

Sygn. akt:KIO 1897/21

Sygn. akt: KIO 1944/21

## WYROK

z dnia 9 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu w dniu 4 sierpnia 2021r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniach:

1.25 czerwca 2021r. odwołanie o Sygn. akt KIO 1897/21

2.28 czerwca 2021r. odwołanie o Sygn. akt KIO 1944/21

przez odwołujących:

1.AKW J.J. ul. Partyzantów 7, 32-700 Bochnia sprawa o Sygn. akt KIO 1897/21

2.Arkadis sp. z o.o. S2 sp.k. ul. Słoneczna 47, 38-120 Czudec sprawa o Sygn. akt KIO 1944/21

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Powiat Bieszczadzki ul. Belska 22, 38-700 Ustrzyki Dolne

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego:

Arkadis sp. z o.o. S2 sp.k. ul. Słoneczna 47, 38-120 Czudec zgłaszającego przystąpienie w sprawie o Sygn. akt: 1897/21

**orzeka:**

### 1.Sygn. akt KIO 1897/21

1.Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego

2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Bieszczadzki ul. Belska 22, 38-700 Ustrzyki Dolne i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego AKW J.J. ul. Partyzantów 7, 32-700 Bochnia tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od zamawiającego Powiat Bieszczadzki ul. Belska 22, 38-700 Ustrzyki Dolne na rzecz odwołującego AKW J.J. ul. Partyzantów 7, 32-700 Bochnia kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uiszczony wpis przez odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

### 2.Sygn. akt KIO 1944/21

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego Arkadis sp. z o.o. S2 sp.k. ul. Słoneczna 47, 38-120 Czudec

i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Arkadis sp. z o.o. S2 sp.k. ul. Słoneczna 47, 38-120 Czudec tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od odwołującego Arkadis sp. z o.o. S2 sp.k. ul. Słoneczna 47, 38-120 Czudec kwotę 1.800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

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

**Uzasadnienie**

**Sygn. akt KIO 1897/21**

ODWOŁANIE

Zgodnie z art. 516 ust. 1 w związku art. 513 ust. 1 pkt 1) oraz 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm. dalej „PZP”), wnoszę odwołanie na czynności Powiatu Bieszczadzkiego (dalej jako „Zamawiający”), dokonanych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienie w trybie podstawowym bez możliwości przeprowadzenia negocjacji, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych na Kompleksowa realizacja inwestycji w formule – zaprojektuj – wybuduj – wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dol. - insp. nadzoru (oznaczenie sprawy: IZP.272.6.2021) w Biuletynie Zamówień Publicznych (ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/BZP 00037736/01 z dnia 21 kwietnia 2021 r.).

Odwołujący J.J. zarzuca, że Zamawiający przy dokonaniu czynności w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego uchybił następującym przepisom ustawy: 1) art. 224 ust. 1 PZP poprzez niewskazanie elementów cenotwórczych oferty Odwołującego zawartych w treści wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, lub ich istotnych części składowych, które powinny zostać wyjaśnione przez Wykonawcę,

2) art. 253 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego,

3) art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP przez odrzucenie oferty AKW J. J. (dalej jako „Odwołujący”), która nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4) art. 239 ust. 1 oraz 2 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP interes Odwołującego, w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP, w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ gdyby Zamawiający bezpodstawnie nie odrzucił jego oferty zostałaaby ona uznana za najkorzystniejszą, a konsekwencji udzieliłby Odwołującemu zamówienia publicznego na Kompleksową realizacja inwestycji w formule – zaprojektuj – wybuduj – wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dol. - inspektor nadzoru inwestorskiego.

Jednocześnie wnoszę o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Biuro Obsługi Inwestycyjnej w Przemyślu Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

3) dokonanie ponownej oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem przywróconej oferty Odwołującego,

4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych zgodnie z PZP.

**UZASADNIENIE odwołania**

W dniu 22 czerwca 2021 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo, z którego treści wynikało, że Zamawiający dokonał czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty, a tym samym 5 – dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zakreślony w art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP, został zachowany.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający formułując wezwanie z dnia 25 maja 2021 r. w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, dotyczących zaferowanej przez Odwołującego ceny oraz przedstawienie szczegółowej analizy czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaferowanej ceny w złożonej ofercie, wskazane w art. 224 ust. 3 PZP, ograniczył jego treść jedynie do powielenia przywołanego przepisu ustawy.

Tymczasem, jak trafnie wskazała Agnieszka Matusiak: „Wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP powinno być precyzyjne, wskazywać elementy oferty budzące wątpliwości zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść i udzielić odpowiednich wyjaśnień. Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zostały przez niego zakwestionowane i które budzą jego wątpliwości. Zamawiający, wzywając wykonawcę w sposób ogólny, nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty. W sytuacji gdy wezwanie zamawiającego nie będzie odnosiło się do konkretnych elementów oferty wykonawcy i będzie ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to nieuprawnione będzie stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe lub że wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 224 ust. 5 PZP” (Agnieszka Matusiak [w:] Marzena Jaworska (red.), „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Legalis 2021 r., teza nr 7 komentarza do art. 224).

Tożsamo stanowisko w tym zakresie zaprezentowała Andrzej Gawrońska – Baran, pisząc o tym, że: „(...) odnośnie do wymienionych w ust. 3 okoliczności składających się na wyjaśnienia wykonawca powinien zawsze dołączać dowody. Wydaje się uzasadnione przyjęcie, że tak nie musi być. Na potwierdzenie takiego wniosku można przykładowo przywołać stanowisko zawarte w wyroku KIO z 10.08.2018 r., KIO 1453/18, LEX nr 2567877. Izba nie podzieliła w nim argumentacji odwołującego w zakresie każdorazowego obowiązku przedkładania dowodów na okoliczność kosztów pracy, w szczególności oczekiwania załączania do wyjaśnień umów o pracę. Jej zdaniem nie sposób z góry przesądzić, czy w okolicznościach konkretnej sprawy konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów, czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. W ocenie Izby, jeżeli zamawiający nie sprzecyduje wezwaniu, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Jeżeli złożone wyjaśnienia rozwieją wątpliwości zamawiającego, a szczegółowa kalkulacja przedstawia realne stawki rynkowe kosztów pracy czy też wynagrodzenia, wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia konkretnych umów o pracę” (Andrzej Gawrońska – Baran (red.), „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Wolters Kluwer Polska 2021 r., teza nr 9 komentarza do art. 224).

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący złożył w dniu 27 maja b. r. złożył Powiatowi Bieszczadzkemu, stosowne wyjaśnienia podnosząc, że: „wartość naszej oferty jest ceną prawidłową, starannie skalkulowaną – z

odpowiednim zapasem finansowym. Nasi Inspektorzy Nadzoru są etatowymi pracownikami, właściciel firmy to Inspektor ds. sanitarnych – co pozwala na rzetelną kalkulację i obniżenie kosztów. Dodatkowo jesteśmy w trakcie realizacji innej inwestycji, która potrwa do końca 2023 roku w okolicy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych (odległość do 30km) i jeden z naszych pracowników przeprowadza się w te okolice minimum na czas realizacji inwestycji. Nasi Inspektorzy zarabiają 3000zł netto, zatem łączny koszt naszej firmy to 5072,42zł miesięcznie. Każdy z Inspektorów dysponuje samochodem firmowym, służbowym. Przyjmując dla potrzeb wyjaśnień średnio 160 godzin w miesiącu, koszt roboczogodziny stanowi maksymalnie 31,70zł. Koszt użytkowania samochodu firmowego w naszej firmie to 1,20zł za km dojazdu. Maksymalny tygodniowy koszt pracy jednego pracownika przy założeniu dwóch 6-godzinnych wizyt to:  $31,70zł/h * 6h * 2dni + 2$  (ilość dni dojazdów) \* 2 (dojazd tam i spowrotem) \* 30km \* 1,2zł/km = 380,4 + 144 = 524,40zł tygodniowo. Prace będą trwały 21 miesięcy, każdy miesiąc przy założeniu 4,4 tygodnia wartość dla całej inwestycji stanowi:  $21 * 4,4 * 524,4 = 48 454,56zł$  netto, Co stanowi kwotę brutto: 59 599,11zł. Wartość którą zaoferowaliśmy to 98 400,00zł. Dysponujemy zatem zapasem finansowym w kwocie 38.800,89zł. Zgodnie z niniejszą kalkulacją, wartość naszej oferty pokrywa koszty pracownicze i zabezpiecza zapas finansowy na zabezpieczenie odpowiedniego zysku oraz ryzyk. Niewielka odległość od innej, realizowanej przez nas Inwestycji znacząco obniża nasze koszty. Nie bez znaczenia jest fakt, że jeden z Inspektorów - Właściciel firmy to Inspektor ds. sanitarnych, co pozwala na znaczną oszczędność kosztów której nie uwzględniliśmy w niniejszej kalkulacji".

Odwolujący podnosi, że pomimo powyższych wyjaśnień J.J., Zamawiający w piśmie z dnia 22 czerwca 2021 r., będącym zawiadomieniem o wyniku (rozstrzygnięciu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nr sprawy: ZP.272.6.2021 na powyżej opisany zakres przedmiotowy Powiat Bieszczadzki poinformował w jedynie w sposób lakoniczny, że: „(...) Wykonawca został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie zostały przyjęte przez Zarząd. Oferta zostaje odrzucona na podstawie art. 226, ust. 1, pkt 8”.

Dlatego też, Odwołujący niezwłocznie po powzięciu wiadomości o odrzuceniu jego oferty, wniósł o przywrócenie jego oferty do postępowania o udzielenie zamówienia na powyżej określony zakres przedmiotowy oraz dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem bezpodstawnie odrzuconej oferty J.J., argumentując, że: „(...) oferta przez Państwa wybrana „Biura Obsługi Inwestycyjnej w Przemysłu sp. z o.o. ul. Okrzei 2, 37-700 Przemysł” opiewająca na sumę 135.000zł brutto zawiera 4 wizyty Inspektorów nadzoru na budowie w ciągu tygodni. W przypadku dwóch wizyt w tygodniu wartość oferty wynosiłaby zatem 67.500zł brutto a taką częstotliwość ja zaoferowałem. Moja oferta opiewa na wartość 98.400zł z uwzględnieniem właśnie dwóch wizyt Inspektorów Nadzoru w ciągu tygodnia co jest wartością o ponad 45% wyższą od „Biura Obsługi Inwestycyjnej w Przemysłu sp. z o.o. ul. Okrzei 2, 37-700 Przemysł”. Podważa to zasadność odrzucenia mojej oferty. Wartość prac w przypadku tego typu realizacji dla doświadczonych Inspektorów Nadzoru zależy wyłącznie od ilości wizyt na budowie. Cena przeze mnie skalkulowana jest zatem prawidłowa, z odpowiednim zapasem i nie jest podstawą do odrzucenia mojej oferty. Większa częstotliwość wizyt Inspektorów niż dwie wizyty w tygodniu jest bezzasadna”.

Zamawiający na powyższe pismo nie udzielił żadnej odpowiedzi.

Podkreślić należy, iż w żadnym fragmencie przywołanego pisma o rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający nie odniósł się bezpośrednio do oferty Odwołującego i udzielonych wyjaśnień, uzasadniając swoje chybione twierdzeniem jedynie o tym, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, bowiem rzekomo jej zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu Odwołujący podnosi, że: „Zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium (np. tańszej o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej 30% ustalonej wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT). W orzecznictwie europejskim oraz krajowym, pomimo braku definicji rażąco niskiej ceny, jednolicie przyjmuje się bowiem za sprzeczne z prawem oraz z zasadą ochrony konkurencji, uznanie ceny za rażąco niską bez możliwości udowodnienia przez wykonawcę jej rzetelności w zakresie czynników cenotwórczych. Wobec tego czynność odrzucenia oferty ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt, powinna być poprzedzona wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia w trybie art. 224 p.z.p.” (Andrzej Gawrońska – Baran (red.), „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Wolters Kluwer Polska 2021 r., teza nr 18 komentarza do art. 226). Powyższe świadczy o naruszeniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP przez Zamawiającego poprzez błędne jego zastosowanie w stosunku oferty złożonej przez J.J..

Ponadto Odwołujący wskazuje, że Zamawiający formułując w lakoniczny sposób informację o wyborze oraz odrzuceniu ofert, nie zamieszczając szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego opisanej czynności postępowania, dopuścił się obrazy art. 253 ust. 1 PZP, stanowiącego, że: „Zamawiający, przekazując wykonawcom informację w zakresie określonym w art. 253 ust. 1 PZP, zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne dla poszczególnych dokonanych czynności. W informacji tej powinny być zatem wskazane okoliczności faktyczne i podstawa prawna dokonanych czynności, tj. w zakresie przyznania punktów poszczególnym ofertom oraz podstawy odrzucenia poszczególnych ofert, uzasadniające prawidłowość podjęcia tych czynności. Dopelnienie tego obowiązku ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji ogólnych zasad prowadzenia postępowania, w szczególności zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale również prawa do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych podjętych czynności warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Brak podania wymaganego uzasadnienia może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu. Naruszenie to może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym prowadzić do uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP). Tylko bowiem w sytuacji poinformowania wykonawcy o przyczynach faktycznych i podstawie prawnej dokonanych czynności możliwe jest wniesienie przez niego odwołania od czynności lub zaniechań związanych z wyborem lub odrzuceniem oferty, a także sprostanie ciężarowi dowodowemu przez odwołującego, zgodnie z art. 534 ust. 1 PZP. Niezależnie od obowiązku podania zarówno uzasadnienia faktycznego, jak i prawnego podjętych czynności, dokonanie przez zamawiającego błędnej subsumpcji (tj. błędnego przyporządkowania określonego stanu faktycznego pod odpowiednią normę prawną), przez wskazanie niewłaściwej podstawy prawnej dokonanej czynności, w sytuacji gdy stan faktyczny wyczerpuje przesłanki objęte normą innego przepisu przewidującego ten sam skutek, kwalifikowane jest jedynie jako uchybienie formalne. Uzasadnienie faktyczne powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych stanowiących podstawę podjęcia określonych czynności przez zamawiającego oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie stosownych dowodów na etapie postępowania odwoławczego (art. 534 ust. 1 PZP).

Niedopuszczalne jest rozszerzanie przez zamawiającego okoliczności faktycznych, uzasadniających podjęcie w postępowaniu określonych czynności, dopiero na rozprawie przed KIO. Izba jest bowiem związana zarzutami odwołania (art. 555 PZP), a te determinowane są zakresem uzasadnienia wskazanego w informacji, przekazywanej na podstawie art. 253 ust. 1 PZP (por. wyr. KIO: z

27.3.2019 r., KIO 420/19, Legalis; z 11.7.2017 r., KIO 1290/17, Legalis; z 2.8.2016 r., KIO 1346/16, Legalis)(Marzena Jaworska (red.), „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Legalis 2021 r., teza nr A.III.1 – 3 komentarza do art. 253).

Odwołujący wskazuje, iż nadal swoją aktualność, poglądy wyrażone na gruncie uchylonej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, dlatego zasadnym jest ich przytoczenie. „Zamawiający zobowiązany jest do poinformowania o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5 PrZamPubl, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Wraz z tymi informacjami zamawiający powinien również podać uzasadnienie faktyczne i prawne, osobno dla każdej odrzuconej oferty. Niezależnie od tego ogólnego wymogu, odnoszącego się do wszystkich informacji określonych w art. 92 ust. 1 PrZamPubl, zamawiający powinien poinformować o powodach odrzucenia oferty (czyli tak naprawdę podać uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia)...” (Marzena Jaworska (red.), „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Legalis 2020 r., teza nr 6 komentarza do art. 92). W tożsamy sposób odnośnie omawianego tutaj zagadnienia Krajowego Izba Odwoławczej wydając wyrok o sygn. akt KIO 1557/20 z dnia 31 lipca 2020 r. orzekła, że: „Przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 p.z.p. ma na celu zapewnienie wykonawcy, którego oferta została odrzucona, możliwości zapoznania się z motywami działania zamawiającego oraz umożliwienie ewentualnego zakwestionowania zasadności czynności odrzucenia oferty w ramach środków ochrony prawnej. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji Zamawiający powinien zatem podać w sposób konkretny wszystkie powody, które przesądziły o odrzuceniu oferty”. W końcu Odwołujący przywołuje pogląd Pawła Wójcika, który słusznie stwierdził, że: „Poprawne sformułowanie podstawy prawnej i faktycznej rozstrzygnięć jest warunkiem koniecznym skutecznego zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jak zauważyła trafnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie dotyczącej formułowania uzasadnienia odrzucenia oferty: „Zamawiający podaje podstawy prawne (przepis Prawa zamówień publicznych) oraz faktyczne (jaka treść złożonej oferty nie odpowiada jakiej treści SIWZ). Tak opisany obowiązek ustawowy służy celom nie tylko informacyjnym, ale ma doniosłe skutki dla postępowania – wykonawca, znając powody odrzucenia złożonej przez siebie oferty, może albo z nimi się zgodzić, albo polemizować z nimi w drodze środków ochrony prawnej”. Jest to zasada uniwersalna, dająca się odnieść do każdego rozstrzygnięcia zamawiającego, które jest komunikowane wykonawcom. Z technicznego punktu widzenia zamawiający powinien dokonać subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do odpowiedniej normy prawnej. Z uzasadnienia sporządzonego przez zamawiającego winien zatem wynikać precyzyjny opis zaistniałego stanu faktycznego oraz wykazanie, iż w owym stanie faktycznym zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie określonej (wskazanej precyzyjnie) normy prawnej. Przykładowo jeżeli zamawiający dokonuje odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, to „musi w sposób pełny przedstawić podstawy swojej oceny, w tym wyczerpujące uzasadnienie faktyczne. Musi uzasadnić, dlaczego jego zdaniem wykonawca nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że cena nie jest rażąco niska” 346 . I nie może w tym zakresie oprzeć się wyłącznie na rozkładzie ciężaru dowodu wynikającym z art. 224 ust. 5 p.z.p. Zamawiający będzie zatem zobowiązany do szczegółowego wyjaśnienia, dlaczego złożone wyjaśnienia nie uzasadniają rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 6 p.z.p.). Uzasadnienie jest zatem twierdzenie, że nie wystarczy przedstawienie jakiegokolwiek uzasadnienia, czy to tak skrótowego, że nie wynikają z niego faktyczne motywy podjęcia decyzji, czy to lakonicznego, niewskazującego sedna problemu. Takie uzasadnienie nie spełnia bowiem kryterium pełnego i wyczerpującego przedstawienia motywów działania zamawiającego. Wadliwość uzasadnienia może sama w sobie być podstawą do wniesienia odwołania przez wykonawcę. Będzie ono skuteczne, jeżeli uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego nie pozwoli na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zamawiający nie może przedstawić wyłącznie wniosków, wyniku swoich działań, ale jest zobowiązany do zaprezentowania przyczyn swojej decyzji i ich analizy, która doprowadziła do takich, a nie innych rozstrzygnięć w postępowaniu. „W sytuacji, gdy odwołującemu nie zostało przedstawione konkretne uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wniesione od tej czynności odwołanie zostało oparte na jego domysłach, nie jest możliwe wydanie przez Izbę wyroku oddalającego odwołanie na podstawie informacji przekazanych przez zamawiającego dopiero na rozprawie” (Paweł Wójcik [w:] Andrzej Gawrońska – Baran (red.), „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Wolters Kluwer Polska 2021 r., teza nr 3 komentarza do art. 253).

Wreszcie Odwołujący zauważa, że zgodnie z art. 239 ust. 2 PZP: „Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”, dlatego zasadnym jest przytoczenie sentencji wyroku o sygn. akt KIO 181/17 z dnia 10 lutego 2017 r.: „W świetle art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) wybór oferty najkorzystniejszej, to wybór spośród ofert nie podlegających odrzuceniu”.

Zatem skoro oferta nr 2 złożona przez Odwołującego znajdowała się na pierwszej pozycji rankingu ofert, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert i ich wagi określone przez Zamawiającego w treści pkt XXV SWZ, co potwierdza Informacja z otwarcia ofert, złożonych do postępowania pn.: Kompleksowa realizacja inwestycji w formule – zaprojektuj – wybuduj – wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dol. - insp. nadzoru (nr sprawy: IZP.272.6.2021) z dnia 7 maja 2021 r., to implikuje obowiązek wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a konsekwencji udzielenie Odwołującemu zamówienia publicznego na Kompleksowa realizacja inwestycji w formule – zaprojektuj – wybuduj – wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dol. - insp. nadzoru.

Na potwierdzenie tego stanowisko Odwołujący przywołuje pogląd Danuty Grześkowiak – Stojek: „Z treści komentowanego przepisu wynika także zasada związania zamawiającego zasadami oceny ofert opisanymi w dokumentach zamówienia, w tym kryteriami, wagami, a także opisem sposobu oceny ofert w oparciu o poszczególne kryteria. Zamawiający do oceny ofert może zastosować wyłącznie takie kryteria i zasady, jakie wskazał w dokumentach zamówienia.

Zamawiający, oceniając oferty, nie może zatem ani uszczegółowić zasad oceny poprzez badanie w sposób, który nie został jednoznacznie wyartykułowany w zapisach SWZ, ani też odstępować od zasad, które opisał uprzednio. Dlatego też opis oceny ofert, w tym kryteriów, musi zawierać wszystkie elementy, które będą brane pod uwagę przy ocenie danego kryterium. Za wadliwą praktykę KIO, w wyr. z 24.5.2016 r. (KIO 737/16 i KIO 739/16, Legalis), uznała dokonanie

oceny ofert poprzez ocenę poszczególnych elementów wymagań w sposób odmienny niż opisany w udostępnionej wykonawcom SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że bez znaczenia dla negatywnej oceny ww. praktyki jest nawet uznanie, iż zastosowany przez komisję przetargową nowy sposób oceny elementów podlegających ocenie stanowi racjonalne z punktu widzenia celu ustanowionego kryterium jakościowego doprecyzowanie sposobu oceny poszczególnych wymagań. Jeśli zmiana opisu kryteriów, zdaniem zamawiającego, była racjonalnie uzasadniona i konieczna, to należało takiej zmiany dokonać jeszcze przed upływem terminu składania ofert. Na etapie oceny ofert zmiana sposobu oceny w stosunku do ostatecznej treści SWZ jest bowiem niedopuszczalna. Prowadzenie postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i przestrzeganie uczciwej konkurencji wymagają, aby potencjalni wykonawcy w pełni mogli zapoznać się przed złożeniem oferty ze sposobem oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów. Jest to jeden z kluczowych aspektów, który ma wpływ nie tylko na treść składanych ofert, ale i na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, gdyż potencjalny wykonawca może ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Treść SWZ jest wiążąca zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców. Zamawiający nie może zatem oceniać ofert w sposób odmienny od opisanego w SWZ, a wykonawca nie może się tego domagać" (Dorota Grześkowiak Stojek [w:] Marzena Jaworska (red.), „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Legalis 2021 r., teza nr B.1 oraz 2 komentarza do art. 239).

Reasumując, przywołane okoliczności faktyczne dowodzą niezbicie, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 ust. 1 oraz 2 PZP.

Powyżej opisane czynności oraz zaniechania Zamawiającego naruszają interes Odwołującego polegający na utracie uzyskania przez Odwołującego zamówienia publicznego na Kompleksowa realizacja inwestycji w formule – zaprojektuj – wybuduj – wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dol. - insp. nadzoru w wyniku bezpodstawnego odrzucenia jego oferty, która powinna zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym pod nr sprawy: IZP.272.6.2021.

Tym samym interes ten doznał uszczerbku w wyniku naruszenia wyżej przytaczanych przepisów PZP, a tym samym zostały spełnione przesłanki art. 505 ust. 1 PZP.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołanie winno zostać uwzględnione w całości.

W tym stanie rzeczy wnoszę jak we wstępie.

Przystępujący: Arkadis sp. z o.o. S2 sp. k. 38-120 Czudec ul. Słoneczna 47

Data podjęcia informacji o wniesieniu odwołania:

Zamawiający za pismem z dnia 29.06.2021r. Iwtorekl zamieścił wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego;

Przystępujący otrzymał wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego 29.06.2021r. Iwtorekl

Data wniesienia przystąpienia: Przystępujący z dniem 01.07.2021r. (czwartek) wnosi przystąpienie do postępowania odwoławczego

Data przekazania kopii przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu: Kopię przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazano stronom dnia: 01.07.2021r (czwartek)

Interes w Przystępującego w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego:

Odwołujący posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego odwołania z uwagi na fakt, iż złożona przez Odwołującego oferta w postępowaniu posiada znamiona nisko rażącej ceny "nisko rażącej ceny" a przedłożone wyjaśnienia Odwołującego w odezwie na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.05.2021r. jednoznacznie potwierdzają, że Zamawiający podjął słuszną decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Dlatego też na podstawie art. 525 ust. 1 Pzp Przystępujący wnosi: przystąpienie po stronie Zamawiającego; o odrzuceniu odwołania z dnia 25.06.2021r. wniesionego przez Odwołującego;

Przystępujący wskazuje, iż Zamawiający pismem z dnia 25.05.2021r. na mocy art. 224 wystosował do Wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienie szczegółowej, analizy czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaoferowanej ceny w złożonej ofercie co odzwierciedla pierwszy akapit pisma.

Odwołując w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie przedłożył za pismem z dnia 27.05.2021r. wyjaśnienia, które nie zawierają wymagań jakie postawił Zamawiający przed wykonawcami w tym przed Odwołującym tj. brak szczegółowej analizy czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaoferowanej ceny w złożonej ofercie. Przystępujący wskazuje że przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia ws. "nisko rażącej ceny" nie zasługują na uznanie jako wystarczające, oraz nie spełniają warunków określonych w SWZ. Zgodnie z stanowiskiem utrwalonym w orzecznictwie to obowiązkiem ustawowym Wykonawcy w tym przypadku Odwołującego jest zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp udowodnienie Zamawiającemu że zaoferowana cena nie ma znamion "nisko rażącej ceny" tj. „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy". Ponadto Wykonawca nie wykazuje żadnego zysku, czy też kosztów ogólnych jakie ponosi w tym kosztów wspomnianej powyżej polisy OC, ZUS, wadium, zarządu itp. kosztów które każdy przedsiębiorca ponosi. Sam fakt braku wykazania zysku, kosztów ogólnych itp., czy też ewentualne przerzucanie kosztów w inne realizowane kontrakty a taką sytuację mamy w tym przypadku co wynika wprost z treści wyjaśnień/ jest elementem dyskwalifikującym takie wyjaśnienia, ponieważ zgodnie z jednolitym orzecznictwem KIO zabrania się przerzucania kosztów w realizowane obecnie kontrakty i jest to naruszenie prawa w tym art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust 2 Pzp. Na podstawie dokonanej analizy udostępnionej Przystępującej dokumentacji Zamawiającego w sprawie przez wyjaśnień ws. „rażąco niskiej ceny" a przedłożonych przez Odwołującego, Przystępujący wskazuje, iż Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art 224 ust. 5 Pzp poprzez złożenie wyjaśnień w sposób ogólnikowy nie popartych żadnym materiałem dowodowym a tym samym wyjaśnienia zostały napisane z brakiem należytej staranności, nie poparte żadnymi szczegółowymi i logicznymi obliczeniami o które

wnioskował Zamawiający w swoim wezwaniu tj. że wyjaśnienie powinny zawierać co najmniej szczegółowej analizę czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaofferowanej ceny w złożonej ofercie. Odwołujący wskazuje, że Odwołujący w sposób nie wystarczający udowodnia Zamawiającemu, że zaofferowana cena rozumiana zgodnie z art. 7 pkt 1 Pzp nie jest "ceną rażąco niską". Przystępujący mający interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia wskazuje, iż ustawa Pzp nie tylko nakłada obowiązek na wykonawcę /Odwołującego/ a wynikający z art. 224 ust. 5 Pzp udowodnienia Zamawiającemu, że oferta nie zawiera "nisko rażącej ceny", ale również nakłada obowiązki na Zamawiającego w tym obowiązek z należytej staranności i rzetelności w zakresie szczegółowej analizy złożonych wyjaśnień przez Wykonawcę z zachowaniem m.in. art. 17 ust 2 Pzp. Zatem analizując udostępnione zatem przez Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego, Przystępujący wskazuje, że wyjaśnienia są niespójne, nierzetelne a co więcej mogą one wprowadzać Zamawiającego w błąd. Dlatego też Zamawiający ma stać na straży równego traktowania Wykonawców, rzetelnej analizy złożonych wyjaśnień, do czego został zobowiązany przez Ustawodawcę. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazuje, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia za cenę 98.400,00zł tj. kwotę brutto na co składają się koszty pracowników wraz z dojazdami na kwotę 59.599,11zł brutto tj. 48.454,56zł netto, oraz zapas finansowy z kwocie 38.800,89zł brutto. Przystępujący wskazuje, że zgodnie z SWZ wykonawca a co za tym idzie Odwołujący jest zobowiązany do zapewnienia 3 inspektorów nadzoru tj. 11. inspektora nadzoru ds. konstrukcyjno - budowlanych; 21. inspektora nadzoru ds. sanitarnych; 31. inspektora nadzoru ds. elektrycznych; czego jak widać Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie wskazuje, bowiem zgodnie z treści wyjaśnień wynika, iż Odwołujący przyjął jedynie 1 pracownika gdzie wskazuje że koszt tygodniowy tegoż pracownika wynosi 524,40zł netto. Zatem przyjmując w wielkim uproszczeniu że mamy konieczność zapewnienia 3 pracowników inspektorów nadzoru odpowiednich specjalności to koszt tygodniowy nam do netto na tydzień. Należy wspomnieć iż Odwołujący w formularzu oferty zadeklarował pobyt inspektora nadzoru: 2 pobyty na budowie tygodniowo zgodnie z deklaracją jaką złożył w formularzu oferty. Odwołujący miał uwzględnić 3 inspektorów nadzoru, a uwzględnił tylko 1 inspektora nadzoru i tak naprawdę nawet nie wiadomo czy inspektora nadzoru ds. konstrukcyjno — budowlanych, czy ds. sanitarnych, a może ds. elektrycznych. Taka sama sytuacja jest z każdym kolejnym inspektorem nadzoru którego Odwołujący tak naprawdę nie wykazuje w swoich wyjaśnieniach. Należy przy tym zauważyć że Zamawiający w SWZ jasno precyzuje kryteria poza cenowe w tym kryterium „liczby pobytów inspektora nadzoru w ciągu tygodnia” a mianowicie Zamawiający jasno wskazuje, że chodzi o pobyt inspektora nadzoru a nie pobyt wykonawcy co jest nie bez znaczenia podczas badania nisko rażącej ceny, a tym samym. Istotą tego kryterium było aby zadeklarować „liczbę pobytów inspektora nadzoru” a nie liczbę pobytów wykonawcy nadzoru inwestorskiego. Zatem z przywołanego kryterium jasno wynika, że każdy z inspektorów nadzoru danej branży ma być na placu budowy na poziomie min. 2 pobyty w ciągu tygodnia tj. inspektor nadzoru w branży konstrukcyjno budowlanej zwany również koordynatorem ma być na placu budowy min. 2 razy w ciągu tygodnia; inspektor nadzoru branży sanitarnej ma być na placu budowy min. 2 razy w ciągu tygodnia; oraz inspektor nadzoru w branży elektrycznej ma również być na placu budowy min. 2 razy w ciągu tygodnia. Dlatego też Przystępujący wskazuje, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach przyjął ewidentnie 2 pobyty w tygodniu ale 1 z inspektorów nadzoru. Idąc zatem dalej Przystępujący wskazuje że mamy czas realizacji 21miesiący tj. ok 91 tyg. co w konsekwencji daje nam już netto + vat — 176.088,28zł brutto bez uwzględnienia zysku, kosztów ogólnych, wadium, opłat w ty, na przykład wymaganej polisy OC, czy też zaświadczenia US; itd. które to koszty Odwołujący był zobowiązany uwzględnić w swojej cenie ofertowej. Przystępujący wskazuje że zgodnie z zasadami matematyki wychodzi nam, że koszt bezpośredni samych inspektorów nadzoru to 176.088,28zł jest znacznie mniej o 77.688,28zł brutto/ wyższy od zaofferowanej ceny w ofercie 98.400,00zł. Wskazuje również że Odwołujący będący w starcie ok - 77.688,28zł pokazuje jeszcze że posiada zapas finansowy 38.800,89zł brutto co jest nieprawdą. Zatem skoro Odwołujący jest w stracie to gdzie ma deklarowany zapas finansowy czy też zysk. Przystępujący w kontekście powyższego podnosi, iż Odwołujący ewidentnie dopasowywał przedmiotowe wyjaśnienia do zaofferowanej ceny czego skutkiem jest udowodnienie nie faktu, że zaofferowana cena oferty nie ma znamion „rażąco niskiej ceny” lecz przeciwnie z przedłożonych wyjaśnień przez Odwołującego wynika jednoznacznie, że zaofferowana cena jest rażąco niska, pomijając już fakt, że tak naprawdę Wykonawca celowo działa na swoją niekorzyść ekonomiczną. Przystępujący podkreśla, iż ustawodawca dając narzędzia Zamawiającemu w postaci odpowiednich zapisów w ustawach i aktach wykonawczych, aby przeciwdziałać nadużyciom, nieuczciwym praktykom w tym zaniżania cen świadczonych usług, tak aby eliminować patologie przyznawania zamówień z ewidentną nisko rażącą ceną, a Zamawiający wykazał się nie potraktował wyjaśnień Odwołującego marginalnie - jest wezwanie odpowiedź, lecz zadziałał zgodnie z ustawą Pzp, która w sposób oczywisty reguluje narastający problem zaniżania cen w zamówieniach publicznych. Ponadto wskazuje, że ustawodawca jednocześnie z daniem narzędzi do przeciwdziałania, wręcz zobowiązuje Zamawiającego jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do przestrzegania a zarazem eliminowania tego typu nieuczciwych praktyk stosowanych przez wykonawców. Zaniechanie czynności w tym czynności wskazanych na wstępie odpowiada bezpośrednio na mocy art. 52 ust. 1 Pzp albo pośrednio na mocy art 52 ust. 2 albo alternatywnie art. 52 ust. 3 Pzp Kierownik Zamawiającego. Przystępujący na koniec wskazuje, że Zamawiający w tym przypadku rzetelnie ocenił wyjaśnienia Odwołującego złożone na okoliczność "nisko rażącej ceny" i uznał iż oferta Odwołującego na tym etapie zasługiwała na odrzucenie z uwagi na brak szczegółowych wyjaśnień oraz brak szczegółowej analizy czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaofferowanej ceny w złożonej ofercie, a Odwołujący nie można mówić o naruszeniu art. 226 ust 1 pkt 8 PZP jak również art. 224 ust 1 Pzp oraz art. 239 ust. 1 Pzp, i art. 23 ust 1 Pzp.

Kraków, dnia 3 sierpnia 2021r. sygn. akt KIO 1897/21 Termin rozprawy: 4 sierpnia 2021 r.. godz. 10:00 Zamawiający: Powiat Bieszczadzki ul. Bełska 22, 38 - 700 Ustrzyki Dolne Odwołujący Wykonawca : J.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AKW J.J., ul. Partyzantów 7, 32-700 Bochnia Przystępujący do postępowania odwoławczego: Arkadis sp. z o.o. S2 sp. k., 38-120 Czudec ul. Słoneczna

#### PISMO PROCESOWE ODWOŁUJĄCEGO

W związku z przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Firmy Arkadis sp. z o.o. S2 sp. k. 38-120 Czudec ul. Słoneczna 47, Odwołujący z ostrożności procesowej składania niniejsze pismo, nadal podtrzymując zarzuty i żądania wyrażone w treści odwołania.

Na wstępie należy zauważyć, iż podstawowym zarzutem Odwołującego jest naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm. dalej „PZP”), poprzez niewskazanie elementów cenotwórczych oferty Odwołującego zawartych w treści wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, lub ich istotnych części składowych, które powinny zostać wyjaśnione przez Wykonawcę, oraz art. 253

ust. 1 PZP poprzez zaniechanie podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego.

Natomiast Przystępujący próbuje nieudolnie wykazać, iż Odwołujący rzekomo nie wyjaśnił prawidłowo ceny złożonej oferty, oraz że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, czego jednak nie udowadnia w sposób prawidłowy i zgodny ze stanem faktycznym.

Odwołujący podkreśla na wstępie, iż złożone w dniu 27.05.2021r. pismo z wyjaśnieniem ceny oferty w pełni odpowiada na treść wezwania Zamawiającego, a przy tym w sposób czytelny przedstawia kalkulację i wyliczenia oraz argumenty, które dowodzą że zaoferowana cena jest realna, odpowiada warunkom rynku i pozwala na należyte wykonanie zamówienia. Odwołujący wbrew twierdzeniu Przystępującego udowodnił, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Niemniej z uwagi na argumentację Przystępującego Odwołujący odnosi się poniżej do zarzutów i argumentów, jakie zostały podniesione.

Odwołujący zauważa, iż wykazał maksymalne możliwe koszty, które mogą wystąpić przy jednorazowych wizytach na obiekcie. Założenie 6 roboczogodzin na jedną wizytę Inspektora Nadzoru przyjęto maksymalnie pesymistycznie, a nie jak sugeruje Przystępujący w celu dopasowania do ceny ofertowej. Natomiast koszty, które poniesie Odwołujący są realnie niższe niż próbuje to przedstawić Przystępujący.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, iż rzeczywisty średni czas na jedną wizytę to 2 roboczogodziny przy dwóch wizytach Inspektora Nadzoru w tygodniu.

Koszt miesięczny pracownika o wartości 5072,42zł jest to maksymalny koszt brutto pracodawcy dla utrzymania jednego pracownika, uwzględniający ZUS i podatek dla miesięcznego wynagrodzenia pracownika w kwocie 4.210,18zł brutto, które stanowi maksymalne miesięczne wynagrodzenie, jakie pobierze Inspektor nadzoru ds. elektrycznych w firmie Odwołującego. Poniżej wyliczenie:

Koszty pracownika dla miesięcznego wynagrodzenia 4 210, 18 PLN brutto kwota netto 3 056,00 PLN ubezpieczenie emerytalne 410,91 PLN ubezpieczenie rentowe 63,15 PLN ubezpieczenie chorobowe 103,15 PLN ubezpieczenie zdrowotne 326,97 PLN zaliczka na PIT 250,00 PLN kwota brutto 4 210,18 PLN

Koszty pracodawcy dla miesięcznego wynagrodzenia 4 210,18 PLN brutto kwota brutto 4 210,18 PLN ubezpieczenie emerytalne 410,91 PLN ubezpieczenie rentowe 273,66 PLN ubezpieczenie wypadkowe 70,31 PLN Fundusz Pracy 103,15 PLN FGŚp 4,21 PLN koszty pracodawcy 5 072,42 PLN.

Całkowity miesięczny ZUS dla Właściciela - Odwołującego są znacznie niższe, jak niżej:

Ubezpieczenie zdrowotne: 381,81

Ubezpieczenie społeczne: 921,06

Fundusz pracy: 77,31

Przyjęte wyżej kwoty, jak wykazano to również w wyjaśnieniu ceny oferty złożonym na wezwanie Zamawiającego, są zatem z dużym zapasem finansowym i dowodzą realnej wartości zaoferowanej ceny przez Odwołującego.

Zauważyć należy, iż Przystępujący błędnie wskazuje na ilość wymaganych wizyt inspektorów. Odwołujący podkreśla, iż Zamawiający wymaga dwóch wizyt Inspektora Nadzoru w tygodniu, a nie dwóch wizyt trzech Inspektorów Nadzoru w tygodniu jak nieprawidłowo sugeruje Przystępujący. Treść SWZ wyraźnie wskazuje na liczbę pojedynczą i odnosi się do jednej osoby inspektora nadzoru określonej branży. W żadnym miejscu SWZ, ani w OPZ, jak też w projektowanych postanowieniach umowy, Zamawiający nie wymaga aby jednocześnie było trzech inspektorów we wszystkich branżach dwa razy w tygodniu.

W tym miejscu należy zauważyć, iż ogólnie przyjętą praktyką, a wręcz normą przy realizowaniu tego typu Inwestycji jest, że prace Inspektorów nadzoru koordynuje jeden z nich jako Główny Inspektor Nadzoru, a reszta Inspektorów Nadzoru realizuje swój zakres prac w zależności od potrzeb i postępu prac, w tym określonej branży. Założenie 6 godzinnej wizyty Inspektora Nadzoru podczas jednej wizyty jest zatem założeniem ze sporym zapasem czasowym, nawet przy założeniu najbardziej pesymistycznego wariantu konieczności jednoczesnych dwugodzinnych wizyt trzech Inspektorów Nadzoru dwa razy w tygodniu, co jest założeniem z doświadczenia Odwołującego nierealnym, skrajnie pesymistycznym. Niemniej nawet przy założeniu wizyt trzech inspektorów nadzoru 2 razy w tygodniu wyliczenia ceny oferty nadal są prawidłowe, gdyż w takim przypadku trzej inspektorzy będą na budowie dwa razy w tygodniu, każdy po 2 godziny.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący kalkulując koszty wskazał ponadto, iż na ich obniżenie wpływa dodatkowa Inwestycja, która aktualnie nadzoruje, oddalona od planowanego zadania jedynie o 30 km i opłacenia Inspektorów Nadzoru na podstawie zlecenia o wartości 31,70zł/roboczogodzinę brutto.

Wyjaśnić też należy, iż pełny koszt użytkowania samochodu firmowego w firmie Odwołującego to 1,20zł za km dojazdu - uwzględnia paliwo, opłaty, eksploatację, ubezpieczenia. Natomiast roczny koszt ubezpieczenia OC firmy Odwołującego to 448zł brutto.

Ponadto Odwołujący posiada siedzibę w miejscu zamieszkania, a zatem nie ponosi dodatkowych kosztów najmu.

W odpowiedzi na zarzut Przystępującego iż „Odwołujący ewidentnie dopasowywał przedmiotowe wyjaśnienia do zaoferowanej ceny czego skutkiem jest udowodnienie Zamawiającemu nie faktu, że zaoferowana cena oferty nie ma znamion „rażąco niskiej ceny”, Odwołujący przedstawia dodatkową kalkulację, na podstawie której została stworzona oferta, a która dodatkowo dowodzi realności ceny i prawidłowego jej wyliczenia.

Z uwzględnieniem wcześniej przedstawionych danych, przy założeniu najbardziej pesymistycznej kalkulacji, koszty poniesione przez Odwołującego dla 21 miesięcznej Inwestycji to:

Koszty pracownicze:

realne dla kalkulacji oferty: 31,70zł/h \* 2 godziny pracy \* 2 dni w tygodniu \*

4,4 tygodnia w miesiącu \* 21 miesięcy 11716,32zł netto maksymalne przy założeniu wielowątkowych problemów podczas realizacji Inwestycji: 31,70zł/h \* 6 godzin pracy \* 2 dni w tygodniu \* 4,4 tygodnia w miesiącu \* 21 miesięcy 35148,96zł netto

Ubezpieczenie: 448zł/rok \* 21 miesięcy (1,75 roku) 784zł dojazd: 2 dni dojazdów tygodniowo \* 2 dojazdy (dojazd tam i z powrotem) \* 30km \* 1,2zł/km \* 4,4 tygodnia w miesiącu \* 21 miesięcy 13305,60zł netto.

Całkowity koszt Odwołującego, bez uwzględnienia obniżonych kosztów ZUS i US Właściciela AKW oraz osoby współpracującej - J.J., jako

Inspektor ds. konstrukcyjno-budowlanych to:

Koszty pracownicze: 11716zł netto, Koszty dojazdu: 13305,60zł netto, koszt ubezpieczenia firmy: 784zł netto, suma: 25805,60zł netto co stanowi kwotę brutto: 31704,89zł.

Zysk do opodatkowania w tym wypadku będzie wynosił 66695,11zł brutto, co stanowi kwotę 54223,6zł netto.

Całkowity koszt Odwołującego, z uwzględnieniem 6-godzinnych dojazdów przy założeniu wielowątkowych problemów podczas realizacji Inwestycji to:

Koszty pracownicze: 35148,96zł netto, Koszty dojazdu: 13305,60zł netto, koszt ubezpieczenia firmy: 784zł netto, suma: 49238,56zł netto co stanowi kwotę brutto: 60.563,43zł.

Zysk do opodatkowania w tym wypadku będzie wynosił 37.836,57zł brutto, co stanowi kwotę 30.761,44zł netto.

Planowane realne założenia kosztorysowe są zatem znacznie bardziej optymistyczne w stosunku do przedstawionych w złożonych wyjaśnieniach wyliczenia, co zaprzecza zarzutowi Przystępującego, że wyliczenia rażąco niskiej ceny przedstawione w piśmie z dnia 27.05.2021r. są „dopasowane do zaoferowanej ceny”.

Zamawiający wbrew twierdzeniom Przystępującego nie wymagał wniesienia wadium od Wykonawców, więc postawiony zarzut dotyczący nieuwzględnienia niniejszego kosztu przez Odwołującego jest bezpodstawny i wskazuje na nieudolną próbę dopasowania maksymalnej liczby argumentów, nawet nieistniejących, a mających na celu zdyskredytowanie wyjaśnień Odwołującego, a tym samym jego oferty.

Odwołujący zauważa również, że przy realizacji szczególnie usług, każdy z Wykonawców może samodzielnie kształtować ceny w zależności od rzeczywistych kosztów własnych i doświadczenia w realizacji inwestycji, własnej wiedzy i sposobu jej wykorzystania, organizacji pracy itp., i nie można traktować dwóch innych podmiotów gospodarczych tą samą miarą przy rozliczaniu ich kosztów. Duża spółka ma większe koszty stałe, niż tak jak Odwołujący, czyli osoba prowadząca indywidualną działalność gospodarczą. Ponadto wysokość zysku może również kształtować się na różnym poziomie. Należy też dodać, iż w przypadku tego rodzaju usług praktycznie nie ma kosztów materiałów, a jedynie pozostają koszty osobowe i dojazdu do miejsca inwestycji.

Natomiast jak wyżej Odwołujący wyliczył, co również udowodnił w kalkulacji przedstawionej w złożonych wyjaśnieniach z dnia 27.05.2021r., realnie możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę i osiągnięcie przy tym godziwego zysku.

Tym samy zarzut rażąco niskiej ceny jest chybiony i nieuzasadniony.

Dlatego też, zważywszy na materiał zgromadzony w dokumentacji postępowania, jak i powyższe, wszystkie podniesione zarzuty w odwołaniu należy uwzględnić.

Mając na uwadze przedstawioną argumentację oraz stan faktyczny wynikający z dokumentacji niniejszej sprawy, jak również obowiązujące przepisy, Odwołujący wnosi jak w petitum odwołania o jego uwzględnienie w całości i zasądzenie kosztów postępowania.

### **Sygn. akt KIO 1944/21**

O D W O Ł A N I E Czudec dnia 28.06.2021r.

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Inspektor nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania: Kompleksowa realizacja inwestycji w formule zaprojektuj – wybuduj – wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych.

Sprawa znak IZP.272.6.2021. Ogłoszenie nr 2021/BZP 00037736/01 z dnia 21.04.2021r.

Odwołujący: Arkadis sp. z o.o. S2 sp. k.

3.Data podjęcia informacji o podstawie do wniesienia odwołania:

1]. Zamawiający za pismem z dnia 22.06.2021r. [wtorek] zamieścił informację o wyborze oferty.

2]. Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dnia 22.06.2021r. [wtorek]

4 Data wniesienia odwołania:

Odwołanie wniesiono dnia 28.06.2021r [poniedziałek];

5. Data przekazania kopii odwołania:

Kopia odwołania przekazano dnia: 28.06.2021r [poniedziałek]

6. Strona internetowa Zamawianego na której umieszczono SWZZamawiając zamieścił SWZ na: 1]. stronie: kompleksowa\_realizacja\_inwestycji\_w.html 2]. platformie: <https://portal.smartpzp.pl/bieszczadzki/public/postepowanie?postepowanie=15056777>

7. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, na skutek czego Odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia publicznego.

Zamawiający pismem z dnia 11.05.2021r. na mocy art. 224 wystosował do Wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny oraz przedstawienie szczegółowej, analizy czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaferowanej ceny w złożonej ofercie.

Wykonawca w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie przedłożył za pismem znak DP/11/05/2021 z dnia 14.05.2021r. wyjaśnienia, które nie zawierają wymagań jakie postawił Zamawiający przed Wykonawcą [tj. brak szczegółowej analizy czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaferowanej ceny w złożonej ofercie].

Zamawiający pomimo, iż przedłożone wyjaśnienia nie spełniają wymagań jakie postawił Wykonawcy, a tym samym nie potwierdzają, iż zaferowana cena nie ma znamion "nisko rażącej ceny", wybrał ofertę Wykonawcy jako najkorzystniejszą. Z udostępnionych Odwołującemu dokumentów wynika, że brak jest wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w SWZ jak również odpowiedzi Wykonawcy w zakresie złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu usług oraz wykazu osób, polisy OC itp. wymaganych przez SWZ.

Odwołujący wskazuje, że przedłożone wyjaśnienia ws. "nisko rażącej ceny" nie zasługują na uznanie jako wystarczające, a brak przedłożenia polisy OC, KRK, jak również wykazu usług i osób nie spełnia wymagań określonych w SWZ w zakresie podmiotowych środków dowodowych, oraz nie potwierdza spełnienia warunku określonego w SWZ.

Zamawiający zaniechał:

1]. odrzucenia oferty wybranej, która

a]. nie spełnia warunków postępowania określonych w SWZ;

b]. ma znamiona "nisko rażącej ceny";

2]. należytej staranności podczas weryfikacji i oceny złożonych:

a]. wyjaśnień ws. "nisko rażącej ceny";

b]. podmiotowych środków dowodowych;

Odwołujący wskazuje, że gdyby Zamawiający rzetelnie ocenił wyjaśnienia Wykonawcy złożone na okoliczność "nisko rażącej ceny" to oferta już na tym etapie zasługiwała na odrzucenie z uwagi na brak szczegółowych wyjaśnień oraz brak szczegółowej analizy czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaferowanej ceny w złożonej ofercie.

Odwołujący wskazuje, również że pomimo zaniechania przez Zamawiającego dotyczącego odrzucenia oferty z uwagi na znamiona "nisko rażącej ceny" i środków dowodowych że tak nie jest, zaniechał odrzucenia oferty ze względu na brak złożonych podmiotowych środków dowodowych spełniających wymagania SWZ.

Gdyby Zamawiający poprawnie zweryfikował złożone dokumenty, a tym samym złożoną ofertę przez Wykonawcę ocenił w sposób prawidłowy, to by ją odrzucił, a oferta Odwołującego stała by się najkorzystniejsza w świetle niniejszego postępowania, a Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie, bowiem nie podlega wykluczeniu z postępowania, spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta miałaby najwięcej punktów w kryteriach oceny ofert. Zatem Odwołujący miałby realną szansę prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania zysku oraz potwierdzenia prawidłowego wykonania. Dlatego też brak uzyskania powyższych profitów – stanowi na tym etapie szkodę Odwołującego.

Na podstawie art. 505 ust. 1 Pzp w zw. z art. 513 pkt 1 i pkt 2 Pzp Odwołujący wnosi odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1]. art. 7 ust. 17 Pzp poprzez wybór Wykonawcy który nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

art. 224 ust. 6 Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej pomimo, iż nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 Pzp;

3]. art. 226 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy

4]. art. 17 ust. 2 Pzp poprzez wybór Wykonawcy z naruszeniem fundamentalnych zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych zawartych w art. 16 pkt 1 Pzp;

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1]. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2]. powtórzenia procesu badania i oceny ofert w postępowaniu,

3]. wykluczenia Wykonawcy;

4]. odrzucenia oferty Wykonawcy;

5]. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert

## UZASADNIENIE

1. Zarys sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Inspektor nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania: Kompleksowa realizacja inwestycji w formule zaprojektuj – wybuduj

– wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych. Sprawa znak IZP.272.6.2021. Ogłoszenie nr 2021/BZP 00037736/01 z dnia 21.04.2021r.

Przedmiotem zamówienia jest zatem usługa sprawowania wielobranżowego nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. Kompleksowa realizacja inwestycji w formule zaprojektuj – wybuduj – wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych.

W postępowaniu złożonych zostały 4 oferty w tym Wykonawcy i Odwołującego. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu celem uzyskania zamówienia publicznego.

## 2. Uzasadnienie zarzutów:

1]. art. 7 ust. 17 Pzp poprzez wybór Wykonawcy który nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

Z udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów wynika, że Wykonawca nie złożył wymaganych podmiotowych środki dowodowych spełniających wymagania SWZ, jak również brak jest dokumentu potwierdzającego że Zamawiający wezwał Wykonawcę w tej sprawie, a tym samym zachodzi zaniechania procedury a tym samym brak jest dowodów na spełnienie wymagań udziału w postępowaniu rozdz. IX ust. 2 pkt 1 SWZ wraz dalszymi zmianami, że wykonawca posiada doświadczenie w którego wchodziła budowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1.000,00m<sup>2</sup> oraz kubaturze nie mniejszej niż 10.000,00m<sup>3</sup>. Ponadto z udostępnionej dokumentacji brakuje przedłożenia polisy OC na kwotę min. 150.000,00zł, KRK, oraz wykazu osób na potwierdzenia spełnienia warunków określonych w SWZ

2]. art. 224 ust. 6 Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej pomimo, iż nie sprostował obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 Pzp, oraz art. 226 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy

Zamawiający pismem z dnia 11.05.2021r. wystąpił do Wykonawcy na mocy art. 224 wezwanie do złożenia wyjaśnień ws. „rażąco niskiej ceny” wraz z wskazaniem czego wyjaśnienia mają dotyczyć. Jak wynika z analizy udostępnionych akt sprawy Wykonawca w odezwie na wezwanie Zamawiającego ws. „rażąco niskiej ceny” przedłożył do Zamawiającego pismem z dnia 14.05.2021r. stosowne wyjaśnienia w sprawie.

Na podstawie dokonanej analizy udostępnionych nam przez Zamawiającego wyjaśnień ws. „rażąco niskiej ceny” a przedłożonych przez Wykonawcę, Odwołujący wskazuje, iż wybrany Wykonawca nie sprostował obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 Pzp poprzez złożenie wyjaśnień w sposób ogólnikowy nie poparty żadnym materiałem dowodowym a tym samym wyjaśnienia zostały napisane z brakiem należytej staranności, nie poparte żadnymi szczegółowymi obliczeniami o które wnioskował Zamawiający w swoim wezwaniu tj. że wyjaśnienie powinny zawierać co najmniej szczegółową analizę czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaoferowanej ceny w złożonej ofercie.

Odwołujący wskazuje, że Wykonawca w sposób nie wystarczający udowadnia Zamawiającemu, że zaoferowana cena rozumiana zgodnie z art. 7 pkt 1 Pzp nie jest „ceną rażąco niską”. Odwołujący mający interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia wskazuje, iż ustawa Pzp nie tylko nakłada obowiązek na Wykonawcę wynikający z art. 224 ust. 5 Pzp udowodnienia Zamawiającemu, że oferta nie zawiera „nisko rażącej ceny”, ale również nakłada obowiązki na Zamawiającego w tym obowiązek z należytej staranności i rzetelności w zakresie szczegółowej analizy złożonych wyjaśnień przez Wykonawcę z zachowaniem m.in. art. 17 ust. 2 Pzp. Zatem analizując udostępnione przez Zamawiającego wyjaśnienia Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia są niespójne, nierzetelne a co więcej wprowadzają Zamawiającego w błąd czego efektem jest uznanie przedmiotowych wyjaśnień Wykonawcy za wystarczające.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazuje, że „kwota 72.001,00,zł stanowi dochód firmy” który to dochód wynika z następujących składników a mianowicie przychodu = cenie netto oferty = 110.000,00zł, oraz kosztów tj. kosztu = 28.500,00zł tj. wynagrodzenia inspektora nadzoru koordynatora; i kosztu 9.499,00zł tj. dojazdów; Zatem wykonując najprostsze działanie matematyczne tj. 110.000,00zł – 28.500,00zł – 9.499,00zł = 72.001,00zł. Dyskusyjne zatem jest co Odwołujący podnosi, że dochód firmy nie jest na poziomie 72.001,00zł a to z prostej przyczyny ponieważ Wykonawca nie uwzględnił kosztów inspektora nadzoru ds. sanitarnych i ds. elektrycznych których winien bezwarunkowo uwzględnić a co wynika z wykazu osób, że w ramach świadczenia usługi inspektora nadzoru nie tylko jest wymagany inspektor nadzoru ds. konstrukcyjno-budowlanych będący jednocześnie inspektorem nadzoru koordynatorem, to po pierwsze, a po drugie mało prawdopodobne jest aby wszyscy inspektorzy mieli przyjeżdżać jednym samochodem, co z kalkulacji dojazdów tak to zagadnienie wygląda, a po trzecie Wykonawca przyjął pobyt inspektora nadzoru koordynatora na poziomie 2 pobyty tygodniowo, gdzie zgodnie z deklaracją powinien przyjąć 4 pobyty na budowie tygodniowo zgodnie z deklaracją jaką złożył w formularzy oferty. Taka sama sytuacja jest z każdym kolejnym inspektorem nadzoru którego Wykonawca nie tak naprawdę nie wykazuje w swoich wyjaśnieniach. Należy przy tym zauważyć że Zamawiający w SWZ jasno precyzuje kryteria poza cenowe w tym kryterium „liczby pobyty inspektora nadzoru w ciągu tygodnia” a mianowicie Zamawiający jasno wskazuje, że chodzi o pobyt inspektora nadzoru a nie pobyt wykonawcy. A tym samym istotą tego kryterium było aby zadeklarować „liczbę pobyty inspektora nadzoru” a nie liczbę pobyty wykonawcy nadzoru inwestorskiego. Zatem z przywołanego kryterium jasno wynika, że każdy z inspektorów nadzoru danej branży ma być na placu budowy na poziomie min. 4 pobyty w ciągu tygodnia tj. inspektor nadzoru w branży konstrukcyjno budowlanej zwany również koordynatorem ma być na placu budowy min. 4 razy w ciągu tygodnia; inspektor nadzoru branży sanitarnej ma być na placu budowy min. 4 razy w ciągu tygodnia; oraz inspektor nadzoru w branży elektrycznej ma również być na placu budowy min. 4 razy w ciągu tygodnia. Dlatego też Odwołujący wskazuje, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach przyjął ewidentnie dla inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej [koordynatora] 2 pobyty w tygodniu

Skoro zatem Wykonawca przyjął ilość pobyty inspektora nadzoru branży konstrukcyjno - budowlanej na poziomie 2 pobyty tygodniowo na placu budowy to już sam fakt takiego przyjęcia jest nie zgodne z XXV ust. 2 SWZ oraz z deklaracją Wykonawcy w formularzu oferty gdzie deklaruje ewidentnie pobyt inspektora nadzoru na poziomie 4 pobyty tygodniowo na placu budowy. Tak więc idąc dalej koszt bezpośredni pracy inspektora nadzoru konstrukcyjno – budowlanego [koordynatora] wynosi nie 28.500,00zł lecz 57.000,00zł tj. 28.500zł / 2 pobyty \* 4 pobyty = 57.000,00zł. Zatem koszt bezpośredni samej pracy 3 wymaganych inspektorów nadzoru to jest już na poziomie 3 \* 57.000,00zł =

171.000,00zł co już znacznie przekracza kwotę netto = 110.000,00zł jaką zaoferował Wykonawca bo o 61.000,00zł netto. Dlatego zachodzi pytanie na jakiej podstawie Wykonawca wykazuje dochód firmy z tegoż przedmiotu zamówienia na poziomie 72.001,00zł skoro koszty pracownicze w zakresie wynagrodzeń przekraczają zaoferowaną kwotę netto oferty o 61tys. zł. Tak naprawdę zaoferowana cena ofertowa Wykonawcy wskazuje przy głębszej analizie że generuje przychodu lecz ewidentną stratę, a Zamawiający pomimo to decyduje się na wybór oferty Wykonawcy pomimo iż wyjaśnienia wskazują na brak należytej przygotowanej wyceny świadczenia usługi inspektora nadzoru w kontekście wymagań jakie Zamawiający postawił przed wykonawcami. Ponadto należy wskazać, że ww. kwoco nie jest uwzględniony koszt dojazdów na plac budowy, koszty pośrednie w tym koszty zarządu, koszty wadium, koszty polisy OC, koszty opłat chociażby wymaganego zaświadczenia właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego itd.

Wskazuję również, że SWZ jak również projekt umowy rozróżnia doskonale pojęcie „inspektora nadzoru” oraz „Wykonawcy”. Zatem Wykonawcą jest podmiot z którym zostanie zawarta umowa o zamienienie publiczne, który to wykonawca musi się wykazać personelem w zakresie: inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno – budowlanej; inspektora nadzoru w branży sanitarnej; inspektora nadzoru w branży elektrycznej. Wykonawca ewidentnie w przedmiotowych wyjaśnieniach założył Wykonawca = inspektor nadzoru i że na zadeklarowane 4 pobyty w ciągu tygodnia składać się będą: 2 pobyty na placu budowy inspektora nadzoru konstrukcyjno – budowlanego [koordynatora] oraz po 1 pobycie tygodniowo na placu budowy inspektora nadzoru branży sanitarnej i po 1 pobycie tygodniowo na placu budowy inspektora nadzoru branży elektrycznej co jest sprzeczne z SWZ.

Nawet gdyby Wykonawca przyjął [pomimo błędnej interpretacji SWZ], że kosztów inspektora nadzoru ds. sanitarnych to również 28.500,00zł i ds. elektrycznych też 28.500,00zł to już mamy dochód na poziomie 15,001,00zł następnie uwzględniając dojazd inspektora nadzoru ds. sanitarnych to: 9.499,00zł i ds. elektrycznych również 9.499,00zł to dochód zmienia się już w stratę -3.997,00zł. Poza tym koszt obsługi okresu gwarancyjnego wynoszącego 7 lat z częstotliwością przeglądów na poziomie 1 przegląd rocznie to mamy 7przeглядów x 3 inspektorów to mamy 21 dniówek gdzie Wykonawca wskazuje że koszt pracy 1 dniówki że to jest kwota 150zł [gdzie w dalszej części odwołanie jeszcze do tego tematu wrócimy] zatem mamy kolejny koszt 3.150,00zł z racji obsługi gwarancyjnej co daje nam nie dochód lecz stratę na poziomie 7.147,00zł. Ponadto jak wskazał Wykonawca przyjął również odbiór końcowy w postaci 1 dniówki i tylko dla 1 inspektora nadzoru [co wynika z treści wyjaśnień] gdzie tak naprawdę powinien przyjąć koszt 3 inspektorów nadzoru, co generuje kolejny koszt za 3 inspektorów kolejne 450zł [3x150zł=450zł] gdzie odbiór takiego obiektu nie z pewnością nie będzie trwał 1 dzień ponieważ wykonujemy usługi w zakresie nadzoru inwestorskiego dla tego typu obiektów i to tak się z pewnością nie odbywa jak to pokazuje Wykonawca. Odwołujący idąc krok dalej i dokonując analizy tylko kosztów które Wykonawca przedstawia w treści wyjaśnień wynika, że to nie jest tak jak podaje to Wykonawca ponieważ dochód spada a wręcz zamienia się w stratę do kwoty -7.147,00zł co z pewnością nie jest równe wskazanemu w ofercie dochodowi na poziomie 72.001,00zł. Dlatego też Odwołujący wskazuje, że jeżeli na takich prostych działaniach matematycznych mamy takie rozbieżności, to zatem o jakiej należytej staranności i rzetelności możemy mówić podczas udowadnianiu Zamawiającemu, że zaoferowana kwota 110.000,00zł powiększona o podatek VAT 23% nie ma znamion „rażąco niskiej ceny”.

Odwołujący również wskazuje, że przy zachowaniu minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego w ustawie z dnia 10.10.2002r. z późniejszymi zmianami ws. minimalnego wynagrodzenia o pracę, oraz akcie wykonawczym w tym zakresie tj. Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 15.09.2020r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021r. wynika jednoznacznie, że wynagrodzenie minimalne w 2021r. wynosi 2.800,00zł na miesiąc przy czym uwzględniając składki pracodawcy to koszt pracownika przy wskazanym minimalnym wynagrodzeniu 2.800,00zł jest na poziomie 3.373,44zł na miesiąc. Koszt pracy pracownika w przeliczeniu na dniówkę jaki ponosi pracodawca przy minimalnym wynagrodzeniu jest na poziomie 153,34zł dniówka [3.373,44zł/miesiąc ÷ 22dni/miesiąc = 153,34zł]. Zatem przyjęcie kwoty 150,00zł tak sobie bez

udowodnienia Zamawiającemu skąd się taka kwota wywodzi [a przypominam że Zamawiający Zamawiający pismem z dnia 24.05.2021r. wystosował do Wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz zobowiązał Wykonawcę do przedstawienia szczegółowej, analizy czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaoferowanej ceny w złożonej ofercie] jest ewidentnym zaniedbaniem Wykonawcy a tym samym powoduje, że przedłożone wyjaśnienia są niewiarygodne, niespójne i w ocenie Odwołującego mają na celu jedynie uzyskanie przedmiotu zamówienia za wszelką cenę, co przytoczone powyżej okoliczności dowodzą.

Idąc dalej Odwołujący wskazuje, że wg wszelkich prawideł przy zachowaniu podstawy kosztu pracy min. wynagrodzenia jakie zostało opublikowane przez ustawodawcę, koszt min. jaki poniesie pracodawca z tytułu wyłącznie wynagrodzenia będzie na poziomie 54.600,00zł [91tyg. x 4dni/tyg. x 153,34zł/dniówka = 54.600,00zł] za 1 pracownika tj. inspektora nadzoru danej branży [specjalności] przy założeniu że będzie on przebywał 4 razy w tygodniu zgodnie ze złożoną deklaracją Wykonawcy zawartą w formularzu oferty, która to deklaracja miała wpływ na końcową punktację oferty. Zatem koszt pracodawcy dla 3 inspektorów nadzoru wyniesie 174.600,00zł netto [54.600,00zł/1inspektor x 3inspektorów = 174.600,00zł] liczony zgodnie z prawideł jakie narzuca na ustawa Pzp, oraz przytoczona powyżej ustawa ws. minimalnego wynagrodzenia oraz rozporządzenie wykonawcze w tej kwestii. Zatem jeżeli koszt bezpośredni inspektorów nadzoru wynosi 174.600,00zł netto bez uwzględnienia kosztów dojazdu, to się okazuje że już znacznie - bo o 64.600,00zł [tj. o 59%] przewyższa kwotę 110.000,00zł netto wskazaną w ofercie Wykonawcy. Dlatego też Odwołujący podnosi fakt, że Wykonawca ewidentnie dopasowywał przedmiotowe wyjaśnienia do zaoferowanej ceny czego skutkiem jest udowodnienie Zamawiającemu nie faktu, że zaoferowana cena oferty nie ma znamion „rażąco niskiej ceny” lecz przeciwnie z przedłożonych wyjaśnień przez Wykonawcę wynika jednoznacznie że zaoferowana cena jest rażąco niska, pomijając już fakt, że tak naprawdę Wykonawca celowo działa na swoją niekorzyść ekonomiczną. Podkreślenia wymaga fakt, że Wykonawca oświadcza że: „pozostali inspektorzy nadzoru (robót sanitarnych, elektrycznych) są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę [...] uzyskują wynagrodzenia znacznie wyższe do minimalnego wynagrodzenia za pracę[...]” a co za tym skoro inspektorzy nadzoru posiadają umowy o pracę i to z wynagrodzeniem znacznie wyższym niż minimalne krajowej, to powinien ten fakt dać już Zamawiającemu dużo do myślenia, ponieważ przy zastosowaniu ustawowego minimalnego wynagrodzenia za pracę to koszt pracowników – inspektorów nadzoru znacznie przewyższa kwotę netto oferty co wykazano powyżej.

Ponadto Wykonawca nie wykazuje zysku, czy też kosztów ogólnych jakie ponosi w tym kosztów wspomnianej powyżej polisy OC, wadium, zarządu itp. kosztów które każdy przedsiębiorca ponosi. Sam fakt braku wykazania zysku, kosztów ogólnych, czy też ewentualne przeliczenie kosztów w inne realizowane kontrakty [a taką sytuację mamy w tym

przypadku co wynika wprost z treści wyjaśnień] jest elementem dyskwalifikującym takie wyjaśnienia, a nie mówiąc o tym że z wyjaśnień wynika wręcz że Wykonawca jest w stracie, która staranie skrywa a Zamawiający bez dokonania szczegółowej analizy matematycznoekonomicznej nie jest w stanie stwierdzić, ponieważ zgodnie z jednolitym orzecznictwem KIO zabrania się przerzucania kosztów w realizowane obecnie kontrakty i jest to naruszenie prawa w tym art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp. Odwołujący wskazuje że z powyższego uzasadnienia wynika że Wykonawca nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 Pzp tj. „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”. Odwołujący podkreśla również, iż ustawodawca dając narzędzia Zmawiającemu w postaci odpowiednich zapisów w ustawach i aktach wykonawczych, aby przeciwdziałać nadużyciom, nieuczciwym praktykom w tym zaniżania cen świadczonych usług, tak aby eliminować patologie przyznawania zamówień z ewidentną nisko rażącą ceną a Zamawiający to traktuje marginalnie – jest wezwanie – jest odpowiedź uważa, że działa zgodnie z ustawą Pzp regulującą narastający problem zaniżania cen w zamówieniach publicznych. Ponadto wskazuje, że ustawodawca jednocześnie z daniem narzędzi do przeciwdziałania, zobowiązuje Zamawiającego jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do przestrzegania a zarazem eliminowania tego typu nieuczciwych praktyk stosowanych przez wykonawców. Zaniechanie czynności w tym czynności wskazanych na wstępie odpowiada bezpośrednio na mocy art. 52 ust. 1 Pzp albo pośrednio na mocy art. 52 ust. 2 albo alternatywnie art. 52 ust. 3 Pzp Kierownik Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie sprostął obowiązkowi o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, która to oferta cenowa jest „rażąco niska” co zostało obszernie opisane jw. bowiem zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający jest ustawowo zobowiązany do odrzucenia oferty Wykonawcy ponieważ:

- 1]. Wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania Zamawiającemu o którym mowa w art. 224 ust. 5 Pzp tj. że zaferowana przez Wykonawcę cena oferty nie jest „rażąco niska” co dowodzi uzasadnienie jw.;
- 2]. Zaniechanie przeprowadzona z należytą starannością przez Zmawiającego szczegółowej analizy złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami [a wręcz ich brakiem];
- 3]. Odrzucenie oferty Wykonawcy w zw. z pkt. 1 jw. zapewni równe traktowanie pozostałych wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na art. 224 ust. 6 Pzp w zw. art. 226 pkt 8 Pzp gdzie ewidentnie przedłożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, brak jest złożonych dowodów o których mówi ustawa, gdzie to Wykonawcy mają ustawowy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazuje że przedłożone wyjaśnienia tego faktu nie potwierdzają ponieważ są ogólnikowe, przygotowane w sposób nieprzemyślany, brakuje materiałów dowodowych w tym wycień wartości usługi, błędy w obliczeniach; brak wykazania zysku firmy itp.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie dokonując rzetelnego i z należytą starannością oraz dbałością o udzielenie zamówienia publicznego w zgodnie z przepisami naruszył fundamentalne zasady, którymi się kieruje cała idea zamówień publicznych a mianowicie zasadę „równego traktowania” oraz „uczciwej konkurencji” wykonawców. Obowiązkiem Zamawiającego było w pierw wywiązanie się z obowiązku wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień co uczynił, a następnie w przypadku nie sprostania ciężarowi wyjaśnienia przez Wykonawcę „rażąco niskiej ceny” odrzucenie jego oferty na mocy art. 226 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp. Ponadto przepis art. 17 ust. 2 Pzp jasno precyzuje, iż zamówienie publiczne Zamawiający „udzielona wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”, czego konsekwencją jest z kolei art. 16 pkt 1 Pzp mówiący, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

3]. art. 17 ust. 2 Pzp poprzez wybór Wykonawcy z naruszeniem fundamentalnych zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych zawartych w art. 16 pkt 1 Pzp;

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób nie zgodny z zasadą opisaną w Pzp naruszając przy tym fundamentalne zasady na których opiera się idea zamówień publicznych. Dlatego też Odwołujący w nawiązaniu do wyżej przedstawionego uzasadnienia podtrzymuje że Zamawiający dokonał wyboru Wykonawcy z naruszeniem przepisów Pzp. Zatem Zamawiający nie dokonując czynności odrzucenia oferty Wykonawcy narusza fundamentalne zasady i doprowadza do wyboru Wykonawcy w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Czudec dnia 04.08.2021r.

Pismo procesowe dotyczące sprawy o sygnaturze KIO 1897/21a **powinno być KIO 1944/21** tj. odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Inspektor nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania: Kompleksowa realizacja inwestycji w formule zaprojektuj — wybuduj - wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych. Sprawa znak IZP.272.6.2021. Ogłoszenie nr 2021/BZP 00037736/01 z dnia 21.04.2021r.

1.Zamawiający: Powiat Bieszczadzki 38-700 Ustrzyki Dolne, ul. Belska 2

2.Odwołujący: Arkadis sp. z o.o. S2 sp. k. 38-120 Czudec ul. Słoneczna 47

Odwołujący wycofuje zarzut wobec Zamawiającego o naruszenie:

art. 7 ust. 17 Pzp poprzez wybór Wykonawcy który nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunku udziału w postępowaniu zarzut nr 1 wg. odwołania;

2). art. 226 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy zarzut nr 3 wg. odwołania;

A tym samym wycofuje zaniechanie Zamawiającego w zakresie:

1.1. odrzucenia oferty wybranej, która nie spełnia warunków postępowania określonych w SWZ zaniechanie nr 1 lit a wg. odwołania;

2.1. należytej staranności podczas weryfikacji i oceny złożonych podmiotowych środków podmiotowych zaniechanie nr 2 lit b wg. odwołania;

Odwołujący wnosi o:

- 1). dołączenie niniejszego pisma procesowego do akt sprawy;
- 2). uwzględnienie wycofania wskazanych wyżej zarzutów wobec Zamawiającego;
- 3). uwzględnienie wycofania wskazanych wyżej zaniechań Zamawiającego;

Ponadto Odwołujący wnosi o:

- 1). uwzględnienie pozostałej części odwołania;
- 2). zasądzenie zwrotu kosztów postępowania na powyższą okoliczność zostaną złożone stosowne dokumenty na zakończenie rozprawy do protokołu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienie w trybie podstawowym bez możliwości przeprowadzenia negocjacji, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych na „Kompleksowa realizacja inwestycji w formule – zaprojektuj – wybuduj – wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych. – przedmiotem rozpoznawanego sporu jest funkcjanspektora nadzoru inwestorskiego (oznaczenie sprawy: IZP.272.6.2021) ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych (ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/BZP 00037736/01 z dnia 21 kwietnia 2021 r.).

### **Odwołanie 1897/21**

**J.J.**

Odwołujący J.J. zarzuca, że Zamawiający przy dokonaniu czynności w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego uchybił następującym przepisom ustawy: 1) art. 224 ust. 1 PZP przez niewskazanie elementów cenotwórczych oferty Odwołującego zawartych w treści wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych, które powinny zostać wyjaśnione przez Wykonawcę,

2) art. 253 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego,

3) art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP przez odrzucenie oferty AKW J.J. (dalej jako „Odwołujący”), która nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4) art. 239 ust. 1 oraz 2 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Interes w uzyskaniu zamówienia, a tym samym w prawie wniesienia odwołania.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP interes Odwołującego, w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP, w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ gdyby Zamawiający bezpodstawnie nie odrzucił jego oferty zostałaaby ona uznana za najkorzystniejszą, a konsekwencji udzieliłby Odwołującemu zamówienia publicznego na Kompleksową realizacja inwestycji w formule – zaprojektuj – wybuduj – wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych. - inspektor nadzoru inwestorskiego.

Jednocześnie Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Biuro Obsługi Inwestycyjnej w Przemysłu Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) dokonanie ponownej oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem przywróconej oferty Odwołującego,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych zgodnie z PZP.

Jak Izba ustaliła wyjaśnienie rażąco niskiej ceny oferty odwołującego J.J. miał następujący przebieg.

Zamawiający formułując wezwanie z dnia 25 maja 2021 r. w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, dotyczących zaofiarowanej przez Odwołującego ceny oraz przedstawienie szczegółowej analizy czynników cenotwórczych i okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaofiarowanej ceny w złożonej ofercie. Zamawiający co do elementów wynagrodzenia, które mają być przedmiotem wyjaśnień Odwołującego w oparciu o art. 224 ust. 3 PZP, ograniczył treść wezwania do powołania przywołanego przepisu ustawy, cytując wprost jego punkty od 1 (jeden) do 7 (siedem).

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący złożył w dniu 27 maja 2021r. Zamawiającemu, stosowne wyjaśnienia o treści „Wartość naszej oferty jest ceną prawidłową, starannie skalkulowaną – z odpowiednim zapasem finansowym. Nasi Inspektorzy Nadzoru są etatowymi pracownikami, właściciel firmy to Inspektor ds. sanitarnych – co pozwala na rzetelną kalkulację i obniżenie kosztów. Dodatkowo jesteśmy w trakcie realizacji innej inwestycji, która potrwa do końca 2023 roku w okolicy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych (odległość do 30km) i jeden z naszych pracowników przeprowadza się w te okolice minimum na czas realizacji inwestycji. Nasi Inspektorzy zarabiają 3000zł netto, zatem łączny koszt naszej firmy to 5072,42zł miesięcznie. Każdy z Inspektorów dysponuje samochodem firmowym, służbowym. Przyjmując dla potrzeb wyjaśnień średnio 160 godzin w miesiącu, koszt roboczogodziny stanowi maksymalnie 31,70zł. Koszt użytkowania samochodu firmowego w naszej firmie to 1,20zł za km dojazdu. Maksymalny

tygodniowy koszt pracy jednego pracownika przy założeniu dwóch 6-godzinnych wizyt to:  $31,70\text{zł}/\text{h} * 6\text{h} * 2\text{dni} + 2$  (ilość dni dojazdów) \* 2 (dojazd tam i z powrotem) \*  $30\text{km} * 1,2\text{zł}/\text{km} = 380,4 + 144 = 524,40\text{zł}$  tygodniowo. Prace będą trwały 21 miesięcy, każdy miesiąc przy założeniu 4,4 tygodnia wartość dla całej inwestycji stanowi:  $21 * 4,4 * 524,4 = 48\,454,56\text{zł}$  netto, Co stanowi kwotę brutto:  $59\,599,11\text{zł}$  Wartość którą zaoferowaliśmy to  $98\,400,00\text{zł}$ . Dysponujemy zatem zapasem finansowym w kwocie  $38.800,89\text{zł}$ otych. Zgodnie z niniejszą kalkulacją, wartość naszej oferty pokrywa koszty pracownicze i zabezpiecza zapas finansowy na zabezpieczenie odpowiedniego zysku oraz ryzyk. Niewielka odległość od innej, realizowanej przez nas Inwestycji znacząco obniża nasze koszty. Nie bez znaczenia jest fakt, że jeden z Inspektorów - Właściciel firmy to Inspektor ds. sanitarnych, co pozwala na znaczną oszczędność kosztów której nie uwzględniliśmy w niniejszej kalkulacji".

Na tak udzielone wyjaśnienia, Zamawiający w piśmie z dnia 22 czerwca 2021 r. Zawiadomienie o wyborze oraz odrzuceniu ofert poinformował Odwołującego, że: „Wykonawca został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie zostały przyjęte przez Zarząd. Oferta zostaje odrzucona na podstawie art. 226, ust. 1, pkt 8”.

Odwołujący po powzięciu wiadomości o odrzuceniu jego oferty, wniósł o przywrócenie oferty do postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokonanie ponownej oceny ofert (pismo z dnia 22.06.2021r.) wnosząc „(...) oferta przez Państwa wybrana „Biura Obsługi Inwestycyjnej w Przemysłu sp z o.o. ul. Okrzei 2, 37-700 Przemysł” opiewająca na sumę  $135.000\text{zł}$  brutto zawiera 4 wizyty Inspektorów nadzoru na budowie w ciągu tygodni. W przypadku dwóch wizyt w tygodniu wartość oferty wynosiłaby zatem  $67.500\text{zł}$  brutto a taką częstotliwość ją zaoferowałem. Moja oferta opiewa na wartość  $98.400\text{zł}$  z uwzględnieniem właśnie dwóch wizyt Inspektorów Nadzoru w ciągu tygodnia co jest wartością o ponad 45% wyższą od „Biura Obsługi Inwestycyjnej w Przemysłu sp z o.o. ul. Okrzei 2, 37-700 Przemysł”. Podważa to zasadność odrzucenia mojej oferty. Wartość prac w przypadku tego typu realizacji dla doświadczonych Inspektorów Nadzoru zależy wyłącznie od ilości wizyt na budowie. Cena przeze mnie skalkulowana jest zatem prawidłowa, z odpowiednim zapasem i nie jest podstawą do odrzucenia mojej oferty. Większa częstotliwość wizyt Inspektorów niż dwie wizyty w tygodniu jest bezzasadna”.

Zamawiający na powyższe pismo nie udzielił żadnej odpowiedzi.

W zaistniałej sytuacji Odwołujący składa odwołanie, ponieważ oferta nr 2 złożona przez Odwołującego znajdowała się na pierwszej pozycji w rankingu ofert, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert i ich wagi określone przez Zamawiającego w treści pkt XXV SWZ, co potwierdza Informacja z otwarcia ofert (pismo z dnia 07 maja 2021r.), a to w jego ocenie czyni obowiązek wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o Sygn. akt KIO 1897/21 skutecznie przystąpił wykonawca Arkadis sp. z o.o. S2 sp.k. Czudec po stronie zamawiającego, popierając czynność odrzucenia oferty Odwołującego z racji rażąco niskiej ceny. Powyżej zacytowano stanowisko przystępującego oraz udzieloną odpowiedź Odwołującego na to stanowisko przystępującego.

Odwołujący odpowiadając na wystąpienie Przystępującego przypomniał, że podstawą odwołania jest niewskazanie w wezwaniu Zamawiającego elementów cenotwórczych oferty Odwołującego w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych, które powinny zostać wyjaśnione przez Wykonawcę oraz zaniechanie podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego.

Niniejsze pismo Odwołujący składa z ostrożności procesowej, odnosząc się do argumentacji przystępującego, który kwestionuje prawidłowość wyliczenia wynagrodzenia w ofercie Odwołującego.

W związku z przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Firmy Arkadis sp. z o.o. S2 sp. k. 38-120 Czudec ul. Słoneczna 47, Odwołujący z ostrożności procesowej składa niniejsze pismo, nadal podtrzymując zarzuty i żądania wyrażone w treści odwołania.

Na wstępie należy zauważyć, iż podstawowym zarzutem Odwołującego jest naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm. dalej „PZP”), poprzez niewskazanie elementów cenotwórczych oferty Odwołującego zawartych w treści wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, lub ich istotnych części składowych, które powinny zostać wyjaśnione przez Wykonawcę, oraz art. 253 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego.

Natomiast Przystępujący próbuje nieudolnie wykazać, iż Odwołujący rzekomo nie wyjaśnił prawidłowo ceny złożonej oferty, oraz że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, czego jednak nie udowadnia w sposób prawidłowy i zgodny ze stanem faktycznym.

Odwołujący podkreśla na wstępie, iż złożone w dniu 27.05.2021r. pismo z wyjaśnieniem ceny oferty w pełni odpowiada na treść wezwania Zamawiającego, a przy tym w sposób czytelny przedstawia kalkulację i wyliczenia oraz argumenty, które dowodzą że zaoferowana cena jest realna, odpowiada warunkom rynku i pozwala na należyte wykonanie zamówienia. Odwołujący wbrew twierdzeniu Przystępującego udowodnił, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Niemniej z uwagi na argumentację Przystępującego, Odwołujący odnosi się poniżej do zarzutów i argumentów, jakie zostały podniesione w piśmie Przystępującego.

Poniżej Izba przedstawia argumentację zawartą w piśmie procesowym Odwołującego, ponieważ jego wyjaśnienia uznaje za prawidłowe i odpowiadające przedmiotowi zamówienia jakim jest pełnienie nadzoru inwestorskiego, zgodnego z wymaganiami SWZ, dzieląc prawidłowość wyjaśnień na argumenty przedstawione przez Przystępującego w piśmie z dnia 01.07.2021r., co do złożonych wyjaśnień Odwołującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.05.2021 roku.

Odwołujący zauważa, iż wykazał maksymalne możliwe koszty, które mogą wystąpić przy jednorazowych wizytach na obiekcie. Założenie 6 roboczogodzin na jedną wizytę Inspektora Nadzoru przyjęto maksymalnie pesymistycznie, a nie jak sugeruje Przystępujący w celu dopasowania do ceny ofertowej. Natomiast koszty, które poniesie Odwołujący są realnie niższe niż próbuje to przedstawić Przystępujący.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, iż rzeczywisty średni czas na jedną wizytę to 2 roboczogodziny przy dwóch wizytach Inspektora Nadzoru w tygodniu.

Koszt miesięczny pracownika o wartości 5.072,42zł jest to maksymalny koszt brutto pracodawcy dla utrzymania jednego pracownika, uwzględniający ZUS i podatek dla miesięcznego wynagrodzenia pracownika w kwocie 4.210,18zł brutto, które stanowi maksymalne miesięczne wynagrodzenie, jakie pobierze Inspektor nadzoru ds. elektrycznych w firmie Odwołującego. Poniżej wyliczenie:

Koszty pracownika dla miesięcznego wynagrodzenia 4.210, 18 PLN brutto kwota netto 3. 056,00 PLN ubezpieczenie emerytalne 410,91 PLN ubezpieczenie rentowe 63,15 PLN ubezpieczenie chorobowe 103,15 PLN ubezpieczenie zdrowotne 326,97 PLN zaliczka na PIT 250,00 PLN kwota brutto 4.210,18 PLN

Koszty pracodawcy dla miesięcznego wynagrodzenia 4.210,18 PLN brutto kwota brutto 4. 210,18 PLN ubezpieczenie emerytalne 410,91 PLN ubezpieczenie rentowe 273,66 PLN ubezpieczenie wypadkowe 70,31 PLN Fundusz Pracy 103,15 PLN FGŚp 4,21 PLN koszty pracodawcy 5.072,42 PLN.

Całkowity miesięczny ZUS dla Właściciela - Odwołującego są znacznie niższe, jak niżej:

Ubezpieczenie zdrowotne: 381,81;Ubezpieczenie społeczne: 921,06;Fundusz pracy: 77,31.

Przyjęte wyżej kwoty, jak wykazano to również w wyjaśnieniu ceny oferty złożonym na wezwanie Zamawiającego, są zatem z dużym zapasem finansowym i dowodzą realnej wartości zaoferowanej ceny przez Odwołującego.

Zauważyć należy, iż Przystępujący błędnie wskazuje na ilość wymaganych wizyt inspektorów. Odwołujący podkreśla, iż Zamawiający wymaga dwóch wizyt Inspektora Nadzoru w tygodniu, a nie dwóch wizyt trzech Inspektorów Nadzoru w tygodniu jak nieprawidłowo sugeruje Przystępujący. Treść SWZ wyraźnie wskazuje na liczbę pojedynczą i odnosi się do jednej osoby inspektora nadzoru określonej branży. W żadnym miejscu SWZ, ani w OPZ, jak też w projektowanych postanowieniach umowy, Zamawiający nie wymaga aby jednocześnie było trzech inspektorów we wszystkich branżach dwa razy w tygodniu.

W tym miejscu należy zauważyć, iż ogólnie przyjętą praktyką, a wręcz normą przy realizowaniu tego typu Inwestycji jest, że prace Inspektorów nadzoru koordynuje jeden z nich jako Główny Inspektor Nadzoru, a reszta Inspektorów Nadzoru realizuje swój zakres prac w zależności od potrzeb i postępu prac, w tym określonej branży. Założenie 6 godzinnej wizyty Inspektora Nadzoru podczas jednej wizyty jest zatem założeniem ze sporym zapasem czasowym, nawet przy założeniu najbardziej pesymistycznego wariantu konieczności jednoczesnych dwugodzinnych wizyt trzech Inspektorów Nadzoru dwa razy w tygodniu, co jest założeniem z doświadczenia Odwołującego nierealnym, skrajnie pesymistycznym. Niemniej nawet przy założeniu wizyt trzech inspektorów nadzoru 2 razy w tygodniu wyliczenia ceny oferty nadal są prawidłowe, gdyż w takim przypadku trzej inspektorzy będą na budowie dwa razy w tygodniu, każdy po 2 godziny.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący kalkulując koszty wskazał ponadto, iż na ich obniżenie wpływa dodatkowa Inwestycja, która aktualnie nadzoruje, oddalona od planowanego zadania jedynie o 30 km i opłacenia Inspektorów Nadzoru na podstawie zlecenia o wartości 31,70zł/roboczegodzinę brutto.

Wyjaśnić też należy, iż pełny koszt użytkowania samochodu firmowego w firmie Odwołującego to 1,20zł za km dojazdu - uwzględnia paliwo, opłaty, eksploatację, ubezpieczenia. Natomiast roczny koszt ubezpieczenia OC firmy Odwołującego to 448zł brutto.

Ponadto Odwołujący posiada siedzibę w miejscu zamieszkania, a zatem nie ponosi dodatkowych kosztów najmu.

W odpowiedzi na zarzut Przystępującego iż „Odwołujący ewidentnie dopasowywał przedmiotowe wyjaśnienia do zaoferowanej ceny czego skutkiem jest udowodnienie Zamawiającemu nie faktu, że zaoferowana cena oferty nie ma znamion „rażąco niskiej ceny”, Odwołujący przedstawia dodatkową kalkulację, na podstawie której została stworzona oferta, a która dodatkowo dowodzi realności ceny i prawidłowego jej wyliczenia.

Z uwzględnieniem wcześniej przedstawionych danych, przy założeniu najbardziej pesymistycznej kalkulacji, koszty poniesione przez Odwołującego dla 21 miesięcznej Inwestycji to: Koszty pracownicze: realne dla kalkulacji oferty: 31,70zł/h \* 2 godziny pracy \* 2 dni w tygodniu \* 4,4 tygodnia w miesiącu \* 21 miesięcy 11716,32zł netto maksymalne przy założeniu wielowątkowych problemów podczas realizacji Inwestycji: 31,70zł/h \* 6 godzin pracy \* 2 dni w tygodniu \* 4,4 tygodnia w miesiącu \* 21 miesięcy 35148,96zł netto

Ubezpieczenie: 448zł/rok \* 21 miesięcy (1,75 roku) 784zł dojazd: 2 dni dojazdów tygodniowo \* 2 dojazdy (dojazd tam i z powrotem) \* 30km \* 1,2zł/km \* 4,4 tygodnia w miesiącu \* 21 miesięcy 13305,60zł netto.

Całkowity koszt Odwołującego, bez uwzględnienia obniżonych kosztów ZUS i US Właściciela AKW oraz osoby współpracującej - J.J., jako Inspektor ds. konstrukcyjno-budowlanych to:

Koszty pracownicze: 11.716zł netto, Koszty dojazdu: 13305,60zł netto, koszt ubezpieczenia firmy: 784zł netto, suma: 25805,60zł netto co stanowi kwotę brutto: 31704,89zł.

Zysk do opodatkowania w tym wypadku będzie wynosił 66.695,11zł brutto, co stanowi kwotę 54.223,6zł netto.

Całkowity koszt Odwołującego, z uwzględnieniem 6-godzinnych dojazdów przy założeniu wielowątkowych problemów podczas realizacji Inwestycji to:

Koszty pracownicze: 35.148,96zł netto, Koszty dojazdu: 13.305,60zł netto, koszt ubezpieczenia firmy: 784zł netto, suma: 49.238,56zł netto co stanowi kwotę brutto: 60.563,43zł.

Zysk do opodatkowania w tym wypadku będzie wynosił 37.836,57zł brutto, co stanowi kwotę 30.761,44zł netto.

Planowane realne założenia kosztorysowe są zatem znacznie bardziej optymistyczne w stosunku do przedstawionych w złożonych wyjaśnieniach wyliczenia, co zaprzecza zarzutowi Przystępującego, że wyliczenia rażąco niskiej ceny przedstawione w piśmie z dnia 27.05.2021r. są „dopasowane do zaoferowanej ceny”.

Zamawiający wbrew twierdzeniom Przystępującego nie wymagał wniesienia wadium od Wykonawców, więc postawiony zarzut dotyczący nieuwzględnienia niniejszego kosztu przez Odwołującego jest bezpodstawny i wskazuje na nieudolną próbę dopasowania maksymalnej liczby argumentów, nawet nieistniejących, a mających na celu zdyskredytowanie

wyjaśnień Odwołującego, a tym samym jego oferty.

Odwołujący zauważa również, że przy realizacji szczególnie usług, każdy z Wykonawców może samodzielnie kształtować ceny w zależności od rzeczywistych kosztów własnych i doświadczenia w realizacji inwestycji, własnej wiedzy i sposobu jej wykorzystania, organizacji pracy itp., i nie można traktować dwóch innych podmiotów gospodarczych tą samą miarą przy rozliczaniu ich kosztów. Duża spółka ma większe koszty stałe, niż tak jak Odwołujący, czyli osoba prowadząca indywidualną działalność gospodarczą. Ponadto wysokość zysku może również kształtować się na różnym poziomie. Należy też dodać, iż w przypadku tego rodzaju usług praktycznie nie ma kosztów materiałów, a jedynie pozostają koszty osobowe i dojazdu do miejsca inwestycji.

Natomiast jak wyżej Odwołujący wyliczył, co również udowodnił w kalkulacji przedstawionej w złożonych wyjaśnieniach z dnia 27.05.2021r., realnie możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę i osiągnięcie przy tym godziwego zysku.

Przyjmując powyższe stanowisko Odwołującego za prawidłowe, zgodne z postanowieniami SWZ, Izba dodatkowo wskazuje na następujące aspekty sprawy. Z postanowień SWZ wynika, że wynagrodzenie inspektora nadzoru inwestorskiego ma charakter ryczałtowy, a wykonawca odpowiada za organizację pracy inspektorów w tym częstotliwość ich pobytu na budowie w tygodniu oraz ilość godzin pobytu dziennie na budowie. Inspektor nadzoru inwestorskiego organizuje swoją pracę w tym kontakty z wykonawcą robót. Zamawiający w SWZ nie ingeruje w organizację pracy inspektora/ów na budowie stąd należy ona do Odwołującego i Przystępujący nie może przykładać miary swojej organizacji pracy do organizacji pracy przez Odwołującego. Przywoływane przez Przystępującego postanowienia projektowanej umowy, o stawiennictwie na każde wezwanie Zamawiającego, nie oznacza, że inspektorzy mają być 7 dni w tygodniu i przez co najmniej osiem godzin dziennie na budowie. Ponadto na uwagę również zasługuje okoliczność, że funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego wykonuje się w ramach wolnego zawodu, a wyliczone wynagrodzenie jest na poziomie średniego wynagrodzenia krajowego, czyli jest zachowana zasada wynagrodzenia powyżej minimalnego wynagrodzenia krajowego. W ocenie Izby znaczenie ma również argumentacja Odwołującego, że wyższe koszty co do zasady są w spółce z o.o. sp. k. niż w działalności prowadzonej indywidualnie, zwłaszcza w sytuacji, że odwołujący prowadzi interes rodziny gdzie inspektor w branży konstrukcyjno-budowlanej i w branży sanitarnej to ojciec i syn, a tylko inspektor branży elektrycznej to pracownik. Tym podanym okolicznościom ani Zamawiający, ani Przystępujący nie zaprzeczył, więc Izba uznała je za przyznane. Izba podziela również pogląd Odwołującego, że okoliczności, że w odległości 30 km od przedmiotowej budowy przez dłuższy okres czasu w Zawoju, Odwołujący wykonuje nadzór to ma prawo liczyć koszt dojazdu nie 200 km (2x100km) tylko 30kmx2. Są to specjalne okoliczności mające wpływ na wysokość wynagrodzenia. Powyższe okoliczności potwierdzono na rozprawie („Inspektor nadzoru J. ma 200 km od miejsca zamieszkania. W tym miejscu pan J.J. wyjaśnia, że on pełni funkcję nadzoru sanitarnego, a jego ojciec J.J. pełni funkcję w zakresie konstrukcyjno-budowlane, a M. P. pełni funkcje nadzoru elektrycznego i wszyscy 3 pełnią funkcję nadzoru na inwestycji budowa obiektu handlowo-usługowego T.H. – inwestor w miejscowości Zawóz” (...).”Odnosząc się do przywołanych dowodów na wskazane okoliczności podkreśla, że kalkulował 2 wizyty tygodniowo na budowie. Zaznacza, że Zamawiający nie określił ani minimalnego ani maksymalnego limitu wizyt tygodniowo chociażby w kontekście kryterium. Zwraca uwagę, że klient prowadzi działalność indywidualnie na podstawie wpisu do ewidencji, w konsekwencji odpowiada majątkiem, a nie jak spółki ograniczają do majątku firmy. Podkreśla, że jest to inny miernik oceny wynagrodzenia, ponieważ tak jak inne tego typu zawody prawnicze są to wolne zawody, gdzie oceniane jest wynagrodzenie intelektualne a nie koszty. Podkreśla na nieznaczący udział na materiał. Podkreśla, że cenę ostatecznie dyktuje rynek. Odnosząc się z kolei do dowodu przedstawionego przez Przystępującego to uważa, że ma on znacznie poglądowe, jest to materiał naukowy, który wskazuje jak powinno się wyliczać wynagrodzenie, ale ostatecznie o wynagrodzeniu decyduje rynek i dla niego wiarygodniejszym wynikiem jest wynik postępowania Zamawiającego. Wskazuje, że na budowie w Zawoziu, która będzie trwała do 2023r. pobyt inspektorów jest 3 razy w tygodniu, w związku z tym, jeżeli oferuje dwa razy w tygodniu, to uważa, że można w ciągu jednego dnia dokonać pobytu w celu nadzoru do budowy. Odległość od inwestycji Zamawiającego do nadzorowanej inwestycji wynosi 30 km. Natomiast odpowiadając na pytanie Izby przypomina, że przewidziany jest okres realizacji 21 miesięcy, cały okres razem z projektem tego szpitala, a na budowie w Zawoziu będzie do 2023r. Realizacja Zawozia będzie realizowana dłużej niż inwestycja Zamawiającego” – protokół).

Podsumowując Izba uwzględniła odwołanie (Sygn. akt KIO 1897/21), ponieważ na tak sformułowane wezwanie Zamawiającego z dnia 25.05.2021r. Odwołujący odpowiedział w sposób wyczerpujący w dniu 27.05.2021r., a w toku postępowania odwoławczego, wskutek podniesionej argumentacji Przystępującego w piśmie z dnia 01.07.2021r. dodatkowo wyjaśnił sposób wyliczenia ceny w piśmie z dnia 03.08.2021r., w sposób przekonujący co do zgodności wyliczenia w myśl postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Co do odwołania w sprawie Sygn. akt KIO1944/21 Izba oddala odwołanie. Należy wskazać, że w dniu 04.08.2021r. odwołujący Arkadis sp. z o. o. S 2 sp.k. wycofał zarzuty odwołania co do warunków podmiotowych wobec oferty wykonawcy wybranego Biuro Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. w Przemysłu.

Pozostał do rozstrzygnięcia zarzut rażąco niskiej ceny wobec oferty wykonawcy wybranego Biuro Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. w Przemysłu. W tym miejscu zasługuje na pokreślenie, że wynagrodzenie Biura Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. w Przemysłu to propozycja kwoty 135.300,00zł. przy kwocie odwołującego J.J. 98.400,00zł i Arkadis sp. z o.o. S2 sp.k. 199.129,16zł. Tak więc wynagrodzenie oferowane przez wykonawcę wybranego jest wyższe od propozycji wynagrodzenia odwołującego J.J., które to Izba powyżej uznała za prawidłowo skalkulowane. Ponadto Izba wzięła pod uwagę wezwanie Zamawiającego z dnia 11.05.2021r. Biura Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. w Przemysłu, które w swej treści jest identyczne z wezwaniem odwołującego J.J.. Również Izba oceniła wyjaśnienia złożone przez Biuro Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. w Przemysłu w dniu 14.05.2021r. uznając je za wyczerpujące i w pełni odpowiadające na ustawowe wezwanie Zamawiającego, który zresztą przyjął te wyjaśnienia i w postępowaniu odwoławczym wnosił o oddalenie odwołania. Izba w tym przedmiocie (Sygn. akt KIO 1944/21) podzieliła stanowisko Zamawiającego i oddaliła odwołanie, nie stwierdzając naruszeń prawa przywołanego w odwołaniu. Niemniej w związku z uwzględnieniem odwołania w sprawie o Sygn. akt KIO 1897/21 gdzie Izba przywróciła do postępowania ofertę odwołującego J.J. nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty Biura Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. w Przemysłu i nakazując ponowne badanie i ocenę ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

O kosztach orzeczono jak w sentencji wyroku zgodnie z wynikiem rozpoznawanych spraw.

**Przewodniczący:.....**