowników w piśmie z dnia 18 lutego 2016 r.,

Ad 2) załączył dodatkowo do umów, które zostały już okazane przy poprzednim piśmie, umowy z roku 2014 (dwie sztuki) z firmy F.H.U. AGIS (wskazano, że jest to ta sama działalność przed zmianą nazwy na AGIS NIERUCHOMOŚCI) umowy zlecenia na stanowiskach konserwator przypisanych do obsługi budynku biurowego. Przedłożono

również z roku 2014 umowy spółki „córki” AGIS CONSULTING GROUP Sp. z o.o., która świadczy usługi na rzecz AGIS NIERUCHOMOŚCI i wzajemnie usługi z działu technicznej FM również z roku 2014 osób pełniących podobne funkcje na obiekcie biurowo usługowym.

Ad 3) Odwołujący wyjaśnił, że koszty utrzymania pogotowia awaryjnego pracowników zostały wliczone w przysługujące pracownikom wynagrodzenie. Dyżur ten pełnić będą pracownicy pracujący w ciągu dnia, będą w pełni zorientowani w zakresie obsługi tych urządzeń jak i sprawnej lokalizacji źródła awarii jak i jej usunięcia. Pracownicy ci zostali wymienieni w Tabeli B Harmonogramu czasu pracy i zakresów obowiązków, a zaś pogotowie awaryjne będą pełnić – przywołano zapis zakresów czynności przedstawionych w piśmie z 18 lutego 2016 r. Wskazano, że dyżur ten pełnić będą w dyżurach tygodniowych na zmianę.

Ad 4) Odwołujący potwierdził, że w kolumnie 8 tabeli wiersz 7 wkraść się błąd przy planowanych kosztach materiałów utrzymania pogotowia awaryjnego, zostało to poprawione. Natomiast w wierszy 10 zapis był prawidłowy w przesłanym piśmie z dnia 18 lutego 2016 r.

Ad 5) Odwołujący wskazał, że koszty pracownicze wskazane w tabeli nie obejmują kosztów wynagrodzenia ponoszonych przez pracodawcę. Podkreślono, że pisano o tym w odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 29 stycznia 2016 r., a zostało to zapisane w kolumnie 9 tabeli „UWAGI”.

Ad. 6) Odwołujący potwierdził wskazany błąd informując, że jest to nieświadoma pomyłka. Odwołujący wskazał, że w przedkładanej tabeli błąd ten został naprawiony. Podniesiono, że tym samym zmianie ulegają wykazane wcześniej wartości, ale to i tak nie wpływa znacząco na realizację przedmiotowego zamówienia.

Ad 7) Odwołujący wskazał, że w przedstawionym wykazie z dnia 18 lutego 2016 r. wszyscy pracownicy wymienieni będą uczestniczyć w przedmiotowym zamówieniu. Pozostali pracownicy zespołu serwisowego zostali wymienieni w tabeli D z zakresem czynności i obowiązków do codziennej kontroli i obsługi bez limitu czasowego.

Ad 8) Odwołujący wskazał, że średni koszt metra kwadratowego powierzchni w zarządzanych przez AGIS obiektach uzależniony jest od zadań narzuconych do wykonania przez Zamawiającego, gdzie oprócz samego zarządzania danym obiektem wchodzi też (bez zadań przypisanych przedmiotowemu zamówieniu) pełna obsługa techniczna FM facility management, ochrona obiektu, sprzątanie biur i magazynów, sprzątanie terenu zewnętrznego, pielęgnacja zieleni, odśnieżanie, obsługa parkingu podziemnego, pełna obsługa księgowość czy komercjalizacja, itp., które musiały być wliczone w cenę jednostkową zamówienia. Cena jest też uzależniona od wielkości zarządzanego obiektu, jego stanu technicznego i innych czynników, które wykonujący zamówienie musi w składanej ofercie uwzględnić przy kalkulacji kosztów.

Odwołujący zastrzegł złożone przy piśmie dokumenty, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W specyfikacji, w ramach warunków udziału w postępowaniu, w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający określił, że uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje następującymi osobami, które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia:

- A. co najmniej jedną (1) osobą, koordynującą i nadzorującą powierzone Wykonawcy czynności (administratora), wyznaczoną do pełnienia funkcji Koordynatora, posiadającą: – obowiązkowe ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z zarządzaniem nieruchomością, o minimalnej sumie gwarancyjnej stanowiącej równowartość w złotych 50.000 euro, zgodnie z art. 186 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tj. Dz. U. z 2014 r., poz. 518 z późn. zm.) oraz rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 13 grudnia 2013 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zarządcy nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 1616), oraz – co najmniej 2-letnie doświadczenie w zarządzaniu budynkiem biurowym, zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. 1999 nr 112 poz. 1316) klasa 1220, za wyjątkiem budynków centrów konferencyjnych i kongresów; – licencję zarządcy nieruchomości uprawniającą do wykonywania działalności zawodowej w zakresie zarządzania nieruchomościami i wpisaną do Centralnego Rejestru Zarządców prowadzonego przez resort infrastruktury w okresie przed 1 stycznia 2014 r.
- B. co najmniej dwiema (2) osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi Świadectwo Kwalifikacyjne, uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji w zakresie konserwacji, naprawy i montażu urządzeń i instalacji elektroenergetycznych do 15 kV, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. z 2003 r. Nr 89 poz. 828, z późn. zm.);
- C. co najmniej jedną (1) osobą, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającą Świadectwo Kwalifikacyjne, uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru w zakresie prac kontrolno – pomiarowych urządzeń i instalacji elektroenergetycznych do 15 kV,

zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. z 2003 r. Nr 89 poz. 828, z późn. zm.);

- D. co najmniej jedną (1) osobą, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającą Świadectwo Kwalifikacyjne, uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji w zakresie: sieci i instalacje ciepłe wraz z urządzeniami pomocniczymi, o przesyle ciepła powyżej 50 kW urządzenia wentylacji, klimatyzacji i chłodnicze, o mocy powyżej 50 kW; oraz pompy, wentylatory i dmuchawy, o mocy powyżej 50 kW, aparatura kontrolno-pomiarowa i urządzenia automatycznej regulacji do urządzeń i instalacji wymienionych powyżej, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. z 2003 r. Nr 89 poz. 828, z późn. zm.);
- E. co najmniej jedną (1) osobą, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;
- F. co najmniej jedną (1) osobą, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;
- G. co najmniej jedną (1) osobą, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.
- H. co najmniej jedną (1) osobą, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającą Świadectwo Kwalifikacyjne UDT IIW, uprawniające do obsługi wciągarek i podnośników;
- I. co najmniej dwiema (2) osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadające min. 10 letnie doświadczenie w wykonywaniu bieżących napraw, remontów, konserwacji, drobnych robót budowlanych (tzw. „Złota rączka”). Osoby te muszą posiadać aktualne prawo jazdy kategorii B.

Zamawiający dopuścił możliwość łączenia kilku funkcji przez jedną osobą, przy jednoczesnym spełnieniu wymagań dla poszczególnych funkcji.

Zamawiający zastrzegł, że w przypadku gdy Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp polega na zasobach innych podmiotów,

niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wówczas zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wykonawca Orange Real Estate Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w załączonym do oferty Wykazie „Potencjał kadrowy” w tabeli dotyczącej warunków określonych w części VII ust. 2 pkt A, B, C, D, E, F, G w kolumnie pn. „Informacja o podstawie dysponowania” wskazał „Polegam na własnym potencjale”, skreślając jednocześnie zapis o treści ~~„Polegam na potencjale innych podmiotów”~~. Dla warunków określonych w części VII ust. 2 pkt H oraz I, wykonawca wskazał „Polegam na potencjale innych podmiotów”, skreślając jednocześnie zapis o treści ~~„Polegam na własnym potencjale”~~.

Zamawiający nie wzywał wykonawcy Orange Real Estate Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie dotyczących wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W informacji o wynikach postępowania z dnia 10 marca 2016 r., Zamawiający w podstawie prawnej odrzucenia oferty Odwołującego podał, że: *„zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia”*. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że: *„wykonując wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2744/15, Zamawiający trzykrotnie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty, w tym szczegółowych składników cenotwórczych zaproponowanych za realizację przedmiotu zamówienia, w kontekście rażąco niskiej ceny. Złożone przez Agis Nieruchomości wyjaśnienia – w ocenie Zamawiającego – potwierdzają, że oferta wypełnia dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wykonawca – mimo wezwań z dnia 20 stycznia, 12 lutego i 25 lutego 2016 r. – nie przedstawił w kalkulacji cenowej na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia kosztów pracodawcy (podatek PIT, składki ZUS) związanych z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę. Wykonawca nie uwzględnił również wynagrodzenia personelu z tytułu świadczenia usług na podstawie umów cywilnoprawnych (zlecenie, o dzieło) w trakcie realizacji zamówienia. Ponadto Agis Nieruchomości nie uwzględnił kosztów związanych z prowadzeniem biura na potrzeby obsługi kontraktu. Wyjaśnienia Wykonawcy, że koszty związane z jego obsługą w kalkulowane są w inne kontrakty realizowane na terenie Warszawy i nie stanowią obciążenia finansowych dla niniejszego zamówienia mogą stanowić próbę obejścia przepisów ustawy.*

Agis Nieruchomości w przedłożonych wyjaśnieniach zawierających kalkulację cenową nie uwzględnił kosztów zawarcia polisy OC – o której mowa w § 10 i nast. IPU – dedykowanej do realizacji przedmiotowego zamówienia. Zważyć należy również, że pomimo wezwań Zamawiającego do przedłożenia wszystkich umów o pracę, umów zleceń i umów o dzieło pracowników zatrudnionych w AGIS w 2015 r. na stanowiskach: koordynator, konserwator i serwisant i wskazanych w ofercie, Wykonawca nie spełnił ciążącego na nim obowiązku i nie złożył Zamawiającemu wymaganych dokumentów. Podsumowując można powtórzyć za wyrokiem KIO sygn. KIO 2712/12, iż „celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowanie poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia z tego powodu powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzoryczny i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen”. Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające, złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06. Powyższe argumenty powodują, że zachodzi przesłanka wymieniona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obligująca Zamawiającego do odrzucenia oferty złożonej przez AGIS Nieruchomości”.

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Na posiedzeniu Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania. W ocenie Izby w sprawie nie zaistniały bowiem przesłanki z art. 189 ust. 2 Pzp, które uzasadniałyby odrzucenie odwołania w całości.

Zamawiający w uzasadnieniu żądania odrzucenia odwołania przedstawił argumentację referującą do przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, oraz do przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Argumentacja

Przystępującego referowała dodatkowo do podstawy z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, stanowiącym o odrzuceniu odwołania, gdy zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W odniesieniu do powyższych podstaw Izba wskazuje, że odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego z dnia 10 marca 2016 r. Była to nowa czynność podjęta w postępowaniu, po unieważnieniu czynności poprzedniej wskutek wykonania wyroku Izby. Odwołanie wobec czynności z dnia 10 marca 2016 r. zostało wniesione do Izby w terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołanie zostało więc, co do zasady, wniesione w terminie ustawowym i brak było tym samym podstaw do jego odrzucenia w całości. Argument o wniesieniu odwołania po terminie Zamawiający odniósł przy tym jedynie do zarzutu 1 odwołania, podnosząc, że Odwołujący miał możliwość wcześniejszego zapoznania się z ofertą Przystępującego, a co za tym idzie także możliwość wcześniejszego kwestionowania wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W sprawie istotne jest jednak to, że pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez Zamawiającego, otwierający możliwość wniesienia odwołań wobec przeprowadzonej oceny złożonych ofert, polegał na wyborze oferty Odwołującego. Odwołujący, jako wybrany wykonawca, według argumentacji Zamawiającego, winien wówczas kwestionować ofertę wykonawcy, która nie została wybrana do realizacji zamówienia.

W orzecznictwie wskazuje się na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, ale podkreśla się także, że wykonawca wybrany do realizacji zamówienia nie ma w istocie legitymacji do wnoszenia odwołania wobec ofert konkurentów (skoro rozstrzygnięcie zamawiającego jest dla niego korzystne to brak jest powodów do obligowania wykonawcy do skarżenia czynności i zaniechań względem ofert konkurentów). Przepis art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Wobec oferty wybranego wykonawcy akcentuje się brak spełnienia przesłanki w postaci możliwości poniesienia szkody (gdyż oferta tego wykonawcy jest wybrana do realizacji zamówienia). Przykładowo w wyroku z dnia 30 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2640/14, 2651/14, 2652/14, Izba wskazała, że *„Przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 p.z.p. nie są spełnione w przypadku wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż taki wykonawca wnosząc odwołanie w istocie kwestionuje wybór*

własnej oferty. Odwołanie jest tymczasem środkiem ochrony prawnej skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, nie zaś na uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, którego ofertę zamawiający wybrał, na korzystniejszych warunkach". Wykonawca, którego oferta została wybrana, wnosząc mimo to odwołanie, naraża się więc na oddalenie odwołania z uwagi na brak legitymacji, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Co istotne, wypełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, zwalnia w istocie Izbę z obowiązku merytorycznego badania zarzutów. Mając powyższe na względzie, w ocenie składu orzekającego Izby, w niniejszej sprawie, Odwołujący miał prawo do kwestionowania decyzji Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego. Dopiero skutek drugiej czynności Zamawiającego, tj. czynności z dnia 10 marca 2016 r., oferta tego wykonawcy została wybrana, jako najkorzystniejsza.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Zamawiający argumentował, że stanowiły one wykonanie wyroku Izby z dnia 7 stycznia 2016 r., ze sprawy o sygn. akt KIO 2744/15. Izba nie uwzględniła tego kierunku argumentacji. Istotą zarzutów nie było bowiem kwestionowanie samych czynności podjętych po ww. wyroku, ale ocena i decyzja, jaką Zamawiający podjął po ich przeprowadzeniu. Izba w poprzednim wyroku nie nakazywała natomiast Zamawiającemu podjęcia określonej oceny i decyzji, co do oferty Odwołującego, lecz nakazała przede wszystkim jej rzetelne zbadanie pod kątem rażąco niskiej ceny.

Izba nie uznała także żądania Przystępującego o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony. Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, którego oferta nie została jeszcze prawomocnie odrzucona z postępowania, i jest to niewątpliwie podmiot uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej. Argumentacja Przystępującego odnosiła się przy tym bardziej do prawidłowości umocowania pełnomocnika wnoszącego odwołanie (w istocie twierdzono o przekroczeniu zakresu umocowania) niż do tego, czy Odwołujący jest podmiotem uprawnionym w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. W ocenie składu orzekającego zakres umocowania nie pozostawia wątpliwości, co do możliwości skutecznego wniesienia, także w sensie prawnym, odwołania w imieniu Odwołującego.

Jednocześnie na posiedzeniu Izba postanowiła o pozostawieniu bez rozpoznania zarzutu nr 2 odwołania, dotyczącego naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 i 2c Pzp, mocą którego Odwołujący kwestionował wezwania Zamawiającego do przedłożenia wszystkich umów o pracę, umów zleceń i umów o dzieło pracowników zatrudnionych w AGIS w 2015 r.

Skarżone czynności polegające na wezwaniu Odwołującego do złożenia ww. dokumentów zostały podjęte wcześniej, przed zawiadomieniem z dnia 10 marca 2016 r. W konsekwencji także termin na ich ewentualne zaskarżenie upłynął wcześniej i nie mógł być liczony od dnia rozstrzygnięcia postępowania. W tym stanie rzeczy odpowiedniemu zastosowaniu podlegał przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Warto wskazać w tym miejscu na uzasadnienie zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt I Ca 131/15. Ocenie sądu podlegała inna materia, dotycząca zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i terminu na zaskarżenie uznania tego zastrzeżenia za skuteczne, niemniej jednak pogląd prawny wyrażony w tym orzeczeniu może zostać przeniesiony także na grunt niniejszej sprawy. W uzasadnieniu sąd wskazał mianowicie, że gdyby zarzut stanowił samodzielną podstawę odwołania wówczas, stosownie do regulacji art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Jednakże wobec tego, iż ten spóźniony zarzut, stanowiący podstawę odwołania został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiedniego stosowania przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, pozostawiony bez rozpoznania.

Dodatkowo, należy wskazać, że zarzut nr 2 odwołania referował do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co nie było podstawą rozstrzygnięcia Zamawiającego. Zamawiający żądał określonych dokumentów nie w trybie dotyczącym weryfikacji spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, ale jako dowodów dla wykazania realności ceny. W tym ujęciu, kwestionowanie tych czynności mogło stać także w opozycji z przepisem art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. W sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2744/15 Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku, że przy rozstrzyganiu wzięto głównie pod uwagę to, że Zamawiający wbrew obowiązkom nałożonym art. 90 ust. 1 Pzp nie wezwał wykonawcy AGIS Nieruchomości do przedłożenia dowodów na okoliczność potwierdzenia złożonych wyjaśnień, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jest więc oczywiste, że Zamawiający miał obowiązek przeprowadzenia, wskutek wyroku Izby, postępowania wyjaśniającego w sposób kompleksowy i wnikliwy, co też uczynił, żądając m.in. złożenia ww. dowodów. W tym stanie rzeczy odnoszenie zarzutów do czynności wykonywanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie mogło mieć miejsca. Odwołujący w podstawie prawnej, w ramach zarzutu nr 6 odwołania, przywołał przepis art. 90 ust. 1 Pzp, jednak w ocenie Izby sam zarzut nr 6 nie kwestionował czynności podjętych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a tym samym nie mógł zostać także pozostawiony bez rozpoznania, gdyż istotą zarzutu była ocena wyników przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, co niewątpliwie mogło zostać poddane pod merytoryczny osąd Izby.

Na posiedzeniu Zamawiający oświadczył także, że nie stosował wobec oferty Odwołującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a jego wskazanie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia stanowiło oczywistą omyłkę pisarską. Izba podzieliła to stanowisko, jak również to, że Odwołujący nie miał trudności z odczytaniem rzeczywistych podstaw odrzucenia jego oferty, zamykających się w przepisach art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp. Odwołujący, wobec oświadczenia Zamawiającego, cofnął na posiedzeniu zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutów odnoszących się do wykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego podlegały natomiast oddaleniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W myśl art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Analiza treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nakazuje wniosek, że podstawą swojej decyzji Zamawiający uczynił w istocie przepis art. 90 ust. 3 Pzp oraz przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jak wskazano wcześniej Odwołujący nie miał trudności z odczytaniem tych podstaw, o czym świadczyć może przede wszystkim zakres zarzutów odwołania, w którym podnoszono naruszenie zarówno art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak i art. 90 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie. W tym zakresie Izba uznaje czynność Zamawiającego za prawidłową i w pełni podziela podstawy podane w informacji z dnia 10 marca 2016 r.

Należy podkreślić, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2744/15, Izba wskazała wyraźnie, co jest niezbędne dla udowodnienia przez Odwołującego, że cena jego oferty jest ceną realną. Szczególny nacisk Izba położyła na obowiązek przedstawienia dowodów zewnętrznych.

Wykonując przedmiotowy wyrok Zamawiający stworzył Odwołującemu kilkakrotnie szansę na to, by złożyć przekonujące wyjaśnienia, jak i rzeczowe dowody dla wykazania wysokości kosztów oferty, w szczególności w kontekście udowodnienia realności zaoferowanej ceny.

W ocenie Izby takich wyjaśnień oraz dowodów Odwołujący nie złożył. Wskutek wystosowanych wezwań po stronie Odwołującego zaktualizował się obowiązek wykazania Zamawiającemu powyższych okoliczności. Tytułem uwag natury ogólnej należy wskazać, że wykonawca może być przekonany, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jeżeli jednak nie udowodni tego, stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, nie przedstawi w sposób rzeczowy, co pozwoliło mu w tym postępowaniu na zaoferowanie takiej ceny, i nie da w konsekwencji najpierw zamawiającemu, a później Izbie, jeżeli dochodzi już do sporu, możliwości obiektywnej weryfikacji rzetelności swoich kalkulacji – to przekonanie, co do realności ceny, pozostanie tylko i wyłącznie własnym, wewnętrznym przekonaniem tego wykonawcy. Reguły przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 Pzp są proste – wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. To na wykonawcy spoczywa tutaj cały ciężar dowodowy.

Analizując zaś wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Odwołującego Izba, podobnie jak Zamawiający, nie widzi rzeczowych wyjaśnień oraz dowodów, które potwierdzałyby, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Oceniając wyjaśnienia Odwołującego, przedstawione w wyniku wezwań Zamawiającego, Izba doszła do wniosku, że materiał ten nie stanowi wiarygodnego źródła, przedstawiającego w sposób kompleksowy, spójny i przejrzysty, podstawy dojścia do ceny końcowej oferty, ani nie wykazuje, że przyjęte do kalkulacji założenia i wartości, są rzetelne i przekonujące. Ocena przedstawionych wyliczeń, w kontekście obowiązku udowodnienia realności ceny, nie może ograniczać się do bezrefleksyjnej akceptacji wartości podanych przez Odwołującego w złożonych tabelach, ale musi sięgać dalej, w tym do oceny wzajemnej spójności tych wyliczeń, ich wiarygodności oraz poprawności przyjętych założeń. W ocenie

Izby wyjaśnienia Odwołującego zawierają także szereg niejasności, cechuje je przy tym dowolność nie poparta rzeczowymi i obiektywnymi podstawami.

Tytułem przykładu należy wskazać na wyliczenia dotyczące kosztów osobowych, będące istotnym elementem kosztotwórczym. Wykonawca przedstawił założenie, że w zakresie osób, co do których konieczne jest zatrudnienie na umowę o pracę, część kosztów wynagrodzenia nie będzie kalkulowane do realizacji niniejszego zamówienia. Ma to wynikać z zatrudnienia już tych osób przy innych kontraktach, a więc kosztem kalkulowanym do tego zamówienia miał być tylko koszt dodatkowego wynagrodzenia z tytułu realizacji, w ramach już zawartych umów, kolejnych zadań objętych przedmiotowym zamówieniem. Wykonawca nie przedstawił jednak dowodów, które potwierdzałyby, że osoby mające zostać zatrudnione także do tego zamówienia, są już zatrudnione, w jakim wymiarze czasu pracy, z jakim wynagrodzeniem, ani że są gotowe do wykonywania kolejnych obowiązków w ramach wartości deklarowanych przez wykonawcę. Złożenie dowodów zatrudnienia tych osób nie powinno stanowić dla wykonawcy żadnego problemu, skoro deklarował, że koszty te są już ponoszone. Wykazanie zaś wiarygodności wynagrodzeń przyjętych do realizacji tego zamówienia nie musiało wiązać się z poniesieniem kosztów na etapie wykazywania realności ceny, czy wcześniej na etapie kalkulacji oferty – Odwołujący mógł chociażby przedstawić oświadczenia tych osób o gotowości wykonywania pracy i realizacji tego zamówienia za kwoty deklarowane w treści wyjaśnień. Żadne dowody, które odnosiłyby się bezpośrednio do wartości przyjętych wynagrodzeń, które jednocześnie uwiarygadniałyby kwoty podawane w treści wyjaśnień, nie zostały jednak złożone.

Z treści wyjaśnień nie wynika także, czy osoby zatrudnione na umowę o pracę, mogłyby rzeczywiście wykonywać zadania przypisane im w treści złożonych harmonogramów pracy i czasu pracy. Odwołujący przyjął w wyliczeniach założenia o 5,5 godzinnym dziennym czasie pracy podanych osób. W specyfikacji Zamawiający wskazał, że osoby, co do których postawiono wymóg zatrudnienia na umowę o pracę będą oddelegowane do pełnienia stałego dyżuru w budynku Zamawiającego w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 7 w godzinach od 7:00 rano do 18:00. Odwołujący m.in. dla stanowiska Koordynatora przewidział 2 osoby mające wykonywać swoje zadania po 5,5 godzin dziennie. Należało uznać, że taki też wymiar pracy został przyjęty do kalkulacji kosztów wynagrodzeń (przy czym, jak wskazano wcześniej Odwołujący nie wykazał, w jakim wymiarze czasu pracy osoby te mają już być zatrudnione przy realizacji innych kontraktów i czy wymiar zaangażowania tych osób do tych kontraktów pozwalałby na wygospodarowanie czasu na realizację tego zamówienia). Z opisu zakresu czynności osób mających wykonywać zadania Koordynatora, wynika przy tym, że osobom tym przypisano także wykonywanie zadań w

innej lokalizacji (Warszawa Raclawicka). Zadania przypisane w innej lokalizacji wymagają niewątpliwie także fizycznej obecności na terenie obiektu (przykładowo podane przez wykonawcę „Wykonywanie codziennego obchodu lokali...”). Z treści wyjaśnień nie sposób wywnioskować, jak osoby te – mające pełnić na zmianę stały dyżur w budynku przy Al. Solidarności 7, mające być zatrudnione w wymiarze 5,5 godzinnym (co łącznie dawałoby wymiar 11 godzin zastrzeżonych do pełnienia tego dyżuru), mogłyby jednocześnie wykonywać zadania w innym budynku. Wątpliwości wzmacnia to, że dla zespołu serwisowego Zamawiający wymagał co najmniej 2 osób. Do osób tych także odnosi się wymóg pełnienia wspomnianego stałego dyżuru. Odwołujący w kalkulacji wskazał 2 osoby. W harmonogramach pracy podawano konsekwentnie 5,5 godzinny czas pracy. Przy takim podziale realizacja zadań zespołu serwisowego powinna zostać przypisana 4 osobom. Zamawiający dopuścił możliwość łączenia funkcji. Jednak z wyliczeń Odwołującego nie sposób wywieść, jak i które osoby mające być na zmianę zatrudnione po 5,5 godzin, mogłyby rzeczywiście wykonywać zadania tego zespołu.

Kolejne wątpliwości, co do rzetelności wyliczeń Odwołującego, musi budzić fakt wskazania zatrudnienia na umowę o pracę Pani A.K.. Z wyjaśnień nie wynika, czy jest to inna osoba, niż ubiegająca się o udzielenie zamówienia – będąca przedsiębiorcą prowadzącym własną działalność gospodarczą. Oceniając stan sprawy Izba nie może czynić założeń, które mogłyby być korzystne dla danej strony, ale które nie zostały udowodnione przez tą stronę w sposób jednoznaczny. Izba nie może więc czynić domniemania, że osoba wskazana, jako zatrudniona na umowę o pracę to inna osoba, niż Odwołująca. Na rozprawie okoliczności tej strona odwołująca nie wyjaśniła. Zbieżność imienia i nazwiska, także w kontekście doświadczenia życiowego, pozwala na ustalenie, że jest to ta sama osoba. Potwierdzenie tej tezy znajduje się także w dokumentach załączonych do oferty Odwołującego (dokumentacja ze sprawy KIO 2744/15 stanowi integralną część materiału dowodowego branego pod uwagę przy orzekaniu w sprawie niniejszej), gdzie licencja zawodowa nr 20147 (podawana przy wskazywaniu zatrudnienia na umowę o pracę Pani A.K.) została niewątpliwie wydana dla tej samej osoby, która jest Odwołującym (świadczy o tym porównanie danych z KRK wykonawcy z treścią licencji - tożsame imiona, imię ojca). W kontekście powyższych ustaleń należy wskazać, że zawarcie umowy o pracę przez przedsiębiorcę prowadzącym własną działalność gospodarczą w istocie z „samym sobą” jest niedopuszczalne. Powyższe dodatkowo uzasadniało krytyczne spojrzenie na wiarygodność i poprawność założeń i wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego w treści wyjaśnień.

Należało następnie w pełni podzielić argumentację Zamawiającego dotyczącą nie przedstawienia w kalkulacji cenowej na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia kosztów

pracodawcy (PIT, składki ZUS) związanych z zatrudnieniem pracowników na umowy o pracę. W wyjaśnieniach z 29 lutego 2016 r. w pkt 5, Odwołujący wprost wskazał, że – cytując – „Koszty pracownicze wskazane w tabeli nie obejmują kosztów wynagrodzenia ponoszonych przez pracodawcę. O tym pisaliśmy w odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 2016-01-29, a zostało to zapisane w kolumnie 9 tabeli „UWAGI” wiersz 3,4,5”. Z uwag zawartych w wyjaśnieniach z dnia 29 stycznia 2016 r., nie sposób wywieść kosztów pracodawcy związanych z zatrudnieniem osób do realizacji tego zamówienia, ani tego, by koszty te zostały faktycznie uwzględnione przy wyliczeniach. Dodatkowo, jeżeli nawet wykonawca ponosi określone koszty pracownicze z tytułu zatrudnienia osób przy innych kontraktach, to nie zwalniało go to z obowiązku ujęcia kosztów pracodawcy w wymiarze, jaki będzie wiązał się z dodatkowym zatrudnieniem tych osób przy realizacji tego zamówienia. Izba zauważa, że Odwołujący sam oświadczył, że podane koszty pracownicze nie obejmują kosztów wynagrodzeń ponoszonych przez pracodawcę. Już z tego tylko względu krytycznie należało ocenić argumentację, że koszty te zostały jednak uwzględnione, niezależnie od niejasności wyliczeń przedstawionych w złożonych tabelach.

Trafnie wskazał także Zamawiający, że Odwołujący nie uwzględnił wynagrodzenia personelu z tytułu świadczenia usług na podstawie umów cywilnoprawnych. Wykonawca wskazywał w złożonych wyjaśnieniach na dysponowanie osobami także na podstawie umów cywilnoprawnych. Chybione było więc twierdzenie, że nie musiał wykazywać kosztów z tytułu tych umów, gdyż planował zatrudnienie osób na podstawie umowy o pracę. To ostatnie dotyczyło bowiem tylko części osób. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca podawał m.in. kwoty 0,00 zł z adnotacją „Koszt pracownika w ramach wynagrodzenia”. Nie wiadomo jednak w ramach jakiego wynagrodzenia dana osoba miałaby wykonywać kolejne czynności związane z realizacją tego zamówienia, czy owo wynagrodzenie zostało w ogóle ujęte w kalkulacji ceny oferty – niezależnie od tego, że wykonawca w żaden sposób nie udowodnił, że może faktycznie przyjąć kwotę 0,00 zł, jako koszt pracownika (nie udowodnił m.in., że osoby mające wykonywać te czynności faktycznie byłyby gotowe do podjęcia się tych zadań w ramach wynagrodzeń już otrzymywanych).

Krytycznie Izba oceniła również wywody Odwołującego dotyczące kosztów związanych z prowadzeniem biura, jak również kosztów polisy. Ponoszenie kosztów własnych, nawet gdy są one pewnymi kosztami stałymi, nie oznacza automatycznie braku konieczności przypisania części tych kosztów do realizacji danego zamówienia. Wykonywanie kolejnych zadań może wiązać się ze zwiększeniem tych kosztów stałych (choćby z tytułu rozmów telefonicznych, zużycia materiałów biurowych, ewentualnego

dodatkowego wyposażenia, etc.). Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że wykonywanie tego zamówienia nie wpłynie w żaden sposób na jego koszty stałe, a tym samym nie udowodnił, że mógł tych kosztów w ogóle nie kalkulować.

W sposób tożsamy Izba oceniła argumentację Odwołującego dotyczącą kosztów zawarcia polisy OC. W § 10 IPU, Zamawiający zastrzegł m.in., że umowa/umowy zawarte przez wykonawcę potwierdzające posiadanie ubezpieczeń, wskazanych w ust. 1, będą dedykowane do niniejszego zamówienia realizowanego przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał więc posiadania ubezpieczeń dedykowanych do tego konkretnego zamówienia. Należało więc skalkulować w ofercie koszty tych ewentualnych umów (Zamawiający nie wymagał poniesienia tego kosztu na etapie składania oferty, ale uwzględnienia kosztu, który będzie musiał zostać poniesiony tytułem wymaganych polis, w sytuacji, gdy oferta danego wykonawcy zostanie wybrana). Odwołujący kosztu tego w ogóle nie uwzględnił. Złożonych na rozprawie dowodów Izba nie uznała za przydatne dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności złożone polisy nie dowodziły możliwości nie kalkulowania w ofercie kosztów wymaganych przez Zamawiającego ubezpieczeń. Nie były to też polisy dedykowane do tego zamówienia. Należy przy tym wskazać, że *„To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska. Izba ocenia jedynie czynność zamawiającego polegającą na ocenie wyjaśnień. Zatem wszelkie dowody wykonawca powinien złożyć już na etapie składania wyjaśnień”* (por. wyrok z dnia 8 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1058/15).

Warto przytoczyć w tym miejscu także wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1103/15, w którym wskazano, że: *„Nie liczy się wielość stron zapisanych, czy też wielość argumentacji przytoczonej w piśmie wykonawcy, a merytoryczna wartość przedstawionych wyjaśnień, które zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 p.z.p., muszą być poparte dowodami. Czymże bowiem byłyby dowolne wyjaśnienia wykonawcy, jeżeli nie można by było ich zweryfikować. Jedynie stanowiskiem strony, ukształtowanym w postępowaniu na przekonanie drugiej strony, co do swojego spojrzenia na sprawę. Weryfikację natomiast można przeprowadzić wyłącznie o przedstawione dowody”*.

W kontekście obowiązku Odwołującego wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, Izba nie uznała wartości i doniosłości dowodowej dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami. Odwołujący nie przedstawił w szczególności dowodów dotyczących zatrudnienia na umowę o pracę personelu dedykowanego do tego zamówienia. Odwołujący miał obowiązek złożyć umowy, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, czego

nie uczynił. Nie powinno to stanowić problemu dla wykonawcy, skoro deklarował, że osoby te pozostają w zatrudnieniu. Złożenie innych umów, których nie można w ogóle przełożyć na to zamówienie, czy złożenie innych dowodów, bez rzeczowego wskazania, jak okoliczności dowodzone tymi dowodami mają przekładać się na wycenę oferty w tym postępowaniu, nie dawało podstaw do uznania, że wykonawca wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco nisko. Nie jest zrozumiałe anonimizowanie umów składanych Zamawiającemu, zwłaszcza gdy wykonawca odwoływał się do tajemnicy przedsiębiorstwa. Na marginesie, Izba wskazuje, że ograniczenie się do zdawkowego stwierdzenia, że składane dowody stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie powinno być uznane za wystarczające do skorzystania z tego rodzaju zastrzeżenia. Złożone umowy, w tym zawarte na okres próbny, jak również umowy zlecenia, dotyczące wykonywania przykładowo pracy na terenie województwa pomorskiego, w Białymstoku, Gdańsku, Gdyni, czy umowy z 2011 i 2014 r. (zawarte przy tym przez pracodawcę formalnie innego niż sam Odwołujący) nie mogły zostać uznane za rzeczowy i wiarygodny materiał, który potwierdzałby realność ceny zaoferowanej w tym postępowaniu. Odwołujący składał co prawda szereg dokumentów, ale nie zawierały one, zdaniem Izby, merytorycznej doniosłości i znaczenia, w kontekście wykazania realności ceny. Dla udowodnienia realności ceny nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek dowodów dokumentujących działalność danego przedsiębiorcy, w tym w ujęciu historycznym, ale konieczne jest przedstawienie dowodów, które w sposób obiektywny i jednoznaczny mogą zostać uznane za materiał faktycznie potwierdzający możliwość zaoferowania badanej ceny, a tym samym możliwość należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia za tą cenę. To wykonawca jest autorem wyceny swojej oferty i powinien potrafić wykazać realność i rzetelność tej wyceny, także poprzez odpowiednie dowody.

Podobnie należało ocenić materiał w postaci faktur, czy dowodów zakupu, z którego nie wynikają obiektywne wnioski dla wyceny oferty w tym postępowaniu, niezależnie od tego, że w wyjaśnieniach Odwołujący nie wykazał, jak owe dowody miały mu pozwolić na kalkulację ceny na tak niskim poziomie. W sposób tożsamy należało ocenić faktury dotyczące usług wykonywanych na rzecz innych podmiotów, także w kontekście ogólnikowych wyjaśnień dotyczących okoliczności mających uzasadniać niższą wycenę za 1 m².

Należy w tym miejscu przypomnieć, iż we wcześniejszej sprawie Izba położyła szczególny nacisk właśnie na dowody zewnętrzne. Te, które zostały ostatecznie złożone przez Odwołującego, w ocenie składu orzekającego Izby, nie zasługiwały na uznanie, gdyż nie stanowiły materiału, który obrazowałby i uzasadniał koszty wykonawcy oraz możliwość zaoferowania ceny na poziomie tak znacznie odbiegającym od szacunków Zamawiającego

i cen innych ofert. Podkreślenia wymaga, że przy istniejącej dysproporcji Odwołujący winien był w sposób szczególnie rzetelny i przekonujący udowodnić, jakie wyjątkowe okoliczności mogły mu pozwolić na oferowanie tak niskiej ceny, w tym winien udowodnić w pierwszej kolejności, że owe wyjątkowe okoliczności rzeczywiście istnieją po jego stronie. Odwołujący, ani przed Zamawiającym, ani przed Izbą, nie złożył dowodów, które wykazywałyby, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. Wymaga zaznaczenia, że ciężar dowodowy spoczywał w tym zakresie w całości na Odwołującym, zarówno na mocy art. 90 ust. 2 Pzp, jak i art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Reasumując, w ocenie Izby, odrzucenie oferty Odwołującego było prawidłowe i w pełni uzasadnione okolicznościami niniejszej sprawy. Zamawiający nie naruszył w tym zakresie żadnego z przepisów podanych w treści odwołania. Krytycznie należało przy tym ocenić zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 4 pkt 1 i 4 Pzp. Zarzut ten referował do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co nie stanowiło powodów odrzucenia oferty Odwołującego. Sam zaś przepis art. 29 ust. 4 pkt 1 i 4 Pzp dotyczy opisu przedmiotu zamówienia.

Pomimo powyższej oceny odwołanie musiało zostać uwzględnione z uwagi na zarzuty dotyczące spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie udowodnił, że wykonawca ten warunków tych nie spełnia, jednak udowodnił, że w tym zakresie istnieją wątpliwości, które nie zostały wyjaśnione przez Zamawiającego.

Okolicznością wprost wynikającą z oferty Przystępującego jest to, że dla osób wskazanych w tabeli H oraz I wykonawca podał poleganie na potencjalne innych podmiotów. Zamawiający nie przedstawił Izbie przekonujących argumentów, co pozwoliło Zamawiającemu na przyjęcie wykładni oświadczenia w sposób przeciwny, do tego co zostało wskazane przez wykonawcę.

Za niewystarczający należało uznać argument, że skoro została wskazana osoba fizyczna to niejako automatycznie świadczy to o bezpośrednim dysponowaniu tą osobą, a więc, że nie zachodzi korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego. Izba nie uznała także za przekonujący argument, że gdyby miało to być dysponowanie zasobem podmiotu trzeciego, to wykonawca mógłby wskazać podmiot trzeci, skoro zaś wskazał osobę fizyczną to winno to być oceniane, jako dysponowanie bezpośrednie (pomimo przeciwnego oświadczenia samego wykonawcy). Zamawiający w sporządzonym wzorze Wykazu „Potencjał kadrowy” nie przewidywał obowiązku podawania danych podmiotu trzeciego. Zawarto w tym wykazie natomiast kolumnę „Imię i nazwisko” – a więc oczywistym jest, że każdorazowo należało tu wpisać osobę fizyczną, i z tego tylko faktu, nie można wywodzić

dysponowania bezpośredniego, skoro podstawę dysponowania określały informacje zawarte w kolumnie 5 „Informacja o podstawach dysponowania”.

W sytuacji, gdy wykonawca dysponuje daną osobą z uwagi na istniejący bezpośrednio między tymi stronami stosunek prawny, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Wskazanie w wykazie osoby fizycznej może oznaczać dysponowanie bezpośrednio tą osobą, ale z samego faktu, że jest to osoba fizyczna nie można wywodzić wyłącznie dysponowania bezpośredniego. Może też mieć miejsce dysponowanie pośrednie, gdy dane osoby są udostępniane przez podmiot trzeci wykonawcy do realizacji konkretnego zamówienia. Jak wskazano wcześniej, Przystępujący zakreślił we wskazanych ww. częściach tabeli, poleganie na potencjale podmiotu trzeciego – uczynił to w odniesieniu do konkretnych osób fizycznych. Winno to skłaniać Zamawiającego do weryfikacji tej okoliczności, a nie do uznawania niejako odgórnie, bez poznania wyjaśnień wykonawcy, że nie mamy tu do czynienia z udostępnieniem zasobu podmiotu trzeciego. Działania te winny wynikać już z samej treści oświadczenia wykonawcy złożonego w poszczególnych tabelach. Zasadność weryfikacji tych okoliczności wzmacnia podanie przez wykonawcę w treści oferty polegania na zasobach podmiotu trzeciego (co prawda w zakresie administrowania nieruchomościami, ale wobec braku wyjaśnień ze strony wykonawcy Zamawiający nie mógł tym bardziej przesądzać, że osoby z ww. części Tabeli, były deklarowane jako zasób bezpośredni).

Izba wzięła przy tym pod uwagę, że Zamawiający jak i Przystępujący także mają obowiązek udowodnienia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Przystępujący odwoływał się do bezpośredniej współpracy ze wskazanymi osobami – nie złożył na tą okoliczność jednak żadnego dowodu, same zaś oświadczenia uczestnika w tym zakresie nie mogły być dla Izby wystarczające. Skoro i Zamawiający i Przystępujący podnosili, że mamy tu do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim to należało to udowodnić przed Izbą, a nie ograniczać się tylko do samego twierdzenia w tej materii. W kontekście ciężaru dowodowego Izba nie mogła tym samym uznać za wystarczające oświadczenia złożone na rozprawie (m.in. oświadczenie Przystępującego, że *„Osoby wskazane w ofercie współpracują na podstawie umowy cywilnoprawnej, w chwili składania ofert przystępujący dysponował tymi osobami, realizują one kontrakty dla innych klientów”* vide protokół z rozprawy). Jeżeli osoby te mają współpracować na kontraktach dla innych klientów Przystępującego to nie świadczy to także automatycznie o tym, że istnieje bezpośredni stosunek prawny między wykonawcą, a tymi osobami, dotyczący realizacji tego zamówienia.

Zamawiający nie wzywał Przystępującego do wyjaśnień, ani złożenia dokumentów. Zamawiający ponowi więc badanie i ocenę oferty Przystępującego stosując odpowiednie wezwanie. Przystępujący określi ostatecznie podstawę dysponowania tymi osobami, jeżeli ma to być dysponowanie bezpośrednio to wykonawca może jeszcze poprawić wykaz, gdzie poda stan rzeczy taki jaki jest, składając ewentualnie dowody na tą okoliczność, jeżeli zażąda tego Zamawiający. Jeżeli zaś zasób jest udostępniany przez podmiot trzeci to wykonawca będzie musiał złożyć dowody dla wykazania realności dysponowania zasobem.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zarzuty dotyczące spełnienia warunku udziału przez wybranego wykonawcę wpisują się niewątpliwie w naruszenia, które mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z tych też względów Izba przyjęła kierunek rozstrzygnięcia taki, jak w sentencji wyroku.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Izba nie zasądziła na rzecz Odwołującego kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, gdyż Odwołujący nie złożył żadnego rachunku dla wykazania wysokości kosztów. W postępowaniu przed Izbą nie jest wystarczające odwołanie się do wysokości podanej w przepisach, a więc poprzestanie na żądaniu zasądzenia kosztów według norm przepisanych. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) wskazują bowiem maksymalny pułap kosztów, jakie mogą zostać zwrócone, co nie oznacza automatycznie, że takie właśnie koszty Izba ma zasądzać. Przepis § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia stanowi wyraźnie, że Izba zasądza koszty w wysokości określonej na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy. W tej sprawie Odwołujący nie złożył Izbie żadnego rachunku. Z przyczyn formalnych nie było więc możliwości uwzględnienia wniosku o zasądzenie zwrotu tych kosztów.

Przewodniczący: