

Sygn. akt: KIO 1818/21

WYROK
z dnia 26 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**,
przy udziale:

- (A) wykonawcy **Firma Projektowo-Wdrożeniowa "TOR-BUD" S.C., Katowice** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- (B) **A.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A.S. z siedzibą w Bełku** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1818/21

UZASADNIENIE

W dniu 21 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **ENERGOKON PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** (dalej **Odwołujący**) zarzucając zamawiającemu **Spółce Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu** (dalej **Zamawiający**) niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 Pzp na usługi pod nazwą: Opracowanie 4 projektów technicznych wraz z kosztorysami inwestorskimi likwidacji bocznic kolejowych z infrastrukturą w rejonie szybu „Pułaski” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK "Wieczorek II" (znak sprawy ZP-WII-0001/21) ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16.03.2021 r. pod numerem 2021/BZP 00006175/01, polegające na:

- a) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę **A.S. prowadzącego działalność jako Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A.S.** (dalej **Wykonawca ARGO** lub **„ARGO”**) z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp, w sytuacji w której oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp;
- b) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy **ARGO** z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej oraz dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę, do czego był zobligowany z mocy ustawy;
- c) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy **Firma Projektowo - Wdrożeniowa „TOR-BUD” s.c., ul. Sępia 44C, 40-679 Katowice** (dalej **„TOR – BUD”**) z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej oraz dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę, do czego był zobligowany z mocy ustawy;
- d) zwróceniu się do wykonawcy **TOR-BUD** z wezwaniem z dnia 23.04.2021 r. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, z naruszeniem art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp, w sytuacji gdy poprzednie wyjaśnienia były ogólnikowe i gołosłowne, nie zawierały dowodów oraz potwierdzały istnienie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy.

Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności z dnia 24.06.2021 r. polegającej na wyborze oferty wykonawcy **ARGO**, dokonania odrzucenia oferty wykonawcy **ARGO**, dokonania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **TOR-BUD**, powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi pod nazwą: Opracowanie 4 projektów technicznych wraz z kosztorysami inwestorskimi likwidacji bocznic kolejowych z infrastrukturą w rejonie szybu „Pułaski” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK "Wieczorek II" (znak sprawy: ZP-WII-0001/21). Dowód: Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia nr ZP-WII-0001/21.

W wyznaczonym terminie w postępowaniu zostało złożonych pięć ofert, w tym oferta Odwołującego z ceną 216 480,00 zł brutto oraz m.in. oferty 1) A.S. prowadzącego działalność jako Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr

inż. A.S. z ceną 369 000,00 zł brutto, 2) Firma Projektowo-Wdrożeniowa „TOR-BUD” s.c. z ceną 183 270,00 zł brutto, 3) Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze z ceną 8 364 000,00 zł brutto. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia przedmiotowego zamówienia to 200 000,00 zł brutto.

W wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 10.05.2021 r. osiągnięto obniżkę cen ofert, spośród których najniższą cenę zaoferował wykonawca ARGO (75 000,00 zł brutto). „TOR-BUD” s.c. obniżył cenę do kwoty 79 800,00 zł brutto. Z kolei Odwołujący obniżył cenę swojej oferty do kwoty 199 900,00 zł brutto. Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 02.04.2021 r.; Informacja o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 10.05.2021 r.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przeprowadził procedurę badania rażąco niskiej ceny zarówno po otwarciu ofert jak i po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. W obu przypadkach dotyczyło to wykonawcy TOR-BUD, zaś w przypadku wykonawcy ARGO badano rażąco niską cenę wyłącznie po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Odwołujący wskazał, że po raz pierwszy Zamawiający zwrócił się do wykonawcy TOR-BUD z wezwaniem do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w piśmie z dnia 13.04.2021 r. wskazując, iż zaproponowane przez ww. wykonawcę ceny oferty, w tym istotne części składowe ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia wzbudziły uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, przy czym cena jest niższa 48,98% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Wezwania z dnia 13.04.2020 r. zawierały wzmiankę, iż wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak: zarządzania procesem świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją świadczonych usług, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska, wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca został zobowiązany do podania kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienia dlaczego skalkulowano są w takim wymiarze. Ponadto, Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca jest obowiązany wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia — umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Z zaprezentowanej w wyjaśnieniach przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji ceny oferty musi wynikać jednoznacznie i bezdyskusyjnie, że miesięczne koszty pracy przypadające na każdą z osób zatrudnionych przy wykonywaniu zamówienia nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Ponadto w kalkulacji należało uwzględnić koszt pracodawcy wynikający z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Zamawiający przypomniał, iż na mocy art. 226 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dowód: - Wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami dnia 13.04.2021 z

Dalej Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 23.04.2021 r., w nawiązaniu do złożonych pismem z dnia 15.04.2021 r. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty Zamawiający wezwał wykonawcę TOR-BUD do złożenia dodatkowych wyjaśnień, które będą zawierały informację w zakresie: uszczegółowienia wysokości założonych kosztów pośrednich oraz zysku, podania ilości osób przewidzianych do realizacji projektów, podania czasu pracy wskazanych osób potrzebnych do wykonania zamówienia. Dowód: Wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami dnia 23.04.2021 r.

Odwołujący wskazał, że po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej Zamawiający ponownie przystąpił do procedury opisanej w art. 224 ust. 1 Pzp. Okazało się bowiem, że oferty wszystkich wykonawców, których dotyczy przedmiotowe zawierały ceny niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (199 260,00 zł brutto) i o co najmniej 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu (142 425,00 zł brutto). Zgodnie z wezwaniem z dnia 12.05.2021 r. Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawców o wyjaśnienie, czy ich oferty uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowane ceny obejmują całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu w tym uzyskanie wszystkich wymaganych pozwoleń, decyzji, opinii i uzgodnień z organami administracji państwowej, osobami fizycznymi lub prawnymi wynikających z obowiązujących przepisów i norm w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w następującym zakresie: zarządzania procesem świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją świadczonych usług, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska, wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawcy zostali zobowiązani do podania kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienia dlaczego skalkulowano w takim wymiarze. Ponadto, Zamawiający zastrzegł, iż wykonawcy są obowiązani wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia — umowa o pracę lub umowa cywilno - prawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Z zaprezentowanej w wyjaśnieniach przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji ceny oferty musi wynikać jednoznacznie i bezdyskusyjnie, że miesięczne koszty pracy przypadające na każdą z osób zatrudnionych przy wykonywaniu zamówienia nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Ponadto w kalkulacji należało uwzględnić koszt pracodawcy wynikający z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Dowód:

Wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami dnia 12.05.2021 r. Następnie, w piśmie z dnia 19.05.2021 r., w nawiązaniu do złożonych pismem z dnia 12.05.2021r. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty Zamawiający wezwał TOR-BUD do złożenia dodatkowych wyjaśnień, które będą zawierały informację w zakresie kosztów uzyskania wszystkich wymaganych pozwoleń, decyzji, opinii i uzgodnień z organami administracji państwowej (Śląski Urząd Wojewódzki, PKP S.A., Urząd Transportu Kolejowego, MZUIM), osobom fizycznymi lub prawnymi wynikających z obowiązujących przepisów i norm w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Dowód: Wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami dnia 19.05.2021 r.

Odwołujący wskazał, że w dniu 15.06.2021 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty wykonawcy ARGO jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24.05.2021 r.

Rażąco niska cena w ofercie wykonawcy ARGO

Odwołujący wskazał, że dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ARGO nie trudno oprzeć się wrażeniu, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. W wezwaniu z dnia 12.05.2021 r. Zamawiający zawarł wymóg, aby wyjaśnienia i dowody dotyczyły w szczególności takiego elementu jak zarządzanie procesem świadczonych usług. W wyjaśnieniach z dnia 13.05.2021 r. wykonawca ARGO nie odniósł się do ww. elementów zawartych w treści wezwania. Wykonawca wskazał jedynie na niektóre elementy kosztów wykonania, bez wskazania na ewentualną oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne (wpływające na obniżenie ceny) czy też wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne temu Wykonawcy. W wyjaśnieniach nie podano w jaki sposób i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona. Wykonawca nie wykazał, iż zachodzą wobec niego okoliczności wyjątkowe i nie przysługujące innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu. W ocenie Odwołującego wykonawca ARGO nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez Zamawiającego, który prosił między innymi o wskazanie, w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny oraz w jaki sposób podane okoliczności wpływają na obniżenie ceny oferty.

1) Zarządzanie procesem świadczonych usług

W ocenie Odwołującego, ten fragment wykonawcy ARGO zawiera szereg ogólnych stwierdzeń, co do których nie przedstawiono żadnych mierzalnych argumentów, które pozwalałyby ocenić ich wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca stwierdza m.in., że prace zostaną wykonane i zweryfikowane przez osoby posiadające stosowne uprawnienia (wskazane w SWZ) oraz że Zamawiający będzie na bieżąco informowany o postępie prac. Mowa jest również o skróceniu czasu wykonywanej pracy. Nie wiadomo jednak o jaką ilość czasu prace miały zostać skrócone oraz jakie miałyby to przełożenie na cenę oferty.

2) Wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją świadczonych usług.

Odwołujący wskazał, że w zakresie rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją świadczonych usług wykonawca ARGO powołał się w zasadzie wyłącznie na posiadane doświadczenie przy realizacji innych usług projektowych. Wykonawca nie wyjaśnił w żaden sposób jaki wpływ na cenę oferty ma posiadana przez niego „duża baza projektowa”. Wyjaśnienia są zatem gołosłowne.

3) Brak wyjaśnienia kosztów robocizny

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią wezwania z dnia 12.05.2021 r. został zobowiązany do podania kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienia dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. W ocenie Odwołującego z przedstawianych wyjaśnień nie wynika jaką stawkę roboczogodziny wykonawca ARGO przyjął do kalkulacji ceny oferty, w szczególności dla osób odpowiedzialnych za inwentaryzację, przygotowanie dokumentacji do uzgodnień, opracowanie dokumentacji w fazie podstawowej projektu, weryfikację dokumentacji czy pełnienie nadzoru autorskiego. Skoro wykonawca nie udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w tak istotnym aspekcie jakim w przypadku usług projektowych jest wysokość robocizny, to należy uznać, że nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że nawet hipotetycznie przyjmując stawkę 5 000,00 zł netto za miesiąc pracy projektanta, którą mgr inż. A.S. przeznaczył na sfinansowanie kosztów zatrudnienia projektanta sprawdzającego dokumentację w branży konstrukcyjno-budowlanej, to za pracę projektanta przy realizacji pozostałych elementów przedmiotu zamówienia (7 miesięcy) należałoby przyjąć koszt min. 35 000,00 zł netto.

4) Brak uwzględnienia w cenie oferty kosztów wykonania inwentaryzacji

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią postanowień pkt 3.1. lit. a) i f) Załącznika nr 1 do SIWZ („Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”), zakres przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie wszystkich czynności mających na celu wykonanie przewidzianych prac, w zakres których wchodzi:

a) wykonanie planu sytuacyjnego i inwentaryzacji przedmiotu zamówienia pod kątem przyłączy wraz z inwentaryzacją fotograficzną.

f) sporządzenie inwentaryzacji materiałów do odzysku po robotach rozbiórkowych, inwentaryzacja obiektów i wyposażenia obiektów, wraz z inwentaryzacją materiałów do odzysku pomiary, dokumentacja zdjęciowa to czasochłonny proces, który powinny wykonywać osoby posiadające stosowne umiejętności, wykształcenie i doświadczenie. Nakład pracy koniecznej do wykonania przy inwentaryzacji przedmiotu zamówienia wraz z inwentaryzacją fotograficzną to min. 10 dni roboczych dla 3 doświadczonych pracowników.

Odwołujący wskazał, że w swoich wyjaśnieniach wykonawca ARGO całkowicie pominął ten element kosztów realizacji zamówienia. Wykonawca nie podał ani nakładów pracy, ani stawki godzinowej za robocizną przy inwentaryzacji ani kosztów dojazdu pracowników odpowiedzialnych za inwentaryzację na teren kopalni, jak również nie określił kosztów materiałów.

5) Brak uwzględnienia w cenie oferty kosztów świadczenia nadzoru autorskiego.

W ocenie Odwołującego wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty kosztów świadczenia nadzoru autorskiego, stwierdzając gołosłownie, że świadczenie to wykona mgr inż. A.S. osobiście, a swoje wynagrodzenie pokryje z „zysku

firmy". W wyjaśnieniach nie podano jakie konkretnie stawki wynagrodzenia przyjął dla siebie wykonawca za pełnienie nadzoru autorskiego. Nie podano kosztów dojazdu (nie tylko paliwa) związanych z odbyciem 15 wizyt na terenie rozbiórki. Wykonawca wskazał jedynie, że okres pełnienia nadzoru autorskiego to 7 miesięcy. Innych danych umożliwiających weryfikację przyjętych kosztów wykonania zamówienia nie podano. Zdaniem Odwołującego przyjmując jednak stawkę 5 000,00 zł netto, którą A.S. przeznaczył na sfinansowanie kosztów zatrudnienia projektanta sprawdzającego dokumentację w branży konstrukcyjno-budowlanej (w skali I miesiąca), to za pełnienie nadzoru autorskiego należałoby przyjąć nie niższy koszt w cenie oferty. Wobec braku jednoznacznych wyjaśnień, które nie zostały przedstawione przez A.S. wszelkie dywagacje na temat kosztów pełnienia nadzoru autorskiego (czy kosztów wykonania 20 szt. kosztorysów) pozostają jednak w sferze domysłów.

6) Brak uwzględnienia w cenie oferty kosztów wykonania kosztorysów.

W ocenie Odwołującego wykonawca ARGO nie uwzględnił w cenie oferty kosztów wykonania kosztorysów stwierdzając gołostownie, że świadczenie to wykona mgr inż. A.S. osobiście, a swoje wynagrodzenie pokryje z „zysku firmy”. W wyjaśnieniach nie podano jakie konkretnie stawki wynagrodzenia przyjął dla siebie wykonawca za wykonanie kosztorysów.

7) Zaniżenie kosztów transportu.

W tabeli zawierającej „koszty dodatkowe” w poz. I (transport) podano, że odległość siedziby wykonawcy od miejsca lokalizacji przedmiotu zamówienia wynosi 100 km. Wykonawca przewidział 35 wizyt na miejscu realizacji zamówienia. Następnie, przyjmując cenę 1 litra paliwa w wysokości 5,20 zł oraz średnie zużycie paliwa na poziomie 6,51 na 100 km określono sumarycznie koszty transportu na kwotę 1 200,00 zł netto. Odwołujący wskazał, że A.S. nie udowodnił, że dysponuje środkiem transportu cechującym się takim średnim zużyciem paliwa. Wykonawca nie udowodnił również czy taki środek transportu jest jego własnością (a w związku z tym czy ponosi koszty amortyzacji) czy też korzysta z pojazdu na podstawie umowy leasingu, najmu czy użyczenia. Wykonawca nie przedstawił dowodów, które byłyby wyraźnie wymienione w wezwaniu Zamawiającego z dnia 12.05.2021 r. W ocenie Odwołującego wykonawca całkowicie pominął wszelkie koszty związane z użytkowaniem pojazdu (poza zakupem paliwa), co oznacza że zaniżył koszty dojazdów co najmniej o koszty amortyzacji (ewentualnie raty leasingu), koszty serwisu i napraw oraz koszty ubezpieczenia. Wykonawca pominął również wynikające z kodeksu pracy koszty związane z oddelegowaniem pracowników do pracy poza siedzibą pracodawcy.

8) Brak uwzględnienia w cenie oferty wynagrodzenia za przeniesienie praw autorskich do projektów

Odwołujący wskazał, że wykonawca ARGO nie wyjaśnił czy uwzględnił w cenie oferty wynagrodzenie za przeniesienie praw autorskich do projektów będących przedmiotem zamówienia oraz w jakiej ewentualnie wysokości.

9) Brak wyjaśniania pojęcia „praca zaoczna”.

Odwołujący wskazał, że wykonawca ARGO oszacował czas niezbędny na wykonanie zamówienia na okres 7 miesięcy, przy czym różnicując nakłady czasu na wykonanie poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia posługuje się pojęciem „pracy zaocznej”. Wykonawca nie wyjaśnia co ten zwrot oznacza oraz jaki ma to wpływ na cenę oferty.

Rażąco niska cena w ofercie wykonawcy TOR-BUD

Odwołujący wskazał, że wykonawca TOR-BUD składał wyjaśnienia dotyczące ceny oferty w niniejszym postępowaniu aż 4-krotnie. Wyjaśnienia przedstawione przez tego wykonawcę było bowiem nie tylko niekompletne, ogólnikowe, ale także gołostowne. Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający uznał wyjaśnienia tego wykonawcy za wystarczające, pomijając ich ogólnikowość i brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób całkowicie bezkrytyczny podszedł do wyjaśnień wykonawcy TOR-BUD, dając im wiarę w całości, nie weryfikując w żaden sposób ich prawdziwości. Tymczasem krytyczna oraz staranna analiza treści wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny złożonych przez wykonawcę TOR-BUD prowadzi do wniosku, iż wykonawca ten nie udowodnił Zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę TOR-BUD nie trudno oprzeć się wrażeniu, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wykonawca wskazał jedynie na okoliczności, które - w jego przekonaniu - mają wpływ na obniżenie ceny, bez wskazania, w jaki sposób i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona. Wykonawca nie wykazał, iż wskazane okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu (w praktyce są to czynniki typowe, powszechnie dostępne dla każdego profesjonalnego uczestnika rynku). Ponadto, w ocenie Odwołującego, wykonawca nie wskazał, w jaki sposób wskazane okoliczności wpływają na jego cenę, tzn. w szczególności - o ile dana okoliczność jest w stanie obniżyć cenę oferty. Wykonawca nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez Zamawiającego, który prosił między innymi o wskazanie, w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny oraz w jaki sposób podane okoliczności wpływają na obniżenie ceny oferty.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający, wzywając wykonawcę TOR-BUD do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, nie ograniczył się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 224 ust. 2 Pzp, ale wskazał przy tym konkretne obszary, których wyjaśnienia oczekiwał szczególnie. Zamawiający bardzo dokładnie wskazał, jakiego rodzaju wyjaśnień oczekuje wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania, w jaki sposób okoliczności te będą miały wpływ na zaoferowaną cenę. Wreszcie, co również jest istotne, Zamawiający wprost oczekiwał przedstawienia dowodów na potwierdzenie okoliczności wpływających na obniżenie ceny, na które wykonawca będzie się powoływał. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę zakres wezwania Zamawiającego należy podnieść, że wykonawca TOR-BUD nie odniósł się do wszystkich jego elementów, nie wykazał wysokości ponoszonych kosztów, nie podał wpływu wymienionych przez siebie czynników na wysokość ceny, a przede wszystkim nie przedstawił żadnych dowodów, których złożenia Zamawiający wprost oczekiwał w treści ww. pisma. W szczególności, Zamawiający oczekiwał wskazania w kalkulacji kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienia, dlaczego koszty te skalkulowano w takim wymiarze. Wykonawca obowiązany był wykazać i udowodnić, że przyjęte koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej określonej we właściwych przepisach. Ponadto w kalkulacji należało uwzględnić koszty pracodawcy wynikające z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

W ocenie Odwołującego wykonawca TOR-BUD nie wykazał powyższych okoliczności. W szczególności nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo, że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Nie wiadomo, ile osób będzie wykonywać przedmiotowe zamówienie, jaka będzie wysokość ich wynagrodzenia oraz jakie koszty poniesie pracodawca. Wbrew informacji zawartej w wyjaśnieniach, do wyjaśnień nie załączono szczegółowej kalkulacji kosztów. Wszystkie pozostałe, wskazane w wyjaśnieniach okoliczności, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe

analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Zdaniem Odwołującego, złożone przez wykonawcę TOR-BUD głosowne wyjaśnienia ceny oferty, nieoparte dowodami dotyczącymi zasadniczych kosztów realizacji zamówienia, nie zasługiwały na pozytywną ocenę Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że na wezwanie Zamawiającego wykonawca TOR-BUD odniósł się w sposób ogólnikowy, a przedstawione założenia kalkulacyjne okazały się głosowne. Wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Wykonawca powinien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 170/20). Skoro wykonawca TOR-BUD zaniżył lub pominał szereg czynników kosztotwórczych składających się na koszty realizacji zamówienia, to Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Co najistotniejsze, TOR-BUD nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazał szczególnych okoliczności, które miałyby spowodować obniżenie ceny oferty). W miejsce dowodów, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, wykonawca TOR-BUD powołuje się głosownie na swoje zaplecze techniczne, doświadczenie i możliwości organizacyjne. Wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub ich istotnych części składowych powinny zostać rzetelnie opracowane oraz zawierać konkretne i wyczerpujące informacje. Wyjaśnienia wykonawcy TOR-BUD zostały przedstawione w sposób lakoniczny. W pismach został zawarty zbiór informacji niepowiązanych ze sobą, nie wnoszących nic do sprawy przekazanych oświadczeń, nie popartych komentarzami i rzetelnymi dowodami.

Odwołujący wskazał, że ustawowe pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wykonawca składający wyjaśnienia musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie „konanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 224 ust. 5 Pzp, która ciężar dowodowy w tym zakresie przesuwa na wykonawcę. Z opisanym wyżej obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek Zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (tak wyrok KIO z dnia 25.06.2019 r., sygn. akt KIO 1036/19; wyrok KIO z dnia 07.06.2016 r., sygn. akt KIO 846/16; wyrok KIO z dnia 15.10.2018 r., sygn. akt KIO 1946/18; wyrok KIO z dnia 31.05.2017 r., sygn. akt KIO 1001/17).

Brak podstaw do ponownego zwracania się przez Zamawiającego do wykonawcy TOR-BUD s.c. z wezwaniami do uzupełnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Odwołujący wskazał, że dodatkowe wezwanie Zamawiającego z dnia 23.04.2021 r. oraz z dnia 19.05.2020 r. należy uznać za bezpodstawne, ponieważ o wyjaśnienie tych samych elementów Zamawiający zwracał się odpowiednio w wezwaniu z dnia 13.04.2021 r. oraz w wezwaniu z dnia 12.05.2021 r. W ocenie Odwołującego, już pierwotnym wezwaniem do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający bardzo dokładnie określił zakres oczekiwanych wyjaśnień oraz obowiązki złożenia tychże wyjaśnień wraz z dowodami. Stąd też, dysponując ogólnikowymi i głosownymi wyjaśnieniami TOR-BUD, Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty tego wykonawcy. A contrario, Zamawiający nie był upoważniony do kierowania dalszych wezwań o udzielenie wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że ponowienie wezwania nie może stanowić „ratowania” oferty, wówczas gdy składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, nieoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia należy złożyć.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Opracowanie 4 projektów technicznych wraz z kosztorysami inwestorskimi likwidacji bocznic kolejowych z infrastrukturą w rejonie szybu „Pułaski” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK "Wieczorek II.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostało złożonych 5 ofert. Odwołujący zaoferował za realizację zamówienia cenę 216 480,00 zł brutto. Wykonawca ARGO zaoferował za realizację zamówienia cenę 369 000,00 zł brutto, wykonawca TOR-BUD ceną 183 270,00 zł brutto, wykonawcy Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabru z ceną 8 364 000,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę 200 000,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że w dniu 10 maja 2021 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. W jej wyniku najniższą cenę za realizację zamówienia zaoferował wykonawca ARGO - 75 000,00 zł brutto. Wykonawca TOR-BUD obniżył cenę do kwoty 79 800,00 zł brutto. Odwołujący obniżył cenę swojej oferty do kwoty 199 900,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że Zamawiający przeprowadził procedurę badania rażąco niskiej ceny w stosunku do ceny zaoferowanej przez wykonawcę TOR – BUD zarówno po otwarciu ofert, jak i po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. W przypadku wykonawcy ARGO badano rażąco niską cenę wyłącznie po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Izba ustaliła, że Zamawiający po raz pierwszy Zamawiający zwrócił się do wykonawcy TOR-BUD z wezwaniem do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w piśmie z dnia 13.04.2021 r. wskazując, iż zaproponowane przez ww. wykonawcę cena oferty, w tym istotne części składowe ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia wzbudziły uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, przy czym cena jest niższa 48,98% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Wezwania z dnia 13.04.2020 r. zawierały wzmiankę, iż wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak: zarządzania procesem świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją świadczonych usług, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, zgodności

z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska, wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca został zobowiązany do podania kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienia dlaczego skalkulowano są w takim wymiarze. Ponadto, Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca jest obowiązany wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia — umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Z zaprezentowanej w wyjaśnieniach przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji ceny oferty musi wynikać jednoznacznie i bezdyskusyjnie, że miesięczne koszty pracy przypadające na każdą z osób zatrudnionych przy wykonywaniu zamówienia nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Ponadto w kalkulacji należało uwzględnić koszt pracodawcy wynikający z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Zamawiający wskazał, że na mocy art. 226 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że wykonawca TOR – BUD złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 15 kwietnia 2021 r. Wykonawca załączył do wyjaśnień indywidualną wyceny kosztów realizacji zamówienia, udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Izba ustaliła, że pismem z dnia 23 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę TOR-BUD do złożenia dodatkowych wyjaśnień, które będą zawierały informację w zakresie: uszczegółowienia wysokości założonych kosztów pośrednich oraz zysku, podania ilości osób przewidzianych do realizacji projektów, podania czasu pracy wskazanych osób potrzebnych do wykonania zamówienia. Izba ustaliła, że wykonawca TOR – BUD złożył dodatkowe wyjaśnienia w dniu 27 kwietnia 2021 r. Wykonawca zawarł w wyjaśnieniach szczegółowe wyliczenia dotyczące kosztów pracy. Izba ustaliła, że po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej Zamawiający ponownie przystąpił do procedury opisanej w art. 224 ust. 1 Pzp. Izba ustaliła, że pismem z dnia 12 maja 2021 r. Zamawiający zwrócił się zarówno do wykonawcy ARGO jak i wykonawcy TOR – BUD o złożenie wyjaśnień. Treść wezwania w zasadniczej części pokrywała się z treścią wezwania jakie Zamawiający wystosował w dniu 13 kwietnia 2021 r. do wykonawcy TOR – BUD. Izba ustaliła, że wykonawca ARGO złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 13 maja 2021 r. Wykonawca udzieliła odpowiedzi na pytania zawarte w wezwaniu Zamawiającego. Wykonawca przedstawił kalkulację szczegółową kosztów realizacji zamówienia oraz dołączył dowody w postaci referencji, faktur i innych dokumentów związanych z realizacją podobnych zamówień. Dalej Izba ustaliła, że wykonawca TOR – BUD w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia złożył wyjaśnienia w dniu 12 maja 2021 r. Wykonawca w treści wyjaśnień przedstawił koszty robocizny jakie przyjął na potrzeby realizacji zamówienia. Wskazał również okoliczności, które w jego ocenie uzasadniają rynkowy charakter ceny. Zamawiający pismem z dnia 19 maja 2021 r. wezwał wykonawcę TOR – BUD do złożenia dodatkowych wyjaśnień, które będą zawierały informację w zakresie kosztów uzyskania wszystkich wymaganych pozwoleń, decyzji, opinii i uzgodnień z organami administracji państwowej (Śląski Urząd Wojewódzki, PKP S.A., Urząd Transportu Kolejowego, MZUiM) osobami fizycznymi lub prawnymi wynikających z obowiązujących przepisów i norm w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Izba ustaliła, że wykonawca TOR – BUD pismem z dnia 29 maja 2021 r. złożył wyjaśnienia, w których szczegółowo opisał opłaty jakie przewiduje ponieść w związku z realizacją zamówienia i koniecznością uzyskania niezbędnych pozwoleń, opinii i uzgodnień. Izba ustaliła, że w dniu 15 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy ARGO jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego. W konsekwencji, Izba oddaliła odwołanie. Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W ust. 3 ustawodawca wskazał, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: (i) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; (ii) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; (iii) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; (iv) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; (v) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; (vi) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; (vii) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; (viii) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Izba wskazuje, że ustawodawca nakłada na wykonawcę w art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek złożenia wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych, wskazując jednocześnie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp muszą być oceniane w świetle okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, mając na uwadze przede wszystkim przedmiot zamówienia w danym postępowaniu. Oczywistym bowiem jest to, iż określone twierdzenia wykonawcy mogą podlegać obiektywnej weryfikacji względem wymagań wynikających z mających zastosowanie przepisów prawa czy też na podstawie informacji rynkowych dostępnych wykonawcom, jednakże takiej obiektywnej wyceny nie można przeprowadzić względem chociażby wiedzy czy doświadczenia danego wykonawcy.

W analizowanym stanie faktycznym, okolicznością bezsporną pomiędzy stronami było spełnienie ustawowych przesłanek do wezwania wykonawcy ARGO oraz wykonawcy TOR – BUD do złożenia wyjaśnień w trybie przewidzianym w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Okolicznością bezsporną w analizowanym stanie faktycznym jest również to, że obaj wykonawcy w wymaganym terminie wyjaśnienia złożyli. Rozstrzygnięcia zaś wymagało czy wykonawcy w wyjaśnieniach w sposób wystarczający uzasadnili podaną w ich ofertach cenę za realizację zamówienia.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców, zakres przekazanych informacji i wycień, przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia i wymagań Zamawiającego określonych w SWZ, potwierdzają zasadność stanowiska Zamawiającego, że nie ziszcili się przesłanki odrzucenia ofert wykonawców na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że w analizowanym stanie faktycznym przedmiot zamówienia obejmuje usługę opracowania dokumentacji technicznej. Tym samym, co istotne w kontekście badania rażąco niskiej ceny, mamy do czynienia z tzw. usługami miękkimi, tj. z usługami których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę po pierwsze koszty pracy osób je realizujących. Tego typu kosztów nie da się w sposób jednoznaczny „zweryfikować” - poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle, na ile wycenia ją osoba ją świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca którą ma świadczyć. Państwo zaś w tym zakresie poza jej minimalną wartością nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów. Dodać również należy, że wykonawca opiera kalkulację i wycenę kosztów realizacji zamówienia w przypadku tzw. „usług miękkich” o swoje doświadczenie, zdobyte w wycenie innych, podobnych kontraktów. Oczywiście powoływanie się przez wykonawcę na okoliczności takie jak posiadane doświadczenie czy nabyta wiedza i przypisywanie im określonej wartości ekonomicznej wiąże się z ryzykiem przeszacowania czy niedoszacowania przedmiotu zamówienia. Jednakże to ryzyko jest immanentnym elementem każdej działalności gospodarczej, a jego minimalizowaniu w postępowaniach przetargowych służy m.in. możliwość określenia przez zamawiających wymagań dotyczących doświadczenia wykonawców w realizacji zamówień i obiektywnej weryfikacji posiadanej wiedzy i doświadczenia.

W analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący podniósł szereg zastrzeżeń co do to wyceny poszczególnych elementów składających się na realizację zamówienia dokonanej przez wykonawcę ARGO oraz wykonawcę TOR – BUD. Odwołujący również wskazał, że wykonawcy nie uwzględnili w wycenie realizacji zamówienia szeregu elementów, nie odpowiedzieli w sposób konkretny i rzeczowy na zapytania Zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zauważenia wymaga w pierwszej kolejności, że zasadniczą część uzasadnienia odwołania Odwołującego skupiła się na wywodzie dotyczącym braku wyczerpujących odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Odwołującego kwestionując udzielone przez wykonawców odpowiedzi w sposób ogólny podniósł, iż nie są one konkretne i wyczerpujące. Odwołujący jednakże pomija okoliczności, że istotą wyjaśnień składanych przez wykonawców jest wyjaśnienie przez wykonawcę przyjętego sposobu wyceny konkretnego przedmiotu zamówienia. Treść wezwania Zamawiającego może być przy tym swoistym drogowskazem dla wykonawcy jakie elementy kosztotwórcze należy ująć w wyjaśnieniach, jednakże Izba stoi na stanowisku, że to wykonawca dokonuje wyceny przedmiotu zamówienia i to wykonawca ma wiedzę w jaki sposób szacował koszty jego wykonania, jakie elementy uwzględnił i dlaczego. To zadaniem wykonawcy, zgodnie z wolą ustawodawcy wyrażoną w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, jest zawarcie w treści wyjaśnień takich okoliczności i przedłożenie takich dowodów, które umożliwią Zamawiającemu weryfikację realności przyjętych założeń cenowych. Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do wezwania wykonawcy, zaś ciężar dowodu wykazania realności zaoferowanej ceny spoczywa na wykonawcy. To jakie to są okoliczności winno być więc wskazane w treści złożonych wyjaśnień. Zdaniem Izby treść pytań Zamawiającego nie ma charakteru decydującego i nawet brak udzielenia odpowiedzi na poszczególne pytania Zamawiającego nie daje samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy z treści wyjaśnień wykonawcy możliwe jest dokonanie oceny sposobu wyceny kosztów realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia wykonawcy ARGO. Z treści wyjaśnień jednoznacznie wynika, że wykonawca prowadzi indywidualną działalność gospodarczą i posiada wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu zamówień zbliżonych do przedmiotowego zamówienia. Forma prowadzenia działalności oraz indywidualne uwarunkowania wykonawcy niewątpliwie wpływają na koszty realizacji zamówienia. W tym zakresie, Izba uznaje za prawidłowe stwierdzenie wykonawcy, iż jego zaangażowanie w realizację zamówienia, jego wycena znajduje odzwierciedlenie w zysku jaki przewidział z realizacji zamówienia. Nie sposób odmówić wykonawcy samodzielnego określenia wartości pracy jaką wykonana w ramach realizacji zamówienia. Przewidywana wartość kwoty zysku, zdaniem Izby, ma charakter rynkowy.

Izba wskazuje, że Odwołujący skupił się w swojej argumentacji na treści pytań jakie Zamawiający zawarł w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, nie zaś na treści samych wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę ARGO. Izba podkreśla, że treść wezwania Zamawiającego była w zasadniczej części powtórzeniem brzmienia art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Okoliczności jakie ustawodawca wskazał w przywołanym przepisie ustawy mają charakter ogólny i przekładowy. Muszą być zawsze odniesione do konkretnego postępowania przetargowego i zindywidualizowane w wyjaśnieniach poszczególnych wykonawców. To zaś uczynił wykonawca ARGO.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów Odwołującego, Izba wskazuje, że w zakresie zarządzania procesem świadczonych usług, zarzuty Odwołującego nie odnoszą się bezpośrednio do twierdzeń wykonawcy ARGO i przedmiotu zamówienia. Poza ogólnymi twierdzeniami, iż wykonawca ARGO nie wykazał w jaki sposób opisane przez niego okoliczności wpływają na cenę oferty, Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu na wykazanie, iż opisane przez wykonawcę doświadczenie, zrealizowane projekty, profesjonalna kadra nie mają wpływu na wycenę przedmiotu zamówienia. Jak Izba wskazała powyżej, nie każdy czynnik wpływający na wycenę przedmiotu zamówienia można w prosty i jednoznaczny sposób wyrazić w określonej kwocie pieniężnej. Dotyczy to w szczególności wiedzy, doświadczenia, know – how wykonawcy, nabytego poprzez realizację innych projektów. W sytuacji, gdy wykonawca ARGO prawidłowo zrealizował podobne zamówienia, co zostało potwierdzone referencjami, trudno odmówić takim okolicznościom przymiotu istotnego znaczenia przy wycenie przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, w której zamówienia będzie realizowane w zasadniczej części przez samego wykonawcę.

Odnosząc się do wyjaśnień wykonawcy w zakresie wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją świadczonych usług, Izba również uważa, że wykonawca ARGO prawidłowo powołał się na swoje doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Odwołujący całkowicie pomija okoliczność, iż realizacja przedmiotu zamówienia oparta jest właśnie na doświadczeniu jakie posiada dany wykonawca w realizacji podobnych zamówień. Za racjonalne i logiczne uznać należy założenie, że liczba prawidłowo wykonanych podobnych zamówień przekłada się na sprawność i tempo realizacji kolejnych, co z kolei przekłada się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Złożone przez wykonawcę ARGO wyjaśnienia wraz z referencjami oraz uzgodnieniami w sposób rzetelny i wyczerpujący potwierdzają, zdaniem Izby, korzystne warunki związane z realizacją zamówienia. Odwołujący poza zanegowaniem twierdzeń wykonawcy, nie wykazał żadnych okoliczności przeciwnych.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego o braku wycięcia kosztów pracy, Izba nie podziela argumentacji zawartej

w odwołaniu. Odwołujący argumentował, że z wyjaśnień nie wynikają przyjęte stawki roboczogodziny. Należy wskazać, że zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy ARGO przedmiot zamówienia będzie realizowany przez niego osobiście, w ograniczonym zakresie z pomocą osób trzecich. Wykonawca ARGO w sposób jednoznaczny wskazał, że jego wynagrodzenie będzie pochodziło z zysku określonego w ofercie. Wartość zysku nie została zakwestionowana przez Odwołującego w relacji do zakresu prac jakie ma wykonać wykonawca. Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż wykonawca ARGO winien pomnożyć koszt wynagrodzenia projektanta sprawdzającego przez 7 miesięcy. W SWZ nie ma obowiązku zatrudnienia projektanta sprawdzającego wyłącznie na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, przez pełny okres jego realizacji. Nie ma również zakazu, aby taki projektant równocześnie wykonywał kilka projektów. Słusznie wskazał wykonawca ARGO, że w terminie 7 miesięcy mieszczą się 4 miesiące pracy zaocznej, bezczynnej czyli oczekiwania na uzyskanie uzgodnień i pozwoleń. Za irracjonalne z punktu widzenia efektywności gospodarczej byłoby więc uwzględnienie wynagrodzenia za czas bezczynności. Izba wskazuje również, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca ARGO wskazał stawkę wynagrodzenia projektanta sprawdzającego dokumentację, tj. 29,07 zł za godzinę.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących braku uwzględnienia kosztów związanych z wykonaniem inwentaryzacji, wykonania kosztorysów i kosztów nadzoru autorskiego, Izba wskazuje, że w wyjaśnieniach wykonawca ARGO zawarł informacje na temat tego zakresu zamówienia. Wykonawca wskazał, że stronie 4 wyjaśnień kto będzie daną czynność wykonywał i jakie będzie miał z tej czynności korzyści. Z treści wyjaśnień z sposób jednoznaczny wynika, że wykonawca osobiście, posiadając odpowiednie uprawnienia, wykona kwestionowany zakres zamówienia, zaś jego wynagrodzenia będzie pokryte z zysku.

Ponadto, Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego właśnie przyjęte przez niego założenia co liczby pracowników i dni niezbędnych do wykonania tej części zamówienia uznać należy za prawidłowe i słuszne. Twierdzenia takie Izba uznaje za wyliczenia własne wykonawcy, które nie sposób narzucić innym podmiotom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Za bezpodstawne w świetle postanowień SWZ uznać należy założenie Odwołującego, iż koszty pełnienia nadzoru autorskiego winny być przyjęte w wysokości niż niższej niż koszty zatrudnienia projektanta sprawdzającego (czyli koszt 5 000 zł przez 7 miesięcy). Jak Izba wskazała powyżej, z postanowień SWZ nie wynika wymóg wyłączności osoby pełniącej nadzór autorski na cały czas realizacji zamówienia. Osoba ta może wykonywać kilka prac jednocześnie, ARGO wskazał w wyjaśnieniu niezbędny czas na wykonanie kwestionowanego zakresu zamówienia.

Zdaniem Izby argumentacja Odwołującego opierała się na błędnym założeniu, że wykonawca ARGO ma obowiązek wskazać w wyjaśnieniach stawkę wynagrodzenia jaką przyjął dla siebie. Skoro zaś jej nie wskazał, to należy odrzucić jego ofertę. Takie założenia Izba uznaje za błędne. Z treści wyjaśnień wynika, że wykonawca – p. A.S. posiada niezbędne uprawnienia i szerokie doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia. Określił koszty stałe związane z jego realizacją oraz zysk, które on osobiście uzyska w wyniku realizacji zamówienia, mając na uwadze prowadzoną przez niego działalność gospodarczą. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wskazana kwota ma charakter nierynkowy.

Odnosząc się do zarzutów związanych z zaniżeniem kosztów transportu, Izba wskazuje, że wyjaśnienia wykonawcy AGRO zawierały wystarczające informacje w celu weryfikacji kosztów związanych transportem. Wykonawca podał koszt paliwa w kwocie brutto, co wskazuje, iż pojazd jest jego prywatną własnością, a nie zakupioną w ramach działalności gospodarczej, dla której obowiązują koszty amortyzacji, wyjaśnił sposób w jaki dzieli koszty transportu pomiędzy zamówienia realizowane na rzecz Zamawiającego, przedłożył dowody potwierdzające przyjętą w kwocie 1.200,00 zł netto stawkę, tj. Dowód nr 3 – wykaz odległości pomiędzy jego siedzibą firmy a Oddziałem KWK „Wieczorek II” oraz dowód nr 4 – wykaz detalicznych cen paliwa dla woj. Śląskiego, Dowód nr 5 – średnie zużycie paliwa na 100 km dla silnika TDI 130 km Audi A4, samochód z 2002 r. Słusznie wskazał również wykonawca ARGO, że przedmiotem postępowania jest wykonanie prac projektowych, nie usług transportowych, które mają charakter incydentalny. Koszt takich usług został uwzględniony przez wykonawcę AGRO w wyjaśnieniach.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wyjaśnienia pojęcia „praca zaoczna”, zdaniem Izby wykonawca wyjaśniał w złożonym piśmie procesowym znaczenia użytego pojęcia. Pojęcie „pracy zaocznej”, jak wskazał również Zamawiający, jest mu znane. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób posłużeńie się przez wykonawcę pojęciem pracy zaocznej wpływa na nieuprawnione zaniżenie kosztów realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wykonawcy TOR – BUD, Izba wskazuje, że poprawnie sformułowany zarzut zawiera przytoczenie okoliczności faktycznych wraz z dowodami potwierdzającymi zasadność zarzutu. W analizowanym stanie faktyczny, zarzut Odwołującego względem wykonawcy TOR – BUD opiera się wyłącznie na ogólnych twierdzeniach Odwołującego o braku złożenia wyzerpujących wyjaśnień i dowodów oraz o braku udzielenia odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Izba podkreśla, że Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do specyficznych i konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 12 maja 2021 r. oraz z dnia 19 maja 2021 r. Izba zaznacza, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca przedstawił konkretne koszty związane z wykonaniem zamówienia, koszty uzyskania pozwoleń i uzgodnień. Odwołujący nie wykazał, iż przyjęte założenia kosztowe – twórcze mają charakter nierynkowy.

Izba zauważa, że Odwołujący oparł swoje stanowisko na kwestionowaniu zarówno wyjaśnień wykonawcy TOR – BUD, jak i kwestionowaniu oceny tych wyjaśnień przeprowadzonej przez Zamawiającego. Odwołujący jednakże formułuje jedynie ocenę (odmienną od tej, jakiej dokonał Zamawiający), ale nie ujawnia kryteriów tej oceny ani jej obiektywnego uzasadnienia. Jedynym uzasadnieniem tej oceny jest subiektywne przekonanie Odwołującego - a tak stawiane zarzuty nie mogą odnieść skutku, z uwagi na obowiązującą regułę rozkładu ciężaru dowodu. To Odwołujący powinien wykazać, że zaistniały okoliczności upoważniające do podejrzenia rażąco niskiej ceny, i równocześnie, że złożone wyjaśnienia były niewystarczające, czego, w ocenie Izby, nie uczynił. Należy podkreślić zarzut błędnej oceny dowodów musi opierać się na kryteriach pozwalających sprawdzić prawidłowość zarzutu wadliwości tej oceny w stosunku do konkretnego dowodu lub grupy dowodów, a więc opierać się na naruszeniu zasad jurydycznych, logicznych czy doświadczenia życiowego. Bezskuteczne zatem pozostaje podważenie tej oceny polegające jedynie na ogólnym zakwestionowaniu przez Odwołującego wyjaśnień wykonawcy TOR – BUD. Odwołujący nie odnosi się do informacji zawartych w wyjaśnieniach, nie identyfikuje zakresu nieprawidłowej wyceny. Zdaniem Izby, tak sformułowany zarzut nie może zostać uwzględniony.

Odnosząc się do zarzut dotyczącego czterokrotnego wezwania wykonawcy TOR – BUD do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, Izba wskazuje, że stanowiska Odwołującego i jego zarzut zostały sformułowane z pominięciem stanu faktycznego spawy. Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, wezwania wystosowane do wykonawcy TOR – BUD przed aukcją elektroniczną było wezwaniem niezależnym od wezwania wystosowanego po aukcji. Izba również zaznacza, że zarzuty dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny przed aukcją elektroniczną są zarzutami spóźnionymi. Wykonawca TOR – BUD złożył wyjaśnienia w

dniu 15 kwietnia oraz w dniu 27 kwietnia 2021 r. Termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji z dnia 10 maja 2021 r. Ponadto, Izba wskazuje, że uzupełnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę TOR – BUD po aukcji elektronicznej w dniu 19 maja 2021 r. stanowiło wyłącznie uszczegółowienie informacji zawartych na stronie 2 pierwotnych wyjaśnień. Zdaniem Izby nie stanowiło ono naruszenia zasady jednokrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień, a jedynie stanowiło doszczegółowienie informacji pierwotnie wskazanych w wyjaśnieniach.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący: