Sygn. akt: KIO 23/22

WYROK

z dnia 31 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BICO Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BICO Group T. P. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich z siedzibą w Łodzi
przy udziale wykonawcy: Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. z siedzibą w Łodzi zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BICO Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BICO Group T. P. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BICO Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BICO Group T. P. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku 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 23/22

Uzasadnienie

Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich z siedzibą w Łodzi (dalej: „Zamawiający” oraz „ZIM”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „stara ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn.: „Budowa drogi wojewódzkiej klasy technicznej „G” - Trasa Górna III od km -0+059.45 do km 5+712.25” realizowanego w ramach zadania „Budowa dojazdu do węzła na autostradzie A1 - budowa III Etapu Trasy Górna” wraz z zapewnieniem obsługi laboratoryjnej dla realizowanej inwestycji” (znak sprawy: ZIM-DZ.2621.29.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 28 grudnia 2020 roku pod numerem: 2020/S 252-636670.

Pismem z dnia 22 grudnia 2021 roku Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BICO Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BICO Group T. P. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” oraz „BICO”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 starej ustawy Pzp.

Dnia 3 stycznia 2022 roku BICO wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty i ewentualnie zaniechania czynności ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Odwołujący zarzucił ZIM naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 starej ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty BICO z powodu rzekomego niepotwierdzenia przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny, w których wykazał, że jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę;

2) ewentualnie - zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 starej ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty BICO;

2) ewentualnie - nakazanie ZIM unieważnienia czynności odrzucenia oferty BICO oraz ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny;

3) obciążenie kosztami postępowania ZIM oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15 000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez BICO na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał własnej kalkulacji ceny oferty BICO zwracając uwagę na następujące okoliczności:

1) Odwołujący skalkulował zbyt niskie wynagrodzenie następujących specjalistów: Inżyniera Kontaktu, Inspektora nadzoru robót drogowych, Inspektora nadzoru robót mostowych, Inspektora nadzoru robót elektrycznych, Inspektora nadzoru robót teletechnicznych, Inspektora robót wod.- kan. oraz gazowych, Inspektora ds. geodezji, Inspektora ds. zieleni, Inspektora ds. materiałowych - technologa (za rynkowe zostało uznane wyłącznie wynagrodzenie Inspektora ds. rozliczeń);

2) Odwołujący nie skalkulował kosztów związanych z dojazdem poszczególnych inspektorów na teren budowy, delegacją, wynajmem mieszkania;

3) Odwołujący nie skalkulował kosztów ubezpieczenia OC oraz zabezpieczenia

należytego wykonania umowy, kosztów telefonów, obsługi biura Inżyniera, wytworzenia dokumentów Inżyniera i tych podobnych;

4) Odwołujący nie doliczył kosztów pracodawcy, jakie ponosi z tytułu zatrudnienia na umowę o pracę.

Odwołujący zaznaczył, że ustalenie wynagrodzenia wskazanych powyżej specjalistów jest sprawą poszczególnego specjalisty i konkretnego wykonawcy. Żaden z innych podmiotów nie może wpływać na wysokość tego wynagrodzenia. Zdaniem BICO w tym przypadku mamy do czynienia z usługami miękkimi, które ze względu na swoją specyfikę mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Nie da się ich bowiem w sposób jednoznaczny zweryfikować, czy poddać analizie. Wykonawca BICO podkreślił, że do złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny dołączył dowody w postaci zobowiązań wszystkich specjalistów do pełnienia odpowiednich funkcji za wynagrodzeniem odpowiadającym kwotom założonym przez Odwołującego w kalkulacji. Nie są to więc kwoty przyjęte arbitralnie przez BICO, lecz faktyczna wysokość wynagrodzenia, za którą poszczególni specjaliści zgadzają się pełnić funkcję.

Odwołujący wskazał również, że skalkulowane przez niego wynagrodzenie poszczególnych specjalistów znacznie przekracza kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę (właściwą dla umów o pracę) oraz minimalną stawkę godzinową (właściwą dla umów cywilnoprawnych), a zatem nie ma żadnych podstaw, żeby zostało uznane przez Zamawiającego w sposób całkowicie arbitralny za wynagrodzenie nierynkowe. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym Zamawiający powinien weryfikować wyjaśnienia zaoferowanej ceny pod kątem kosztów pracy w kontekście minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Ponadto Odwołujący poddał pod wątpliwość źródła wiedzy, na których ZIM oparł się, przyjmując wartości rynkowego wynagrodzenia. BICO wskazał, że są to portale o charakterze bardziej popularnym, a nie naukowym. Prezentowane przez nich wartości nie są oparte na badaniach rynku, a jedynie na szczątkowych informacjach, które nie mają charakteru obiektywnego.

Zdaniem Odwołującego nie musiał on także kalkulować kosztów związanych z dojazdem poszczególnych inspektorów na teren budowy, delegacją oraz wynajmem mieszkania, gdyż w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny z dnia 19 maja 2021 roku wyraźnie wskazał, że koszty paliwa i dojazdu nie obciążają budżetu kontaktu, albowiem są w całości przeniesione w ciężar obowiązków zatrudnionych inspektorów. W dodatkowych wyjaśnieniach z dnia 7 grudnia 2021 roku BICO wskazał również, że wyliczenia wykonawcy, który wniósł skargę, bazują na założeniu, że inspektor będzie jechał specjalnie do Łodzi na jedną wizytę. Tymczasem - jak podnosił Odwołujący - inspektor będzie zaangażowany równolegle w większą ilość przedsięwzięć i tym samym nie będzie ponosił kosztów transportu specjalnie na jedną wizytę.

Odwołujący zaznaczył również, że nie ma racji Zamawiający podnosząc, że BICO nie skalkulował kosztów ubezpieczenia OC, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kosztów telefonów, obsługi biura Inżyniera oraz wytworzenia dokumentów Inżyniera. BICO wskazał, że wszystkie te koszty zostały przez niego skalkulowane tj. ujęte w szczegółowej kalkulacji kontraktu (stanowiącej załącznik do wyjaśnień zaoferowanej ceny z dnia 19 maja 2021 roku). Koszt OC samochodu znajduje się pod pozycją „koszty ubezpieczenia OC i AC", natomiast pozostałe koszty pod pozycją „Rezerwa na koszty nie przewidziane, ewentualne koszty niedoszacowania którejś z powyższych pozycji i koszty pośrednie 30%". Ponadto Odwołujący podniósł, że koszty, na które powołuje się ZIM w tym zakresie, nie są kosztami o dużej wysokości i tym samym nie wpływają istotnie na kalkulację kosztów całego zamówienia. Nie można zatem traktować tych kosztów jako mogących zaważyć na cenie oferty w stopniu uzasadniającym uznanie tej ceny za rażąco niską. BICO podkreślił również, że nie ma żadnych przeszkód, żeby część kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników została zawarta w kosztach pośrednich (o ile nie było w dokumentacji zamówienia szczególnych wymagań Zamawiającego w tym zakresie).

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 starej ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania BICO do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny Odwołujący wskazał, że zarzut ten został przez niego postawiony jako ewentualny, z ostrożności procesowej. Wolą Odwołującego jest, żeby zarzut ewentualny został rozpatrzony tylko w przypadku, gdy nie potwierdzi się zarzut stanowczy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 starej ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomego nie potwierdzenia przez niego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. BICO podniósł, że zarówno nauka prawa, jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dopuszczają możliwość ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, w których pierwsze wezwanie Zamawiającego miało ogólny charakter. W takiej sytuacji bowiem wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Zamawiający powinien wezwać

ponownie wykonawcę do złożenia wyjaśnień, tym razem bardziej szczegółowo wskazując kwestie, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego.

W dniu 25 stycznia 2022 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że w ramach wyjaśnień z dnia 19 maja 2021 roku Odwołujący starał się przekonać Zamawiającego, że niska cena jego oferty wynika z rzekomo bardzo korzystnych warunków geo-lokalnych tj. z uwagi na bliskie położenie inwestycji w stosunku do miejsca zamieszkania inspektorów. Trudno jednak zgodzić się z powyższym twierdzeniem zważywszy na fakt, że - jak wynika z zobowiązań inspektorów złożonych wraz z wyjaśnieniami - żaden z inspektorów nie mieszka w Łodzi, a jedynie jeden z nich mieszka w mieście położonych z drugiej strony Łodzi (tj. w Zgierzu), co powoduje, że twierdzenie BICO o korzystnym położeniu miejsca zamieszkania inspektorów nadzoru względem inwestycji jest fikcyjne i zostało przywołane jedynie w celu wywołania nierealnego wyobrażenia o wyjątkowo korzystnych czynnikach pozwalających skalkulować cenę na niskim poziomie. W ocenie Zamawiającego rzekomo rynkowe ceny wynagrodzenia inspektorów, które BICO starał się wykazać zarówno w kalkulacji z dnia 19 maja 2021 roku oraz w późniejszych wyjaśnieniach z dnia 7 grudnia 2021 roku i dowody, które mają o tym świadczyć (tj. oświadczenia zainteresowanych inspektorów, z których wynika, że osoby w nich wskazane wykonają zlecone im zamówienie za określone tam wynagrodzenie), nie potwierdzają, że zaoferowane wynagrodzenia są realne i rynkowe, a tym samym nie można ich uznać za nienoszące znamion rażąco niskich. ZIM wskazał, że Odwołujący stara się wywołać mylne wyobrażenie, że ustalone wynagrodzenie 6000 zł będzie otrzymywał praktycznie każdy z inżynierów, z wyjątkiem inspektora ds. rozliczeń, który ma mieć miesięczne wynagrodzenie w wysokości 5000 zł. Zdaniem Zamawiającego istotny jest jednak nakład pracy każdego z nich w stosunku do tak określonego wynagrodzenia. I tak: przy wyobrażeniu, w które wprowadza nas BICO można błędnie przyjąć, że zarówno inspektor nadzoru, który zatrudniony jest na cały etat czyli 40 h tygodniowo tj. 160 h miesięcznie (umowa o pracę - takie jest wymaganie w SWZ) otrzyma 6000 zł jak i inspektor ds. zieleni czy inspektor ds. technicznych, którzy mają przewidziane 12 h w miesiącu (tj. 3 h w tygodniu) i również za owe 12 h miesięcznie otrzymają 6000 zł. Zamawiający zauważył, że przekładając wysokość tego wynagrodzenia na realia przedmiotowego zamówienia i odwołując się do faktycznej ilości zakładanych godzin niezbędnych do świadczenia usługi, wynagrodzenia te tracą walor realności i rentowności. Jednakże faktyczne wynagrodzenie poszczególnych inżynierów kształtować się będzie natomiast - według wyliczeń Zamawiającego - w następujący sposób:

- Inżynier Kontraktu - 144 000 zł : 24 miesiące = 6000 zł miesięcznie;
- Inspektor ds. rozliczeń - 120 000 zł : 24 miesiące = 5000 zł miesięcznie;
- Inspektor nadzoru robót drogowych - 72 000 zł : 24 miesiące = 3000 zł miesięcznie;
- Inspektor nadzoru robót mostowych - 18 000 zł : 24 miesiące = 750 zł miesięcznie;
- Inspektor nadzoru robót elektrycznych - 14 400 zł : 24 miesiące = 600 zł miesięcznie;
- Inspektor nadzoru robót teletechnicznych - 10 800 zł : 24 miesiące = 450 zł miesięcznie;
- Inspektor nadzoru robót wod.- kan. i gazowych - 14 400 zł : 24 miesiące = 600 zł miesięcznie;
- Inspektor ds. geodezji - 36 000 zł : 24 miesiące = 1500 zł miesięcznie;
- Inspektor ds. zieleni - 10 800 zł : 24 miesiące = 450 zł miesięcznie;
- Technolog - 18 000 zł : 24 miesiące = 750 zł miesięcznie.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający zanegował możliwość realizacji zamówienia przy ukształtowaniu wynagrodzeń na poziomie wskazanym przez Odwołującego. W ocenie ZIM oświadczenia poszczególnych inspektorów noszą walory fikcyjności, są pozorne i służą jedynie rzekomemu potwierdzeniu nierynkowych cen przy kalkulacji ceny oferty.

Ponadto Zamawiający podkreślił, że twierdzenia BICO, iż nie obciąża on budżetu kontraktu kosztami dojazdów (tj. kosztami paliwa, eksploatacji samochodów, noclegów, diet) i przerzuca te koszty na poczet wynagrodzenia poszczególnych inspektorów jest mało wiarygodne. Z doświadczenia życiowego wynika bowiem, że jest wysoce nieekonomiczne przy wynagrodzeniu np. 450 zł miesięcznie (dla inspektora robót teletechnicznych), aby dojeżdżać w obie strony 600 km (2x300 km) z Olsztyna - 3 razy w tygodniu i świadczyć

jedną godzinę nadzoru. Zamawiający wskazał, że również kalkulacja kosztów prowadzenia samego biura inżyniera oraz koszt zakupu samochodów odbiegają od realiów rynkowych. Dodatkowo ZIM wskazał, że Odwołujący w żadnym miejscu nie skalkulował takich kosztów (bezpośrednich) jak polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilno-prawnej (polisa OC), którą musi posiadać wykonawca w związku z prowadzoną działalnością. Co więcej, ZIM podkreślił, że koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy również jest kosztem, który w sposób bezsprzeczny musi być ujęty w kalkulacji, jednak BICO nie wymienił go w

szerokopojętych kosztach pośrednich.

Zamawiający odniósł się także do kosztów obsługi laboratoryjnej. ZIM zaznaczył, że Odwołujący w kalkulacji z dnia 19 maja 2021 roku wskazał, iż obsługa laboratoryjna w kwocie 100 000 zł ma być świadczona przez p. D. J. . W kolejnych wyjaśnieniach BICO uzupełnił poprzednie wyjaśnienia podając, że w ramach obsługi laboratoryjnej uwzględnia nie tylko świadczenie usługi pobrania próbek i przewiezienia ich do analizy przez p. D. J., ale również koszty analizy przez Biuro Inżynierii Lądowej ANALIZER. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał jednak w jaki sposób na kwotę 100 000 zł składa się usługa p. D. J., a jaki procent w tej kwocie stanowią koszty samego Biura Inżynierii. ZIM podkreślił, że wskazane wyjaśnienia de facto prowadzą do zmiany pierwotnych wyjaśnień, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów prawa i ugruntowanej judykatury.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 starej ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego w zakresie ceny Zamawiający wskazał, że nie widzi uzasadnienia do wezwania BICO po raz trzeci do złożenia wyjaśnień. W ocenie ZIM wezwanie takie byłoby uzasadnione jedynie w przypadku, gdyby Zamawiający nie poinformował Odwołującego jakie elementy budzą jego wątpliwości, natomiast w niniejszej sprawie ZIM w obydwu wezwaniach wskazał szczegółowo, jakie elementy kalkulacji winny być wyjaśnione.

Wykonawca Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Przystępujący") wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 roku wskazał, że zarzuty postawione w odwołaniu są w jego ocenie chybione i nieuzasadnione, a czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego należy uznać za poprawną.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 roku, a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku, stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku poz. 2020 ze zm.) zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 roku

Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „nowa ustawa Pzp").

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nowej ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. z siedzibą w Łodzi.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, na który składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia przekazana przez Zamawiającego oraz dokumenty złożone przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego w toku niniejszego postępowania.

Odwołujący złożył ofertę, w której zaoferował zrealizowanie zamówienia za cenę w wysokości 1 219 441,84 zł brutto. W dniu 12 maja 2021 roku Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2 460 000,00 zł.

Cena brutto oferty złożonej przez BICO jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania o 50,43%.

Pismem z dnia 14 maja 2021 roku Zamawiający działając zgodnie z art. 90 ust. 1 starej ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do wykonawcy BICO o udzielenie wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów - między innymi kalkulacji wszystkich kosztów, mających zasadnicze znaczenie dla określenia wysokości ceny brutto oferty, złożonej w postępowaniu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych,

   wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy;

2) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od

   minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej,

   ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1564);

3) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

4) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym,

   obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

5) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

6) kosztów ogólnych i innych niezbędnych kosztów do prawidłowej realizacji przedmiotu

   zamówienia;

7) wartości zysku;

8) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wskazał, że dowody, o których mowa powyżej, winny potwierdzać realność wykonania, zgodnie z treścią SIWZ, przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę.

ZIM zaznaczył również, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 starej ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Ponadto Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 90 ust. 3 starej ustawy Pzp, odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, ze oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający poinformował również, że odrzuci ofertę wykonawcy BICO jeżeli złożone

wyjaśnienia będą iluzoryczne oraz lakoniczne.

Odwołujący udzielił wyjaśnień w dniu 19 maja 2021 roku, w których podał, że podtrzymuje złożoną ofertę i potwierdza sporządzoną kalkulację. Jednocześnie BICO wyjaśnił, że zadanie będące przedmiotem zamówienia wycenił biorąc pod uwagę „szczególnie sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla oferenta, czyli miejsce zamieszkania inspektorów, w związku z czym koszty paliwa i dojazdu nie obciążają budżetu kontraktu, gdyż są w całości przeniesione w ciężar obowiązków zatrudnionych inspektorów". Ponadto Odwołujący wskazał, że:

- policzył wszystkie istotne składniki cenotwórcze;
- uwzględnił w wycenie zarówno etap poprzedzający rozpoczęcie inwestycji jak i etap realizacji;
- kalkulowane stawki zatrudnionych przez niego specjalistów znacznie przekraczają minimalne wynagrodzenie ustawowe;
- kontrakt zabezpieczył tworząc rezerwę przeznaczoną m.in. na: wydruki, skutki zdarzeń losowych wymagających większych nakładów czasu i pracy i innych możliwych;
- jego firma skalkulowała zysk, który można obiektywnie uznać za godziwe wynagrodzenie.

Do złożonych wyjaśnień Odwołujący załączył szczegółową kalkulację wraz z dowodami.

W szczegółowej kalkulacji kontraktu wykonawca BICO podał wszystkie koszty:

1) Koszty bezpośrednie:

a) Koszt wynagrodzeń poszczególnych specjalistów:

- Inżyniera Kontaktu - co najmniej 5 wizyt w tygodniu x 8 godz. x 4 tyg. = 160 godz., co daje 1 etat. W związku z tym koszt wynosi 6.000,00 zł x 1 etat x 24 m-ce = 144.000,00 zł;
- Inspektora ds. rozliczeń - co najmniej 5 wizyt w tygodniu x 8 godz. x 4 tyg. = 160 godz., co daje 1 etat. W związku z tym koszt wynosi 5.000,00 zł x 1 etat x 24 m-ce = 120.000,00 zł;
- Inspektora nadzoru robót drogowych - co najmniej 5 wizyt w tygodniu x 4 godz. x 4 tyg. = 80 godz., co daje 0,5 etatu. W związku z tym koszt wynosi 6.000,00 zł x 0,5 etatu x 24 m-ce = 72.000,00 zł;
- Inspektora nadzoru robót mostowych - co najmniej 5 wizyt w tygodniu x 1 godz. x 4 tyg. = 20 godz., co daje 0,125 etatu. W związku z tym koszt wynosi 6.000,00 zł x 0,125 etatu x 24 m-ce = 18.000,00 zł;
- Inspektora nadzoru robót elektrycznych - co najmniej 4 wizyty w tygodniu x 1 godz. x 4 tyg. = 16 godz., co daje 0,1 etatu. W związku z tym koszt wynosi 6.000,00 zł x 0,1 etatu x 24 m-ce = 14.400,00 zł;
- Inspektora nadzoru robót teletechnicznych - co najmniej 3 wizyty w tygodniu x 1 godz. x 4 tyg. = 12 godz., co daje 0,075 etatu. W związku z tym koszt wynosi 6.000,00 zł x 0,075 etatu x 24 m-ce = 10.800,00 zł;
- Inspektora robót wod.- kan. oraz gazowych - co najmniej 4 wizyty w tygodniu x 1 godz. x 4 tyg. = 16 godz., co daje 0,1 etatu. W związku z tym koszt wynosi 6.000,00 zł x 0,1etatu x 24 m-cy = 14.400,00 zł;
- Inspektora ds. geodezji - co najmniej 5 wizyt w tygodniu x 2 godz. x 4 tyg. = 40 godz., co daje 0,25 etatu. W związku z tym koszt wynosi 6.000,00 zł x 0,25 etatu x 24 m-ce = 36.000,00 zł;
- Inspektora ds. zieleni - co najmniej 3 wizyty w tygodniu x 1 godz. x 4 tyg. = 12 godz., co daje 0,075 etatu. W związku z tym koszt wynosi 6.000,00 zł x 0,075 etatu x 24 m-cy = 10.800,00 zł;
- Inspektora ds. materiałowych - technologa - co najmniej 5 wizyt w tygodniu x 1 godz. x 4 tyg. = 20 godz., co daje 0,125 etatu. W związku z tym koszt wynosi 6.000,00 zł x 0,125 etatu x 24 m-ce = 18.000,00 zł;

b) Koszt biura Inżyniera Kontraktu;

c) Koszt obsługi laboratoryjnej dla realizowanej inwestycji;

d) Koszt samochodów dla Zamawiającego;

2) Rezerwę na koszty nieprzewidziane, ewentualne niedoszacowanie którejś pozycji oraz koszty pośrednie (30%);

3) Zakładaną marżę.

Do wyjaśnień Odwołujący dołączył dowody w postaci między innymi zobowiązań poszczególnych specjalistów do pełnienia odpowiednich funkcji za wynagrodzeniem odpowiadającym kwotom założonym przez Odwołującego w kalkulacji.

W zobowiązaniu Inżyniera Kontraktu zostało wskazane, co następuje: „(...) Niniejszym zobowiązuję się pełnić funkcję Inżyniera Kontraktu na w/w Kontrakcie. Funkcję tę będę pełnił za wynagrodzenie w wysokości: 6 000,00 zł brutto/Miesiąc x 1 etat. Ponadto potwierdzam, że zapoznałem się z całą dokumentacją przetargu na pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem kontraktem pn.: „Budowa drogi wojewódzkiej klasy technicznej „G" - Trasa Górna III od km -0+059.45 do km 5+712.25" realizowanego w ramach zadania „Budowa dojazdu do węzła na autostradzie A1 - budowa III Etapu Trasy Górna" wraz z zapewnieniem obsługi laboratoryjnej dla realizowanej inwestycji (...)". Analogiczne zobowiązanie złożył Inspektor ds. rozliczeń, z tym, że wynagrodzenie zostało wskazane w wysokości 5 000,00 zł brutto/Miesiąc x 1 etat. W przypadku pozostałych inspektorów wyglądało to następująco:

- Inspektor nadzoru robót drogowych - wynagrodzenie w wysokości: 6 000,00 zł brutto/Miesiąc x 0,5 etatu;
- Inspektor nadzoru robót mostowych - wynagrodzenie w wysokości: 6 000,00 zł brutto/Miesiąc x 0,125 etatu;
- Inspektor nadzoru robót elektrycznych - wynagrodzenie w wysokości: 6 000,00 zł brutto/Miesiąc x 0,1 etatu;
- Inspektor nadzoru robót teletechnicznych - wynagrodzenie w wysokości: 6 000,00 zł brutto/Miesiąc x 0,075 etatu;
- Inspektor nadzoru robót wod. - kan. oraz gazowych - wynagrodzenie w wysokości:

6 000,00 zł brutto/Miesiąc x 0,1 etatu;

- Inspektor ds. geodezji - wynagrodzenie w wysokości: 6 000,00 zł brutto/Miesiąc x

0,25 etatu;

- Inspektor ds. zieleni - wynagrodzenie w wysokości: 6 000,00 zł brutto/Miesiąc x 0,075 etatu;
- Inspektor ds. materiałowych - technolog - wynagrodzenie w wysokości: 6 000,00 zł brutto/Miesiąc x 0,125 etatu.

W dniu 23 sierpnia 2021 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Dnia 2 września 2021 roku wykonawca Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. z siedzibą w Łodzi złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odtajnienia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny Odwołującego.

W dniu 25 października 2021 roku Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok o sygn. akt KIO 2600/21, w którym uwzględniła odwołanie i nakazała ZIM unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i udostępnienie w postępowaniu w pełnym zakresie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym załączników, to jest

kalkulacji ceny wraz z dowodami.

Realizując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający w dniu 15 listopada 2021 roku dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast w dniu 16 listopada 2021 roku ZIM ponownie dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniej-

szej.

Pismem z dnia 22 listopada 2021 roku jeden z wykonawców biorących udział w postępowaniu tj. BAUMARK Sp. z o.o. złożył do Zamawiającego skargę na czynność wyboru oferty w postępowaniu nr ZIM-DZ.2621.29.2020 w trybie art. 181 starej ustawy Pzp. BAUMARK Sp. z o.o. wskazała na okoliczności sprawy, które stały się powodem do dalszych działań ZIM. W przedmiotowym piśmie wykonawca ten rozłożył na czynniki pierwsze kalkulację ceny Odwołującego, zauważył w niej szereg nieprawidłowości i jednoznacznie opowiedział się za twierdzeniem, że cena BICO jest w istocie rażąco niska.

W wyniku złożonej skargi, o której mowa powyżej, Zamawiający w dniu 25 listopada 2021 roku poinformował o unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Dnia 2 grudnia 2021 roku Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 starej ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 starej ustawy Pzp wezwał BICO do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

- Rozbieżności pomiędzy złożonymi wyjaśnieniami z dnia 19 maja 2021 roku a wykazem osób skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia z dnia 19 lipca 2021 roku złożonym w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp;

- Wyjaśnienie, które laboratorium będzie wykonywało badania w ramach zapewnionej w „zobowiązaniu obsługi laboratoryjnej" przedłożonym przez DAR-JAR Nadzory Budowlane i Budownictwo D. J., stosownie do wymagań określonych w SIWZ (wzór umowy - par. 4 ust. 33 i kolejne);

- Odniesienie się do zaoferowanych cen i wynagrodzenia poszczególnych inspektorów robót oraz innych zarzutów podniesionych w otrzymanej przez Zamawiającego skardze na czynności wyboru oferty w postępowaniu nr ZIM-DZ.2621.29.2020, zgodnie z zakresem wynikającym z załączonej do niniejszego pisma treści skargi.

W dniu 7 grudnia 2021 roku Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że przedstawiona przez niego wycena usług inspektorów nadzoru w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 19 maja 2021 roku jest rynkowa, ponieważ wykonawca wykazał, że osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje zgadzają się pracować za tak określoną cenę. W konsekwencji - w ocenie BICO - przyjęta kalkulacja jest realna i rynkowa. Ostatecznie jednak Odwołujący zdecydował się skierować do realizacji zamówienia w zakresie niektórych funkcji nieco inne osoby. W celu uniknięcia wątpliwości BICO przedstawił również zobowiązania tych osób do wykonania przedmiotu zamówienia za określone ceny. Ponadto Odwołujący wskazał, że w ramach zapewnionej w zobowiązaniu obsługi laboratoryjnej przedłożonej przez DAR-JAR Nadzory Budowlane i Budownictwo D. J. badania laboratoryjne przeprowadzi laboratorium prowadzone przez Biuro Inżynierii Lądowej „ANALIZER". Na potwierdzenie BICO załączył odpowiednie oświadczenie. Odwołujący odniósł się również do wyliczeń BAUMARK Sp. z o.o. w zakresie kosztu jednej wizyty oraz wątpliwości dotyczących Inżyniera Kontraktu, Inspektora nadzoru robót drogowych oraz Inspektora ds. rozliczeń.

Pismem z dnia 22 grudnia 2021 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 starej ustawy Pzp odrzucił ofertę BICO. Zamawiający wskazał, że na skutek złożonej skargi, dokonał ponownej analizy złożonych wyjaśnień z dnia 19 maja 2021 roku oraz z dnia 7 grudnia 2021 roku i uznał, że przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia nie potwierdzają, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający dokonał własnej kalkulacji ceny oferty BICO zwracając uwagę na następujące okoliczności:

- Odwołujący skalkulował zbyt niskie wynagrodzenie poszczególnych inspektorów, z wyłączeniem wynagrodzenia Inspektora ds. rozliczeń, które zostało uznane za rynkowe;

- Odwołujący nie skalkulował kosztów związanych z dojazdem poszczególnych inspektorów na teren budowy, delegacją, wynajmem mieszkania;

- Odwołujący nie skalkulował kosztów ubezpieczenia OC oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kosztów telefonów, obsługi biura Inżyniera, wytworzenia dokumentów Inżyniera i tych podobnych;

- Odwołujący nie doliczył kosztów pracodawcy, jakie ponosi z tytułu zatrudnienia na

umowę o pracę.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny za nierzetelne, niewyczerpujące i nieuzasadniające ceny podanej w ofercie. Odwołujący nie wykazał Zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie BICO.

Należy wskazać, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. W wyroku z dnia 20 kwietnia 2017 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 681/17 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „(...) Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (.)" (por. wyrok KIO z dnia 20 lutego 2019 roku o sygn. akt KIO 190/19).

Izba podkreśla, że ciężar dowodu w sprawie rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (90 ust. 2 starej ustawy Pzp). To wykonawca w wyjaśnieniach zobowiązany jest wykazać, że zaproponowana cena lub koszt nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 roku (sygn. akt V Ca 2214/06, niepubl.), nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem sądu intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu instytucji wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia wyjaśnień (por. m.in.: wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 roku o sygn. akt KIO 722/16, wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 roku o sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 roku o sygn. akt VI Ca 464/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. o sygn. akt X Ga 127/08). Konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską ma miejsce także w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 roku o sygn. akt XXIII Ga 1293/14).

Izba po analizie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny uznała, że nie są one wystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest realna. Przede wszystkim wskazać należy, że w okolicznościach niniejszej sprawy głównym problemem wyjaśnień rażąco niskiej ceny było podanie przez Odwołującego pozornie rynkowych wynagrodzeń poszczególnych inspektorów oraz twierdzenie, że koszty paliwa i dojazdu nie obciążają budżetu kontraktu, gdyż są w całości przeniesione w ciężar obowiązków zatrudnionych inspektorów. Wykonawca BICO nie udowodnił również powiązania wskazanych inspektorów z innymi budowami, co niwelowałoby koszty dojazdu, ewentualnych delegacji i noclegów. Ponadto zasadnym jest podkreślenie, że z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączonych do nich dowodów w postaci zobowiązań poszczególnych inspektorów nie wynika w sposób jednoznaczny, na podstawie jakich konkretnie umów specjaliści będą pełnili określoną funkcję, co również budziło wątpliwości Zamawiającego.

Należy zauważyć, że w wyjaśnieniach z dnia 19 maja 2021 roku BICO wskazał, co następuje: „(...) Jednocześnie wyjaśniamy, że zadanie będące przedmiotem zamówienia wyceniliśmy biorąc pod uwagę szczególnie sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla oferenta czyli miejsce zamieszkania inspektorów, w związku z czym koszty paliwa i dojazdu nie obciążają budżetu kontraktu, gdyż są w całości przeniesione w ciężar obowiązków zatrudnionych inspektorów (...)". Jak trafnie wskazał Zamawiający oraz Przystępujący, z przywołanej części pierwotnych wyjaśnień należałoby wywnioskować, że miejscem zamieszkania wszystkich osób realizujących zamówienie jest miasto Łódź, czemu

przeczy treść przekazanych przez Odwołującego zobowiązań inspektorów, gdzie wskazany jest dokładny adres każdego z nich.

Odwołujący podczas rozprawy przedłożył nowe zobowiązania inspektorów wskazanych w wykazie osób do realizacji zamówienia (datowane na dzień 21 stycznia 2022 roku) na okoliczność ustalenia, że Odwołujący nie musiał kalkulować kosztów dojazdu i zakwaterowania poszczególnych specjalistów w budżecie kontraktu, gdyż koszty w tym zakresie mieszczą się w wynagrodzeniu jakie otrzymają poszczególni specjaliści oraz, iż miejscem ich pracy jest miasto Łódź. BICO wskazał, że adresy zawarte w zobowiązaniach nie są adresami zamieszkania tych osób, a jedynie adresami do doręczeń. Odwołujący stwierdził, że poszczególni specjaliści będą zamieszkiwać w Łodzi jak to zostało wskazane w treści oświadczeń. W treści przedmiotowych zobowiązań znajduje się następujący fragment: „(.) Dodatkowo, w nawiązaniu do oświadczenia z dnia 18 maja 2021 roku potwierdzam, że od początku ustalenia były takie, że samodzielnie pokryje koszty dojazdu i zakwaterowania w miejscu realizacji inwestycji. Koszty te od początku zostały wliczone w wynagrodzenie, które otrzymam. Generalny Wykonawca nie poniesie żadnych dodatkowych kosztów związanych z moim udziałem przy inwestycji takich jak diety czy świadczenia rozłąkowe. Ponadto, w łączącej mnie umowie jako miejsce pracy wpisane będzie miasto Łódź (.)" (dot. inspektora ds. rozliczeń). Izba oceniła wskazane dowody jako spóźnione. Trafnie bowiem zauważył Zamawiający, że oświadczenia inspektów były już składane i uzupełniane, a jednak nie zostały w nich zawarte informacje, które znajdują się w kolejnych zobowiązaniach, a zatem należy je uznać za spóźnione. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący zawarł te informacje w poprzednio składanych zobowiązaniach tym bardziej, że w zakresie kalkulacji kosztów dojazdu i kosztów zamieszkania wyjaśnienia składał już w maju w odpowiedzi na pierwsze wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze ma na celu kontrolę poprawności działań i ewentualnych zaniechań Zamawiającego. Dowody składane w toku postępowania odwoławczego, którymi Zamawiający nie dysponował, oceniając prawidłowość kalkulacji cenowej wykonawcy, nie wchodzą w zakres podstawy do dokonywania czynności przez Zamawiającego. Trudno byłoby mówić o realnej możliwości zachowania zasad zamówień publicznych, gdyby wykonawca dopiero przez Izbą, wbrew obowiązkom ustawowym, wykazywał, jak jego cena została skalkulowana i przedstawiał dowody, które miał obowiązek przedstawić w postępowaniu przed Zamawiającym. Należy podkreślić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ciężar dowodu wykazania realności ceny spoczywa na wykonawcy, którego wezwano do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, oceniając działania i zaniechania zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza weryfikuje prawidłowość jego czynności na podstawie dokumentacji, którą Zamawiający posiadał, oceniając realność ceny. Dodatkowe dowody i okoliczności, na które powołuje się wykonawca dopiero na etapie rozprawy należy uznać jako niestanowiące podstawy do podejmowania czynności przez Zamawiającego i nie mogą one stanowić substytutu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 1a starej ustawy Pzp. Spóźniona próba wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska będzie zatem uznana za bezskuteczną. Wobec powyższego należało przyjąć, że kolejne zobowiązania składane przez Odwołującego na rozprawie są spóźnione (por. wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2019 roku o sygn. akt KIO 2332/19 oraz wyrok KIO z dnia 6 listopada 2020 roku o sygn. akt KIO 2687/20).

Mając na uwadze powyższe Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż twierdzenie Odwołującego o korzystnym położeniu miejsca zamieszkania inspektorów nadzoru względem inwestycji jest fikcyjne i zostało przywołane jedynie w celu wywołania nierealnego wyobrażenia o wyjątkowo korzystnych czynnikach pozwalających skalkulować cenę na niskim poziomie. Dodatkowo rację należy przyznać Przystępującemu, który zauważył, że zapewnienia w zakresie ponoszenia kosztów dojazdów przerzuconych na poszczególnych specjalistów na mocy umów cywilnoprawnych i w kontekście miejsc zamieszkania tych osób, przy zastosowaniu choćby wyłącznie zasad logiki i doświadczenia życiowego, wydają się pozbawione sensu i niewiarygodne.

Ponadto uzasadnione wydają się wątpliwości Zamawiającego w zakresie realności kosztów obsługi laboratoryjnej wobec braku wykazania przez Odwołującego w jaki sposób na kwotę 100 000,00 zł składa się usługa p. D. J., który zobowiązał się zapewnić obsługę laboratoryjną na kontrakcie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a jaki procent tej kwoty stanowią koszty Biura Inżynierii Lądowej „ANALIZER", które z kolei zobowiązało się zapewnić laboratorium oraz obsługę laboratoryjną na kontrakcie dla firmy DAR-JAR Nadzory Budowlane i Budownictwo D. J. w ramach usługi realizowanej przez Odwołującego. BICO nie wykazał, w jaki sposób uniknął kosztów badań i nie poparł tego dowodami, a jedynie załączył kolejne zobowiązanie Biura Inżynierii Lądowej „ANALIZER", z której w żaden sposób nie wynika, czy koszty w wysokości 100 000,00 zł uwzględniają wynagrodzenie dla wskazanego biura i w jakiej są one wysokości.

Zdaniem Izby Zamawiający po dokonaniu oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniach 19 maja 2021 roku oraz 7 grudnia 2021 roku, prawidłowo stwierdził, że ofer-

ta Odwołującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 starej ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 starej ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny Izba wskazuje, że nie zasługuje on na uwzględnienie. Należy zauważyć, że Zamawiający w dniu 14 maja 2021 roku wezwał BICO w trybie art. 90 ust. 1 starej ustawy Pzp w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie to wskazywało, jakie dokładnie elementy Odwołujący winien wyjaśnić oraz udowodnić. W dniu 19 maja 2021 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacją oraz dowodami. Następnie w wyniku skargi złożonej w trybie art. 181 starej ustawy Pzp ZIM z uwagi na dostrzeżone niespójności w treści pierwotnych wyjaśnień pismem z dnia 2 grudnia 2021 roku wezwał BICO do kolejnych wyjaśnień. W treści wezwania Zamawiający dokładnie wskazał jakie elementy budzą jego wątpliwości oraz jakie elementy kalkulacji winny być wyjaśnione (i poparte dokumentami).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie ma już obowiązku wzywać Odwołującego po raz trzeci do złożenia wyjaśnień.

Kolejne nieuzasadnione wezwanie do wyjaśnienia elementów cenotwórczych i przejęcie inicjatywy dowodowej przez Zamawiającego byłoby bowiem naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania przez wykonawców. Izba wskazuje, że to na wykonawcy BICO ciążył obowiązek przekonania ZIM, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, czego pomimo dodatkowego wezwania nie uczynił.

Ponadto odnosząc się do kwestii dopuszczalności powtórnego wezwania do wyjaśnień Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym jest ono dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia. W ocenie Izby nie można natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne, nierzetelne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie (por. wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2017 roku o sygn. akt KIO 686/17).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 nowej ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 roku poz. 2437), rozstrzygając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....