Sygn. akt: KIO 3490/21

WYROK

z dnia 14 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Cybernetyki 19B (02-677 Warszawa) oraz ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu przy ul. Jana Kiepury 6 (22-400 Zamość) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie przy Placu Starynkiewicza 5 (02-015 Warszawa)

przy udziale wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre przy 15-27 rue du Port (Parc de l'Ile 92022 Nanterre CEDEX, Republika Francuska), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej ramach wezwanie ww. wykonawców do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo

Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3490/21

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Inżynier Kontraktu dla zadania - Modernizacja instalacji technologicznej Stacji Uzdatniania Wody Praga (nr referencyjny: 01499/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/U/2021), zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2021 r., pod numerem 2021/S 169-443095.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 29 listopada 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (zwani dalej: „odwołującym") wnieśli odwołanie na następujące czynności zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

- wyborze oferty złożonej przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (zwanego dalej: „SAFEGE") jako najkorzystniejszej;

- odrzuceniu oferty odwołującego;

- z ostrożności - na zaniechaniu wezwania odwołującego do dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 2 u Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a odwołujący na wezwania zamawiającego udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniały podaną w ofercie cenę;

2) z ostrożności - naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z naruszeniem art. 224 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, jeżeli udzielone dotychczas wyjaśnienia odwołującego oraz przedstawione dowody budzą wątpliwości zamawiającego;

3) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty SAFEGE, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez SAFEGE, jako oferty najkorzystniejszej;

- unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego;

- dokonał ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, z

ostrożności - wezwał odwołującego do dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie lub kosztu, lub ich istotnych części składowych;

- dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ, wstępnie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu

zamówienia. Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp, to nie dokonałby odrzucenia oferty odwołującego, względnie - wezwałby odwołującego do udzielenia dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie lub jej istotnych części składowych, a w konsekwencji dokonałby wyboru oferty jego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę z najniższą ceną spośród ofert złożonych w postępowaniu, a cena jest jedynym kryterium oceny ofert w prowadzonym przetargu. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe - w ocenie odwołującego - stanowiło wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego było bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu dla zarzutu podniesionego w pkt 1 odwołujący wyjaśnił, że zamawiający pismem z dnia 18 listopada 2021 r. poinformował go o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający przedstawił stan faktyczny związany z wezwaniem odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp oraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez odwołującego. Zamawiający wskazał też szereg informacji, które stanowią powielenie przepisów Pzp bądź okoliczności wynikających z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej Z wywodami zamawiającego zaprezentowanymi w ww. piśmie odwołujący się nie zgodził z szeregu względów. Po pierwsze, w ocenie odwołującego, złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami pozwalają na uznanie, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Po drugie, zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazuje na pewne rozbieżności - jego zdaniem - w złożonych wyjaśnieniach i dokumentach, które to z pewnością nie kwalifikują się jako przesłanka odrzucenia oferty, lecz co najwyżej podlegają dalszemu wyjaśnieniu przy wykorzystaniu narzędzi określonych w Pzp. Dalej, odwołujący zauważył, że zarówno pierwsze wezwanie zamawiającego skierowane do wykonawcy (pismo z dnia 8 października 2021 r.), jak i kolejne wezwanie (pismo z dnia 21 października 2021 r.), były bardzo ogólne, sprowadzały się w pierwszym przypadku do powielenia ustawowych zapisów oraz załączenia wzoru kalkulacji ceny, zaś w drugim do powielenia ustawowych zapisów oraz prośby o wskazanie metody obliczenia kosztów osobowych wskazanych w kalkulacji, przy czym zamawiający nie wskazał sposobu podania metodyki obliczeń czy założeń. Zamawiający nie skonkretyzował zatem swoich wezwań i żądań, po czym bezpodstawnie wyciąga negatywne konsekwencje w stosunku do odwołującego i jego oferty.

Przed odniesieniem się do poszczególnych twierdzeń zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 18 listopada 2021 r. odwołujący w sposób szczególny podkreślił, że zamawiający w uzasadnieniu odrzuceniu oferty nie kwestionuje merytorycznie żadnej z pozycji kosztowych, tj. nie twierdzi, że przedstawione przez odwołującego w Kalkulacji (załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) stawki, wynagrodzenie czy ilości godzin pracy któregokolwiek ze specjalistów są błędne czy rażąco niskie. Innymi słowy, zamawiający nie kwestionuje, że odwołujący nie jest w stanie za podane w kalkulacji kwoty wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Zastrzeżenia zamawiającego są przejawem nadmiernego formalizmu bądź co najwyżej są nieistotnymi wątpliwościami, które mogłyby zostać rozwiane, gdyby tylko zamawiający zastosował precyzyjne wezwanie do wykonawcy. Już tylko zatem z tych względów, w ocenie odwołującego, odrzucenie jego oferty przez zamawiającego jest wadliwe i niezgodne z powołanymi w odwołaniu przepisami Pzp.

Odnosząc się do poszczególnych zastrzeżeń i wątpliwości zamawiającego wyartykułowanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołujący podniósł, co następuje. Zamawiający na stronie 5 pisma z 18 listopada 2021 r. wskazał, iż wezwał Wykonawcę do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie metody obliczenia kosztów osobowych wskazanych w kalkulacji, tj. kosztów wskazanych w pkt 1 „Zespół Kluczowych Specjalistów" oraz w pkt 2 „Wsparcie techniczne" kalkulacji. Wykonawca nie zaprezentował jednakże konkretnej metodologii, ani nie wyjaśnił w jaki sposób osiągnął wartości wskazane w kalkulacji w kolumnie „Stawka netto/m-c", pomimo, iż Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień w zakresie metody obliczenia kosztów osobowych. W przedmiocie powyższego wartym zauważenia jest fakt, iż umowy świadczenia usług przedłożone przez Wykonawcę mają charakter umów cywilnoprawnych, w związku z czym prezentowane przez Wykonawcę wyliczenia dla umów o pracę nie mają do nich zastosowania. Wykonawca zaprezentował co prawda wyliczenia kosztów osobowych w przypadku stosowania stawki godzinowej dla umów cywilnoprawnych, jednakże w treści wyjaśnień nie wskazał w jaki sposób osiągnął

założony nakład pracy (kol. „Średnia ilość godzin w miesiącu [h/msc]" w kalkulacji złożonej z dodatkowymi wyjaśnieniami). Odwołujący wskazał i podkreślił, iż w odpowiedzi na drugie wezwanie zamawiającego złożył rozszerzoną kalkulację (załącznik nr 1 do wyjaśnień), zawierającą nowe elementy (kolumny) uszczegóławiające pierwotną kalkulację. Odwołujący wskazał też wyraźnie, że założenia do kalkulacji ceny ofertowej oparł na wieloletnich doświadczeniach wykonawców w świadczeniu usług nadzorów inwestorskich, w szczególności w postępowaniach obejmujących ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Wreszcie, odwołujący wskazał zamawiającemu stawki godzinowe, po jakich pracować będą poszczególności specjaliści, średnią ilość godzin pracy danego specjalisty w miesiącu, całkowite wynagrodzenie każdego specjalisty za kontrakt, czy ilość miesięcy przewidywanego zaangażowania specjalisty w okresie realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, podane informacje są w pełni wystarczające do oceny, czy zaangażowanie któregoś ze specjalistów nie jest zbyt małe bądź specjalista ten będzie pracował za stawkę/wynagrodzenie niższe niż przewidziane przepisami prawa. Co więcej, gdyby zamawiający stwierdził taki fakt, wskazałby go jako podstawę odrzucenia oferty, co jednak nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Jak już podkreślił odwołujący na wstępnie, zamawiający mając do dyspozycji pełne dane dotyczące zaangażowania każdego specjalisty w realizację zamówienia i jego wynagrodzenia, nie poczynił żadnego zarzutu w tym zakresie. Oznacza to, że wyjaśnienia odwołującego, wraz z dowodami, nie dają podstaw do uznania ceny ofertowej odwołującego za rażąco niską. Dalej, zamawiający wskazywał, że umowy świadczenia usług przedłożone przez Wykonawcę mają charakter umów cywilnoprawnych, w związku z czym prezentowane przez Wykonawcę wyliczenia dla umów o pracę nie mają do nich zastosowania. Odwołujący podniósł jednak, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca przedstawił nie tylko wyliczenia dla umów o pracę, ale także wskazywał na wysokość stawki godzinowej. Informacje te miały zostać szczegółowo omówione na stronach 8-10 pisma odwołującego z dnia 29 października 2021 r., gdzie wskazano zarówno na kwoty wynagrodzenia z tytułu umowy o pracę (koszty pracownika/pracodawcy), jak i na wysokość minimalnej stawki godzinowej określonej Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. oraz nowym Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. Odwołujący stwierdził, że żaden ze specjalistów wymienionych w kalkulacji odwołującego nie będzie pracował za wynagrodzenie oraz stawki niezgodne z powołanymi w wyjaśnieniach przepisami. Dalej, zastrzeżenia zamawiającego wzbudziły również rozbieżności pomiędzy kwotami wskazanymi w kalkulacji w kol. „Stawka [zł netto/m-c]" a przedstawionymi umowami świadczenia usług. W przywołanych umowach wskazano konkretne stawki, za które specjaliści gotowi są świadczyć usługi nadzoru w poszczególnych branżach lub zakresach zadań. Wartym zauważenia jest, iż w każdej z przedstawionych umów stawka wynagrodzenia (ryczałtu) wynosi mniej niż stawka podana przez wykonawcę w kol. „Stawka [zł netto/m-c]" (w przypadku np. Kierownika Projektu jest to różnica znacząca). W ocenie Zamawiającego świadczy to o nierzetelności kalkulacji i rodzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia po prezentowanych kosztach. Odwołujący podniósł, iż przedstawione umowy świadczenia usług wskazują - jak słusznie zauważył zamawiający - stawki, za które specjaliści gotowi są świadczyć usługi nadzoru w poszczególnych branżach lub zakresach zadań. Innymi słowy, przedłożone wraz z wyjaśnieniami ceny dowody pokazują minimalne wynagrodzenie, za jakie skłonny jest pracować dany specjalista. Odwołujący wyjaśnił, że przygotowując ofertę przetargową w postępowaniu, założył jednak, że wynagrodzenia te będą wyższe. Okoliczność ta wynika z uwzględnienia przez odwołującego pewnych ryzyk związanych z wejściem w życie od 1 stycznia 2022 r. Polskiego Ładu podatkowego oraz z chęci zapłaty nieco większego wynagrodzenia, niż oczekiwał pierwotnie dany specjalista. Trudno zatem czynić odwołującemu zarzut z tego tytułu, iż dochował należytej staranności i ostrożności w związku z planowanym wejściem w życie przepisów Polskiego Ładu oraz że wysokości wynagrodzeń założonych przez wykonawcę są wyższe niż oczekiwania specjalistów.

Następnie, Analogiczne zastrzeżenia wzbudziła również rozbieżność pomiędzy stawką godzinową wskazaną w kalkulacji w kol. „Stawka godzinowa [zł/h]" a wyliczeniami prezentującymi jej wysokość. Podobnie jak w przypadku stawek miesięcznych, stawka godzinowa osiągnięta w wyliczeniach wykonawcy jest mniejsza niż stawka godzinowa podana w kalkulacji. Tak jak wyżej, Zamawiający ocenia tę rozbieżność jako nierzetelność kalkulacji. Wskazane zastrzeżenie, zdaniem odwołującego, świadczy o niezrozumieniu wyjaśnień udzielonych przez odwołującego bądź ich pobieżnej lekturze przez zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że w pierwszej kolejności w złożonych wyjaśnieniach ceny wskazał, ile - zgodnie z przepisami prawa - wynoszą koszty pracodawcy niezbędne do poniesienia przez firmę z tytułu wynagrodzenia na podstawie umowy o pracę, a następnie z tytułu umowy o współpracy, przekładając te koszty na odpowiednie stawki godzinowe. W wyjaśnieniach odwołującego (strony 8-10 pisma z dnia 29 października 2021 r.) wskazano zatem kwoty (poziomy), poniżej których świadczenie usług będzie niezgodne z obowiązującymi przepisami. Następnie, w kalkulacji stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień z 29 października 2021 r. wyliczono stawki godzinowe dla poszczególnych specjalistów, po których to stawkach świadczone będą usługi. Kolumna ta miała właśnie za zadanie wykazanie, iż w każdym wariancie, czy to z tytułu umowy o pracę, czy z umowy B2B (cywilnoprawnej), wynagrodzenie wszystkich specjalistów jest powyżej minimalnych,

ustawowych poziomów.

Podsumowując, odwołujący, wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie dostrzegł rozbieżności pomiędzy wyceną oferty a wyjaśnieniami ceny. W szczególności, w niniejszej sprawie nie może być mowy o takich rozbieżnościach, które dawałyby podstawy do stwierdzenia, iż zaoferowana cena oferty odwołującego jest rażąco niska. Wskazana zatem przez zamawiającego nierzetelność kalkulacji nie ma miejsca.

Ponadto odwołujący wyjaśnił, że przepisy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających, etc. Odwołujący podkreślił, że złożone przez niego dwukrotne wyjaśnienia, nie były ani zdawkowe, ani ogólne i ani o uniwersalnej naturze, ale konkretne, wyczerpujące i dedykowane wyłącznie do tego postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia są usługi niematerialne, zatem kalkulacja takiej oferty opiera się w głównej mierze na doświadczeniu wykonawcy (które zostało wykazane dowodami i nie jest kwestionowane przez zamawiającego), więc dowodami w zasadzie są wyłącznie oświadczenia własne wykonawcy. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego były w jego przekonaniu rzetelne, nakreślały rzeczywistą sytuację rynkową i możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Odwołujący wskazał, że zamawiający w swoim wezwaniu z 8 października 2021 r. wprowadził obowiązek złożenia przez wykonawcę kalkulacji, narzucając jednocześnie jej treść. Innymi słowy, zamawiający określił wprost jakiego dowodu oczekuje od wykonawcy i podania jakich elementów (informacji) w tym dowodzie żąda. Odwołujący uczynił zadość temu wezwaniu, a na kolejne wezwanie zamawiającego, tj. z dnia 21 października 2021 r., rozszerzył kalkulację o nowe, dodatkowe informacje. Nadto, zamawiający w treści SWZ nie zamieścił szczegółowego harmonogramu prac dla Inżyniera Kontraktu, pozostawiając wykonawcy dobór czasu zaangażowania poszczególnych osób wykonawcy. Jak wynika właśnie z uzasadnienia odrzucenia oferty, zamawiający nie kwestionuje ani ilości miesięcy zaangażowania specjalistów, ani kwoty ich wynagrodzenia (nie jest poniżej poziomu określonego w przepisach), co czyni decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego bezpodstawną i niezrozumiałą.

W zakresie zarzutu podniesionego z ostrożności odwołujący wyjaśnił, że analizując uzasadnienie decyzji o odrzuceniu jego oferty należy dojść do wniosku, że działania zamawiającego były automatyczne i skrajnie formalne. Tymczasem istotą procedury wyjaśnienia ceny jest przeprowadzenie pełnego procesu weryfikacji oświadczeń wykonawcy, w celu uzyskania ponad wszelką wątpliwość wiedzy, czy cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, czy też przeciwnie - tj. że cena jest nie jest ceną nierealną, niewiarygodną lub niezapewniającą prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty wymaga więc wcześniejszego gruntownego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, zaś ustawa nie limituje tu aktywności instytucji zamawiającej. W przeciwnym razie zamawiający mógłby odrzucić ofertę prawidłową i poważną, naruszając zasady wyrażone w art. 16 Pzp, co też nastąpiło w postępowaniu. Zdaniem odwołującego w wyjaśnieniach ceny istotne jest nie tyle wskazywanie na określone okoliczności stanowiące korzystne warunki realizacji zamówienia, umożliwiające obniżenie ceny oferty, lecz wykazanie, że cena jego oferty pokryje wszystkie koszty realizacji zamówienia i zapewni mu osiągnięcie chociażby minimalnego zysku. Ponieważ odwołujący wykazał powyższe, to jego zdaniem wykazał on również, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Zdaniem odwołującego, nie sposób nie zauważyć, iż wezwanie go do złożenia wyjaśnień nie wynikało z wątpliwości zamawiającego, ale miało charakter czysto formalny, czego najlepszym dowodem jest treść wezwania oraz powołanie się na art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie oraz doktrynie poglądem same różnice pomiędzy wartością szacunkową przedmiotu zamówienia a zaoferowanymi cenami i między zaoferowanymi cenami między sobą nie uzasadniają wątpliwości co do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę, (por. wyrok KIO z 14 listopada 2014 r., sygn. KIO 2234/14; wyrok KIO z 24 czerwca 2015 r., sygn. KIO 1104/15). Należy także w sposób szczególny dostrzec, iż z przepisów Pzp nie wynika ograniczenie liczby wezwań, które zamawiający może kierować do wykonawcy. Zarówno na gruncie przepisów Pzp, ale co wyraźniejsze, także na gruncie przepisu art. 69 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE ws. zamówień publicznych, wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty mają charakter konsultacji prowadzonych pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Zamawiający jest zobowiązany do kierowania do wykonawcy dodatkowych wezwań (konsultowania sposobu kalkulacji ceny). W konsekwencji, wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny mają charakter konsultacji, a tym samym zamawiający jest nie tylko uprawniony, lecz wręcz zobowiązany, do kierowania do wykonawcy wielokrotnych wezwań, aż jego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za określoną cenę zostaną

usunięte lub potwierdzone. Innymi słowy, jeżeli w wyniku przedstawionych wyjaśnień u zamawiającego nadal istniały jakiekolwiek wątpliwości co do zaoferowanej przez odwołującego ceny, to zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do dalszych wyjaśnień. Postępowanie z art. 224 ust. 1 Pzp ma charakter wyjaśniający i ma na celu utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jednakże, aby te wątpliwości rozwiać, wykonawca musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają zmierzać jego wyjaśnienia.

Zdaniem odwołującego, zamawiający pominął także obowiązujący w postępowaniu ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy, który powoduje, że zakres składanych wyjaśnień zawsze jest indywidualnie identyfikowany. Następnie, zamawiający winien spojrzeć również na przedstawiane przez odwołującego kalkulacje przez pryzmat zryczałtowanego wynagrodzenia specjalisty za cały kontrakt. Istotne w tym zakresie jest właśnie oczekiwane przez danego specjalistę wynagrodzenie za całość prac, gdyż zaangażowanie osoby w danym miesiącu trwania kontraktu (36 miesięcy) może być różne. Odwołujący podniósł zatem, z daleko idącej ostrożności, że jeżeli dotychczasowe wyjaśnienia ceny, wraz z dowodami, były dla zamawiającego niewystarczające bądź budzą dalsze wątpliwości zamawiającego, to powinien on kontynuować procedurę określoną w art. 224 ust. 1 Pzp, zwłaszcza, że oba dotychczasowe wezwania zamawiającego były bardzo ogólne i formalne. Ewentualna konieczność uszczegółowienia już złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie może być odczytywana jak naruszenie obowiązujących przepisów Pzp. Zamawiający nie może działać autorytarnie i automatycznie, gdy powinien przeprowadzić proces konsultacji z wykonawcą, co oznacza iż wykonawca może uszczegółowiać swoje wyjaśnienia i może czynić to kilkukrotnie, o ile zajdzie taka potrzeba. Tylko w pełni przeprowadzony proces wyjaśnień daje zamawiającemu podstawę do prawidłowej i wszechstronnej oceny oferty. Odwołujący podniósł również, że żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie jest podmiotem działającym non-profit, a ich działania są nastawione na uzyskanie zysku z prowadzonej działalności, osiągnięcie określonego wyniku finansowego przy jednoczesnym przedstawieniu możliwie konkurencyjnych ofert. Wartość złożonej w postępowaniu oferty została obliczona z dołożeniem należytej staranności w oparciu o możliwości odwołującego, w tym m.in. posiadane zaplecze techniczne i wykwalifikowaną kadrę, a także w oparciu o doświadczenie w realizacji usług o podobnym charakterze.

W odniesieniu do ostatniego zarzutu odwołujący argumentował, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz - po przeprowadzeniu ponownego badania ofert, uwzględniającego ww. czynności - dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę bezpodstawności odrzucenia oferty odwołującego.

Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp zasad prowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty, odwołujący wskazał, że w postępowaniu zasady te zostały naruszone. Jak wyjaśnił w uzasadnieniu odwołania, działania zamawiającego były automatyczne i skrajnie formalne, bez merytorycznego kwestionowania prawidłowości kalkulacji odwołującego (zaniżona ilość godzin pracy specjalistów bądź zbyt niskie ich wynagrodzenie). Ich konsekwencją było bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty SAFEGE, pomimo, że nie jest ona najkorzystniejszą.

Zdaniem odwołującego celem prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 239 Pzp. Nie sposób przy tym przeoczyć faktu, iż zamawiający dokonał wyboru oferty SAFEGE, której cena jest o połowę wyższa od ceny oferty odwołującego, co powinno mieć dla zamawiającego istotne znaczenie z punktu widzenia zasady racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi. Co więcej, jak dowodzi odwołanie, wybrana oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu postanowień SWZ oraz przepisów Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 13 grudnia 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe stanowiące uzupełnienie argumentacji podniesionej w odwołaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505

ust. 1 Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 3 grudnia 2021 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ") wraz z załącznikami;

- ofertę złożoną przez odwołującego;

- wezwanie z dnia 8 października 2021 r. skierowane do odwołującego w celu udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych;

- wyjaśnienia z dnia 14 października 2021 r. wraz z załącznikami udzielone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- wezwanie z dnia 21 października 2021 r. skierowane do odwołującego w celu udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych;

- wyjaśnienia z dnia 29 października 2021 r. wraz z załącznikami udzielone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- informację z dnia 18 listopada 2021 r. o odrzuceniu ofert w postępowaniu;

- informację z dnia 18 listopada 2021 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;

2) złożone na rozprawie przez odwołującego opracowanie własne zawierające poglądową tabelę wskazującą 11 zamówień zrealizowanych dla zamawiającego wraz z określeniem budżetu, wartości umowy na nadzór oraz wartości robót netto.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w związku z tym, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jakie złożył w postępowaniu zostały zastrzeżone, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i nie były znane przystępującemu.

Izba oddaliła powyższy wniosek odwołującego o wyłączenie jawności rozprawy. Zgodnie z art. 545 ust. 2 Pzp Izba, na wniosek lub z urzędu, wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inna niż informacja niejawna. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego lub ich pełnomocników. Powyżej wskazany przepis stanowi wyjątek od zasady sformułowanej w art. 545 ust. 1 Pzp, statuującej zasadę jawności postępowania odwoławczego, zgodnie z którą odwołanie rozpoznaje się na jawnej rozprawie. Skład orzekający doszedł do przekonania, że okoliczności przedmiotowej sprawy nie uzasadniały wyłączenia jawności rozprawy. W tym kontekście Izba zwróciła uwagę, że odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i w argumentacji zawartej w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu niejawnym, był w stanie tak przedstawić swoje stanowisko, że nie zawierało ono fragmentów zastrzeżonych jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro odwołujący mógł dość obszernie w taki sposób przedstawić swoją dotychczasową argumentację to skład orzekający nie doszukał się powodów uzasadniających wyłączenie jawności rozprawy.

Izba ustaliła co następuje

Z treści SWZ wynikało, że wynagrodzenie za realizację przedmiotowego zamówienia miało charakter ryczałtowy. Okoliczność ta została jednoznacznie potwierdzona w treści §3 ust. 1 wzoru umowy, w którym zamawiający określił - Strony ustalają, że wynagrodzenie za wykonanie przez Wykonawcę wszelkich zobowiązań na nim ciążących, a wynikających z umowy, w tym za wykonanie przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym.

Pismem z dnia 8 października 2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 1, w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych. W treści wezwania odwołujący wskazał ponadto, że:

Wartość niniejszego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę:

2 079 192,00 zł (z podatkiem VAT).

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi :

1 816 469,45 zł (z podatkiem VAT)

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przedstawione wyjaśnienia i dowody będą przez Zamawiającego oceniane, w szczególności w kontekście tego, że zaproponowana przez Państwa cena musi dotyczyć pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ, wyjaśnieniach treści SIWZ jeśli miały miejsce, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia i Projekcie umowy.

Zamawiający wymaga, aby złożone wyjaśnienia obejmowały co najmniej:

1. Sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy, wymienione zgodnie z załącznikiem nr 1 do niniejszego pisma;

2. Wyjaśnienia Wykonawcy (wraz z dowodami) powinny w szczególności dotyczyć wysokości kosztów robocizny, w tym kosztów pracy, wynagrodzeń, liczby roboczogodzin i konkretnej ilości pracowników oraz współpracowników delegowanych do realizacji zamówienia, kosztów osób odpowiedzialnych za nadzór wraz z przedstawieniem dowodów na potwierdzenie powyższego (w szczególności wszystkich umów o pracę oraz współpracę osób delegowanych do realizacji zamówienia oraz pełnienia nadzoru);

3. Wyjaśnienia powinny zawierać wykaz załączanych dowodów.

W wyjaśnieniu Wykonawca powinien przedstawić wraz z dowodami wszelkie obiektywne, merytoryczne czynniki wpływające na wartość oferty.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 14 października 2021 r., złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Do wyjaśnień załączył dowody, w tym wypełnioną kalkulację, na wzorze zaproponowanym przez zamawiającego. Wyjaśnienia oraz dowody zostały zastrzeżone przez odwołującego jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie odtajnił przedmiotowych dokumentów.

Pismem z dnia 21 października 2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 1, w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, w zakresie metody obliczenia kosztów osobowych wskazanych w kalkulacji, tj. kosztów wskazanych w pkt 1 „Zespół Kluczowych Specjalistów" oraz w pkt 2 „Wsparcie techniczne" kalkulacji, przy uwzględnieniu zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego oraz dotyczących minimalnych kosztów pracy (minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej), obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W treści wezwania odwołujący wskazał ponadto, że:

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie wskazanym powyżej. Przedstawione wyjaśnienia i dowody będą przez Zamawiającego oceniane, w szczególności w kontekście tego, że zaproponowana przez Państwa cena musi dotyczyć pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ, wyjaśnieniach treści SIWZ jeśli miały miejsce, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia i Projekcie umowy.

Zamawiający wymaga, aby złożone wyjaśnienia obejmowały co najmniej:

1. wyjaśnienia Wykonawcy (wraz z dowodami) dotyczące metody obliczenia kosztów

osobowych wskazanych w kalkulacji, opisujące przyjęte założenia oraz prezentujące przeprowadzone wyliczeni, przy czym wyjaśnienia muszą uwzględniać zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego oraz dotyczących minimalnych kosztów pracy (minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej), obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

2. wykaz załączanych dowodów.

W wyjaśnieniu Wykonawca powinien przedstawić wraz z dowodami wszelkie obiektywne, merytoryczne czynniki wpływające na wartość oferty.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 29 października 2021 r., złożył dodatkowe wyjaśnienia. Do wyjaśnień załączył dowody, w tym zmodyfikowaną przez niego kalkulację, przesłaną przy okazji wezwania z dnia 8 października 2021 r. Wyjaśnienia oraz dowody zostały zastrzeżone przez odwołującego jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie odtajnił przedmiotowych dokumentów.

Informacją z dnia 18 listopada 2021 r. zamawiający powiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W informacji zamawiający przedstawił uzasadnienie dla tej czynności.

Kolejną informacją z dnia 18 listopada 2021 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Za najkorzystniejszą została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 1 i 2 Pzp - 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.;

- art. 239 ust. 1 Pzp - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający odniósł się do argumentacji odwołującego kwestionującej samą zasadność wezwania go przez zamawiającego do składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym kontekście odwołujący stwierdził, że wartość zamówienia została przeszacowana oraz do średniej arytmetycznej ofert nie można wliczać

ostatniej, sklasyfikowanej w rankingu oferty z uwagi na jej znaczne odbieganie in plus w zakresie ceny od pozostałych ofert. Powyższe stanowisko odwołującego nie mogło zostać wzięte pod uwagę przez skład orzekający, ponieważ nie zostało podniesione w odwołaniu. Odwołujący dopiero w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu niejawnym oraz w stanowisku wyrażonym ustnie na rozprawie zwrócił uwagę na przedmiotowe okoliczności, tym samym należało uznać je za spóźnione. Ponadto Izba nie znalazła powodów do uznania, że zamawiający nie był zobowiązany do wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Relacja ceny odwołującego w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia jak i średniej arytmetycznej ofert wpisywała się w dyspozycję określoną w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Przepis ten został wskazany jako podstawa obu wezwań tj. z 8 i 21 października 2021 r.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 8 października 2021 r. wyraźnie odniósł się zarówno do szacunkowej wartości zamówienia jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Dodatkowo Izba zauważyła, ze podstawą prawną obu wezwań był także art. 224 ust. 1 Pzp, który odwołuje się do tego, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy cena oferty odwołującego lub jej istotne części składowe, mogły wydawać się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, przez co zamawiający słusznie wezwał odwołującego do wyjaśnień w zakresie ceny.

W dalszej kolejności skład orzekający stwierdził, że sama zasadność wszczęcia procedury wyjaśniania ceny oferty odwołującego i konieczność jej przeprowadzenia nie mogła stanowić potwierdzenia prawidłowości działań zamawiającego w zakresie badania oferty odwołującego w kontekście rażąco niskiej ceny. Dla oceny zasadności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania kluczowe znaczenia miało uzasadnienie dla tej czynności, przedstawione w informacji z dnia 18 listopada 2021 r. W ocenie Izby uzasadnienie odrzucenia oferty w związku z rażąco niską ceną powinno zawierać prezentację ustaleń zebranych podczas procesu wyjaśnień, które w ocenie zamawiającego przesądziły o tym, że wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny swojej oferty. Zamawiający w przedmiotowej sprawie próbował takie uzasadnienie sporządzić jednak, zdaniem składu orzekającego, okazało się ono niewystarczające. Odwołujący dość szeroko zwracał uwagę - w odwołaniu, piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu oraz na rozprawie - na wadliwość uzasadnienia odrzucenia jego oferty. Izba uznała, że część argumentacji odwołującego w tym zakresie okazała się zasadna.

Po analizie uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający doszedł do wniosku, że całą argumentację zamawiającego w tym zakresie można sprowadzić do dwóch kwestii. Po pierwsze zamawiający wskazał, że odwołujący nie złożył jako dowodów do wyjaśnień, wszystkich umów o pracę oraz współpracę osób delegowanych do realizacji zamówienia oraz pełnienia nadzoru. Po drugie zastrzeżenia zamawiającego wzbudziły rozbieżności pomiędzy kwotami wskazanymi w kalkulacji w kolumnie „Stawka [zł netto/m-c]" a przedstawionymi umowami świadczenia usług oraz rozbieżność pomiędzy stawką godzinową wskazaną w kalkulacji w kolumnie „Stawka godzinowa [zł/h]" a wyliczeniami prezentującymi jej wysokość.

Jeśli chodzi o pierwszą z powyżej wskazanych okoliczności Izba ustaliła, że zamawiający rzeczywiście w wezwaniu z dnia 8 października 2021 r. wskazał m. in. na konieczność złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie konkretnej ilości pracowników oraz współpracowników delegowanych do realizacji zamówienia, kosztów osób odpowiedzialnych za nadzór wraz z przedstawieniem dowodów na potwierdzenie powyższego (w szczególności wszystkich umów o pracę oraz współpracę osób delegowanych do realizacji zamówienia oraz pełnienia nadzoru). W ocenie składu orzekającego tak sformułowane wezwanie nie było skorelowane z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z pkt 4.4 opisu przedmiotu zamówienia Inżynier Kontraktu ma obowiązek zapewnić do wykonania przedmiotu zamówienia niezbędny personel, w tym: Kierownika Projektu (koordynatora), Inspektora nadzoru robót instalacyjno-sanitarnych, Inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych, Inspektora nadzoru robót elektrycznych, Inspektora nadzoru robót teletechnicznych, Inspektora nadzoru robót drogowych, Specjalistę spawalnika, Specjalistę do spraw ochrony antykorozyjnej, Specjalistę ds. rozliczeń robót budowlanych i kosztorysowania oraz pozostałych specjalistów w miarę potrzeb w trakcie budowy. Ponadto zamawiający w rozdziale 5 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że Inżynier Kontraktu powinien wyposażyć osoby wchodzące w skład Zespołu Kluczowych Specjalistów w niezbędne wsparcie i techniczną pomoc innych specjalistów, którzy mogą być niezbędni do właściwej realizacji tej Umowy i Umowy na Roboty (np. dyplomowany geodeta, doradca prawny, hydrogeolog, ekspert od zabezpieczenia przeciwpożarowego, inżynier materiałowy, ekspert od spraw bezpieczeństwa itp.).

Jak wynika z powyższego krąg specjalistów niezbędnych do zapewnienia przez wykonawcę nie mógł być zamknięty na etapie przygotowania oferty, skoro zamawiający przewidział możliwość wymagania pozostałych specjalistów, mających stanowić niezbędny personel, w miarę potrzeb w trakcie budowy. W związku z tym wymóg wynikający z treści wezwania, wskazujący na konieczność złożenia wszystkich umów o pracę oraz współpracę osób delegowanych do realizacji zamówienia oraz pełnienia nadzoru, był właściwie niemożliwy do spełnienia.

Odnośnie rozbieżności w treści wyjaśnień Izba stwierdziła, że nie powinny one mieć miejsca, a ich zaistnienie w ramach wyjaśnień co do zasady powinno być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, który je złożył. Jednakże w przedmiotowej sprawie zamawiający po pierwsze mylnie zinterpretował intencję odwołującego w ramach składanych wyjaśnień, a po drugie sam przyczynił się do powstania pewnych nieścisłości w wyjaśnieniach odwołującego. W ocenie składu orzekającego zamawiający zbyt duże znaczenie, na etapie drugich wyjaśnień zainicjowanych wezwaniem z dnia 21 października 2021 r., przypisał metodzie obliczenia kosztów osobowych wskazanych w kalkulacji, przy jednoczesnym wskazaniu, że wyjaśnienia musiały uwzględniać zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego oraz dotyczących minimalnych kosztów pracy (minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej), obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Odwołujący w wyjaśnieniach z 29 października 2021 r. skoncentrował się na tej drugiej części dotyczącej zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy itd. Ponadto co prawda odwołujący w wyjaśnieniach nie przedstawił konkretnej metody obliczenia kosztów osobowych, jednakże nie sposób pominąć, że w swoich obu wyjaśnieniach zostały zawarte pewne elementy ukazujące założenia dotyczące ustalenia koszów osobowych.

Zdaniem Izby odwołujący miał rację wskazując, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty nie przedstawił jakichkolwiek wyliczeń czy ustaleń, tym bardziej opartych na jakiejś zdefiniowanej lub uznanej metodzie, które stanowiły o tym że:

- oferta odwołującego nie uwzględniała zgodności kalkulacji z przepisami z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego;

- oferta odwołującego nie spełniała wymagań w zakresie dotyczącym minimalnych kosztów pracy (minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej), obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- wyjaśnienia i dowody nie potwierdzały zaoferowania ceny, która zapewnia należytą realizację zamówienia;

- brak jest możliwości wykonania zamówienia za wskazaną cenę.

Ponadto odwołujący słusznie argumentował, że zamawiający przy okazji drugich wyjaśnień powinien skoncentrować się przede wszystkim na wskazaniu, które dokładnie istotne części składowe ceny z oferty odwołującego budziły jego wątpliwości, a nie uzależniać swojego stanowiska od ustalenia metody wyliczania kosztów osobowych, szczególnie mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia przewidzianego za realizację przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że proces wyjaśniania ceny oferty odwołującego został przeprowadzony przez zamawiającego wadliwie, a czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy była co najmniej przedwczesna, przez co odwołujący powinien otrzymać jeszcze jedną szansę na wyjaśnienie zaoferowanej ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp. W treści wezwania zamawiający powinien przede wszystkim wyraźnie wskazać, które pozycje wycenione przez odwołującego w kalkulacji złożonej w ramach prowadzonych wyjaśnień (sporządzonej na wzorze przesłanym wraz z wezwaniem z dnia 8 października 2021 r.), budzą w dalszym ciągu jego wątpliwości i powinny zostać wyjaśnione.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania oferty odwołującego, która może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: .....