Sygn. akt: KIO 117/22

WYROK

z dnia 8 lutego 2022 r.

w składzie:
Krajowa Izba Odwoławcza

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Maksym Smorczewski

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez wykonawcę CertusVia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze

przy udziale wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 117/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i:

a) nakazuje Zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie części nr 2 i nr 7,

b) nakazuje Zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy CertusVia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie części nr 2 i nr 7,

c) nakazuje Zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze dalsze prowadzenie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w trybie przepisu art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zm.) w odniesieniu do cen dotyczących nadzoru autorskiego w zakresie części nr 2 i nr 7,

d) nakazuje Zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze dokonanie ponownego badania i oceny

ofert w zakresie części nr 2 i nr 7,

2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 6 dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.), zwanej w tym punkcie sentencji ustawą PZP w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i niezasadne przejęcie, że informacje zastrzeżone przez Multiconsult sp. z o.o. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez tego wykonawcę, a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia naczelnej zasady zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania oraz pozbawiło możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez Multiconsult (zarzut dotyczy Części 2 i Części 7 zamówienia),

3. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CertusVia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze na rzecz wykonawcy CertusVia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złoty zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 wraz 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.....

KIO 117/22

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Opracowanie dokumentacji technicznej w podziale na 7 części: część nr 1: Przebudowa obwodnicy Żar na drodze krajowej nr 12, część nr 2: Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Strzelce Krajeńskie — granica województwa, część nr 3: Przebudowa drogi krajowej nr 27 na odcinku Wilkanowo — Zielona Góra, część nr 4: Rozbudowa drogi krajowej nr 27 na odcinku Świdnica _ Wilkanowo, część nr 5: Rozbudowa drogi krajowej nr 27 na odcinku węzeł Żary — Żary, część nr 6: Rozbudowa drogi krajowej nr 27 na odcinku Żary Nowogród Bobrzański, część nr 7: Rozbudowa drogi krajowej nr 27 na odcinku Nowogród Bobrzański — Świdnica, nr O.ZG.D-3.2413.18.2020.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 28 grudnia 2020 r. Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 252-636507.

W dniu 5 stycznia 2022 r. Odwołujący: CertusVia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie powziął informację o dokonaniu przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 17

stycznia 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 90 ust. 3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej jako PZP lub ustawa Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie potwierdzają, że oferta CertusVia nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy złożone wyjaśnienia ceny wraz z dowodami stanowią potwierdzenie realności i rzetelności wyceny ofertowej, a Odwołujący wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec czego Zamawiający nie był uprawiony do odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty z rażąco niską ceną (zarzut dotyczy Części 2 i Części 7 zamówienia);

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i nieuprawnione odrzucenie oferty CertusVia Sp. z o.o., pomimo że złożone wyjaśnienia ceny wraz z dowodami stanowią potwierdzenie realności i rzetelności wyceny ofertowej, czym samym Odwołujący wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec czego

Zamawiający nie był uprawiony do odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty z rażąco niską ceną (zarzut dotyczy Części 2 i Części 7 zamówienia);

3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego nie z uwagi na rażącą niską cenę całej oferty, lecz wątpliwości co do składnika ceny ofertowej (zarzut dotyczy Części 2 i Części 7 zamówienia);

4) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 3 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie przedstawienia pełnego, szczegółowego i konkretnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty CertusVia Sp. z o.o. (zarzut dotyczy Części 2 i Części 7 zamówienia);

5) naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie wezwania CertusVia Sp. z o.o. do doprecyzowania, ewentualnie dodatkowych wyjaśnień w odniesieniu do złożonych w Postępowaniu wyjaśnień i kontynuowania procedury wyjaśnień ceny oferty (zarzut dotyczy Części 2 i Części 7 zamówienia);

6) naruszenie art. 8 ust. 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i niezasadne przejęcie, że informacje zastrzeżone przez Multiconsult Sp. z o.o. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez tego wykonawcę, a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia naczelnej zasady zamówień publicznych, tj. zasady jawności postepowania oraz pozbawiło możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez Multiconsult (zarzut dotyczy Części 2 i Części 7 zamówienia);

7) naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji "bór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu w Części 2 oraz Części 7 (zarzut dotyczy Części 2 i Części 7 zamówienia).

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 5 stycznia 2022 r. w zakresie Części 2 i Części 7 Postępowania;

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 5 stycznia 2022 r. dot. odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania w zakresie Części 2 i Części 7;

4) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w piśmie Multiconsult Sp. z o.o. z dnia 6 sierpnia 2021 r.;

5) wezwanie wykonawcy CertusVia Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 PZP do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub jej części składowych;

6) powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w Części 2 i Części 7 postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w dniu 23 lipca 2021 r., działając na postawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 PZP zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty w Częściach: 2, 5, 7.

Odwołujący wskazał, że dnia 26 lipca 2021 r. odpowiedział na powyższe wezwanie składając stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami, potwierdzającymi realność i rzetelność zaoferowanej ceny.

Następnie Zamawiający, wezwaniem z dnia 23 września 2021 r. zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty w Częściach: 1, 4, 5.

W związku z tym Odwołujący oświadczył, że odpowiadając na powyższe w piśmie z dnia 13 września 2021 r. przedstawił szczegółowe wyjaśnienia oraz dowody, wskazujące na czynniki umożliwiające mu należyte wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę.

Zaznaczył, iż przesłanką do wezwania Odwołującego do wyjaśniania ceny oferty Częściach: 2, 5, 7, był fakt, iż zaoferowana przez Odwołującego cena jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług.

Podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1) PZP w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zauważył, iż za takie okoliczności oczywiste Zamawiający winien uznać, iż zaoferowana przez Odwołującego cena nie odbiega znacząco od cen innych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wnosi na Część 2: 5 464 870,50 zł brutto, a na Część 7: 1 676 125,92 zł brutto. Zamawiający natomiast zgodnie z informacją dotycząca kwoty, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z dnia 8 lutego 2021 r. zamierzał przeznaczyć 8 846 150,00 PLN (brutto) na Część 2 oraz kwotę 5 264 593,00 PLN (brutto) na Część 7. Oznacza - zdaniem Odwołującego, iż szacunek Zamawiającego jest w znaczny sposób zawyżony.

Podkreślił przy tym, iż wezwanie z 90 ust. 1a pkt 1) PZP nie ma charakteru bezwzględnego - Zamawiający może zadecydować o odstąpieniu od obowiązku wzywania w sytuacji, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (tak m.in.: KIO w wyroku z dnia 8 września 2021 r., sygn. akt KIO 2031/21 oraz KIO w wyroku z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt KIO 2202/21).

Według Odwołującego - przesłanką do odstąpienia od wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest w szczególności sytuacja, w której wartość szacunkowa powiększona o VAT jest wyraźnie zawyżona w stosunku do cen złożonych ofert, wskutek czego oferty te okazują się mieć ceny niższe o co najmniej 30% od tejże wartości. Wówczas ziszczenie się przesłanki dotyczącej wskaźnika 30%, wynika z niedostosowania wartości szacunkowej zamówienia lub cen niektórych ofert do realiów rynkowych (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 17 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1612/21).

Powołując się na powyższe stwierdził, iż Zamawiający w ogólne nie był zobowiązany do wezwania do wyjaśnień Odwołującego z uwagi na wyraźnie zawyżoną wartość zamówienia w stosunku do cen złożonych ofert.

Podkreślił przy tym, iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest niższa jedynie o 7,5 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert na Część 2 zamówienia. Natomiast kwota zaoferowana przez Spółkę na Część 7 zamówienia jest wyższa od średniej

arytmetycznej cen ofert złożonych na tą część postępowania o 1 259 084,58 zł. Z powyższego wynika, iż nastąpiło przeszacowanie wartości zamówienia w stosunku do jego wartości rynkowej.

W ocenie Odwołującego - zaoferowana przez niego cena, zarówno na Część 2, jak i Część 7 zamówienia jest ceną konkurencyjną, nie odbierającą od cen innych wykonawców, starających się o udzielenie niniejszego zamówienia, a to odniesienie do pozostałych ofert, ich rankingu i średniej arytmetycznej wartości złożonych ofert jest rzeczywistym wyznacznikiem prawidłowej wyceny Odwołującego w odniesieniu do aktualnych cen na rynku.

Niezależnie od powyższego wskazał, iż wyjaśnienia oraz przedstawione dowody przez Odwołującego w dniu 26 lipca 2021 r. wykazały, iż zaoferowana cena jest ceną rynkową pozwalającą na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący w wyjaśnianiach wskazał na konkretne elementy pozwalające na obniżenie ceny w stosunku

do konkurencji.

Przekonywał, że wyjaśniania z dnia 26 lipca 2021 r. są konkretne, wyczerpujące oraz zawierają oczekiwane przez Zamawiającego informacje, a także cały zestaw dowodów (łącznie 15 załączników).

Odwołujący zadeklarował, że przed złożeniem oferty zapoznał się z dokumentacją zamówienia oraz wszystkimi elementami wpływającymi na jego zamówienia oraz oszacował cenę oferty, z uwzględnieniem wszystkich czynników cenotwórczych.

Podniósł, że zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r., kluczowym elementem wyjaśnień ceny było przekazanie szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych:

1) w zakresie Części nr 2:

a) 3.2 Materiały do zatwierdzenia linii rozgraniczających pasa drogowego,

b) 3-3 Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna związana z nabywaniem nieruchomości (dokumentacja przygotowana odrębnie dla każdej działki) wersja robocza, do uzgodnienia z Zamawiającym przed złożeniem do PODGiK,

c) 3-4 Inwentaryzacja przyrodnicza,

d) 5.1 Dokumentacja geologiczno inżynierska i Dokumentacja hydrogeologiczna

(Zgodnie z wyceną TABELA A — poz. 8),

e) 6.4 Materiały do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (inne niż wyspecyfikowane powyżej) wraz z przygotowaniem wniosku o

ZRID,

f) 11.1 Nadzór autorski,

2) w zakresie Części nr 7:

a) 3-3 Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna związana z nabywaniem nieruchomości (dokumentacja przygotowana odrębnie dla każdej działki) wersja robocza, do uzgodnienia z Zamawiającym, przed złożeniem do PODGiK,

b) 3-5 Karta informacyjna przedsięwzięcia (KIP) + wniosek o DUŚ z pozostałymi załącznikami,

c) 6.1. Projekt Budowlany,

d) 11.1 Nadzór autorski.

Odwołujący argumentował, że w celu jednoznacznego potwierdzenia spełnienia oczekiwań Zamawiającego załączył do wyjaśnień Tabele ze szczegółową analizą kosztów (3

Tabele - oddzielnie dla każdej z Części: 2, 5, 7), uwzględniające m. in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty (t.j. paliwo, transport, ubezpieczenie, szkolenia BHP, zakwaterowane), a także zakładany zysk. Załączone Tabele zawierają szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych wszystkich pozycji, których wymagał Zamawiający w wezwaniu w odniesieniu do odpowiednich Części.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w wyjaśnianiach przedstawił oszczędne metody wykonania zamówienia którymi dysponuje, jak również rozwiązania techniczne umożliwiające należyte wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący wskazał również, iż koszty pracy zostały skalkulowane w oparciu o wyższe stawki niż wynikające z minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej.

Zgodnie z powyższym zaznaczył, iż przedstawione wyjaśnienia Odwołującego czynią zadość wszystkim wymaganiom Zamawiającego wskazanym w wezwaniu. W szczególności Wykonawca przedstawił Tabelę ze szczegółową analizą kosztów z należytą starannością, uwzględniając wszystkie elementy cenowe składające się na wskazane kwoty. Stwierdzić również należy, że złożone wyjaśnienia potwierdzają poziom wyceny prac projektowych i zawierają dedykowane na potrzeby przedmiotowego postępowania oferty różnych podmiotów. Oferty te skierowane są bezpośrednio do Odwołującego, są dedykowane dla tego konkretnego przedmiotu zamówienia, co świadczy realności zaoferowanych cen. Powyższe potwierdza, iż Wykonawca z należytą starannością wziął pod uwagę wszystkie czynniki mające wpływ na należytą realizację niniejszego zamówienia oraz zaoferował cenę gwarantującą wykonanie zadania na najwyższym poziomie. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, uznać należy, że złożone wyjaśnienia ceny wraz z dowodami stanowią wykazanie, że cena ofertowa nie ma znamion rażąco niskiej.

Podniósł, iż art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 PZP nakazuje odrzucić ofertę z ceną rażąco niską, nie zaś rażąco niską wielkością elementu tej ceny. Natomiast w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (Część 2, Część 6, Część 7) wskazano, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w Części 2 oraz Części 7 był jeden element ceny — nadzór autorski.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 4 lit a) — b) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 poz. 2351 z późn. zm.) w ramach nadzoru autorskiego projektant jest zobowiązany do:

a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem,

b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Stwierdził przy tym, że doświadczenia Odwołującego w sprawowaniu nadzoru autorskiego uzasadniają jednak przekonanie, że konieczność czynnego sprawowania nadzoru autorskiego może w ogóle nie zaistnieć. W szczególności w sytuacji, gdy projekt budowlany został opracowany z należytą starannością, w sposób zgodny z przepisami prawa oraz ustaleniami poczynionymi z zamawiającym.

Dlatego też - zdaniem Odwołującego - jako profesjonalna firma świadcząca od lat usługi projektowania wraz z nadzorem autorskim, dysponująca profesjonalną kadrą z odpowiednim doświadczeniem oraz uprawnieniami, przyjmując wysoki standard wykonania przedmiotu zamówienia, przewidziała, że spółka nie będzie miała dużo pracy przy nadzorze autorskim w wyniku nieścisłości dokumentacji oraz błędów projektowych. Zatem

zaoferowana kwota na nadzór autorski jest kwotą realną, pozwalającą Odwołującemu osiągnąć zysk, co zostało wykazane w Tabelach ze szczegółową analizą kosztów, załączonych do wyjaśnień.

Przekonywał, że o zasadności zaoferowanej kwoty za nadzór autorski świadczy również fakt, iż Zamawiający nie wymagał aby pełnienie nadzoru autorskiego przez dodatkową osobę z branży drogowej, mostowej lub geotechnicznej odbywała się przy udziale osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, a sam udział tych osób, w realizacji umowy, uzależniony jest od jednostronnej decyzji Wykonawcy, dlatego też CertusVia oszacował koszty nadzoru autorskiego korzystając z różnych form zatrudnienia personelu projektowego oraz podwykonawców. Kwoty określone w oszacowaniu zostały potwierdzone w przedstawionych ofertach podwykonawców, załączonych do wyjaśnień. Koszt ten został wliczony w cenę projektu. Wyjaśnienia załączone do części 2,4 i 5 wskazują dalej na roboczogodziny projektantów z uwzględnieniem kosztów dojazdów (tzw. kilometrówka). Ponadto wskazana kwota wynagrodzenia za nadzór autorski została zadeklarowana jako średniomiesięczna, kalkulacyjnie dostosowana do przewidywanego okresu trwania procedury przetargowej na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych oraz realizacji samych robót budowlanych.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia w propozycji Warunków Umowy § 8 (Nadzór Autorski) ust. 8 wskazał, iż w przypadku wykonania opracowań zamiennych i uzupełniających spowodowanych koniecznością skorygowania dokumentacji na skutek okoliczności nie leżących po stronie Wykonawcy, innych niż określone w ust. 6, Wykonawca zobowiązuje się do ich opracowania na koszt Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie prawo zlecenia ich wykonania innemu projektantowi.

W związku z tym każda dodatkowa zmiana dokumentacji projektowej wynikająca z innych warunków niż błąd projektowy będzie. dodatkowo płatna przez Zamawiającego. Przez co Wykonawca nie musiał wkalkulowywać możliwości zaistnienia powyższych zmian w cenę nadzoru autorskiego, co przesądziło o możliwości zaoferowania atrakcyjnej, aczkolwiek realnej ceny w tej pozycji.

Niezależnie od powyższego dostrzegł w niniejszym postępowaniu brak konsekwencji Zamawiającego przy uznaniu, że cena cząstkowa za nadzór autorski przemawia w ocenie Zamawiającego za uznaniem ceny rażąco niskiej całej oferty. Z treści Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie wynika aby cena nadzoru autorskiego budziła wątpliwości w odniesieniu do zadania 1 i 5, gdzie przedstawiona cena jest zbliżona.

Następnie podniósł fakt, iż nadzór autorski nie jest elementem na tyle istotnym przedmiotowego zamówienia, aby wątpliwości Zamawiającego co do poprawności jego kalkulacji determinował obowiązek odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską.

Niezależnie od powyższego wskazał, że w sytuacji, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości co do kalkulacji danego elementu zamówienia, jest uprawniony do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w budzącym wątpliwości zakresie. Ewentualne ponowne wezwanie w przedmiotowej sprawie byłoby zasadne wobec staranności, jaką wykazał Odwołujący przy składaniu pierwotnych wyjaśnień w zakresie ceny, przedstawiając szczegółową kalkulację poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia oraz załączając stosowne dowody.

Podkreślić przy tym, że w następstwie wezwania złożył konkretne wyjaśnienia, jak i szczegółową kalkulację cen jednostkowych poszczególnych pozycji, czyniąc zadość treści wezwania Zamawiającego.

Według uznania Odwołującego przedstawił również stosowne dowody na potwierdzenie rynkowości zaoferowanych cen. Złożone wyjaśnienia nie zawierają również błędów - ani błędów obliczeniowych, ani związanych z podstawami wyceny zgodnie z dokumentacją zamówienia.

W związku z powyższym podkreślił, iż dołożył należytej staranności w złożeniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nie może być zatem mowy o przypadku, gdy wykonawca bagatelizuje wezwanie, składa wyjaśnienia lakoniczne, zdawkowe czy niezawierające koniecznych dowodów.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w sytuacji, gdy faktycznie złożone wyjaśnienia ceny budziły dodatkowe wątpliwości Zamawiającego czy też potrzebne byłoby dodatkowe uszczegółowienie złożonych wyjaśnień lub ich doprecyzowanie, działanie takie jest w pełni uzasadnione, możliwe i zgodne z PZP.

Wykonawca zauważył, że również w wyjaśnieniach z dnia 26 lipca 2021 r. potwierdził pełną gotowość złożenia wszelkich koniecznych ewentualnych dodatkowych dalszych wyjaśnień, jeśli tylko okazałyby się konieczne.

W ocenie Odwołującego, przepis art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP oraz art. 90 ust. 3 PZP należy jak każdy przepis sankcyjny dotyczący podstaw eliminacji wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne - wykładać w sposób ścisły, nie zaś rozszerzający.

Natomiast sankcja w postaci odrzucenia oferty, bez skierowania ponownego wezwania do

wyjaśnienia jej treści jest, w ustalonym stanie sprawy, zbyt wysoka.

Zdaniem Odwołującego - powyższe potwierdza również działanie Zamawiającego, który w dniu 23 września 2021 r. zwrócił się do niego o udzielenie wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty w Częściach: 1, 4, 5.

W przekonaniu Odwołującego niekonsekwentne jest zatem działanie Zamawiającego, który ponowienie wzywa spółkę do złożenia wyjaśnień w zakresie Części 5, żądając szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych w pozycji 7.1 Nadzór autorski, a jednocześnie odrzuca ofertę Odwołującego w Części 2 i 5 z powodu wątpliwości co do należytej kalkulacji ceny w zakresie poz. 11.1 Nadzór autorski.

Według Odwołującego - jeżeli Zamawiający uznał za zasadne ponowne wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia kwestii wyceny nadzoru autorskiego w Części 5, nie było przeciwwskazań, aby wezwać CertusVia do wyjaśnień w tożsamej kwestii również w Części 2 oraz Części 7, skoro jak przedstawił w Informacji o wyborze również powyższe budziło jego wątpliwości.

Podniósł również, iż Informacja o wyborze z dnia 5 stycznia 2022 r. (część 2, część 6, część 7) nie zawiera pełnego, szczegółowego i konkretnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty CertusVia Sp. z o.o. w Części 2 oraz Części 7 zamówienia.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w zakresie pozycji 11.1 Nadzór autorski wskazał jedynie kwoty szacunkowe wg kalkulacji własnej w Tabeli ze szczegółową analizą kosztów, wskazując szacunkowy koszt 600 zł i 200 zł zysku. Przyjęte założenia nie zostały jednak poparte kalkulacją z uwzględnieniem elementów, o przedstawienie których został wezwany Wykonawca.

W związku z tym zarzucił, że Zamawiający nie wskazał, o jakie elementy konkretnie chodzi.

Zaznaczył przy tym, iż nie jest rolą Wykonawcy domyślać się, jakie inne ewentualne "elementy" mają zawierać wyjaśnienia. Natomiast na etapie po wniesieniu odwołania do Izby ewentualne uzupełnienia zarzutów, jak i uzasadnienia faktycznego czynności nie są dozwolone, bowiem wykonawca odnosi się w treści odwołania wyłącznie do tych podstaw odrzucenia, które powołał Zamawiający w decyzji.

W ocenie Odwołującego- treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty zawiera

szczątkowe uzasadnienie faktyczne i powyższe samo w sobie stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 PZP, który obliguje do przedstawienia konkretnego, jasnego oraz wyczerpującego uzasadnienia, zarówno faktycznego jak i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty. Brak precyzji zarzutu Zamawiającego uniemożliwia obecnie polemikę i ocenę zasadności zastrzeżenia.

Powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1903/21.

Podniósł również, iż Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, w żaden sposób nie wykazał, że przyjęte na potrzeby kalkulacji przez Odwołującego koszty nadzoru autorskiego są zaniżone czy też nierynkowe bądź nieracjonalne.

Mając na uwadze powyższe wskazał, iż w ustalonym stanie sprawy, sankcja w postaci odrzucenia oferty Odwołującego jest nieadekwatna i za wysoka, w szczególności, iż Zamawiający nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że Odwołujący zaoferował ceny rażąco niskie w Części 2 oraz Części 7 zamówienia.

Podsumowując wskazał, iż zaoferowane ceny na Część 2 oraz Część 7 nie można uznać za rażąco niskie, skoro:

1. nie odbiegają w znaczny sposób od cen zaproponowanych przez innych wykonawców, odpowiednio na Część 2 oraz Część 7 zamówienia, a wręcz cena zaoferowana na Część 2 zamówienia jest wyższa od kwoty wybranej oferty;

2. złożone wyjaśnienia i dowody stanowią wystarczający i adekwatny do treści wezwania środek wyjaśniający wycenę oferty;

3. oferta Odwołującego została skalkulowana w sposób rynkowy i pełny, a złożone wyjaśnienia obalają domniemanie rażąco niskiej ceny oferty;

4. w zaoferowanych przez Odwołującego cenach wliczono wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w SIWZ oraz wzorem umowy;

5. zaoferowane ceny nie są cenami symbolicznymi, ani cenami ukształtowanymi poniżej kosztów wykonania zamówienia, co.znalazło uzasadnienie w szczegółowych wyjaśnieniach ceny;

6. brak pewności Zamawiającego co do poprawności oszacowania jedynie nieistotnego elementu ceny jakim jest nadzór autorki nie przesądza o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej w ofercie;

7. uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest lakoniczne i gołosłowne, utrudniające polemikę z decyzją Zamawiającego;

8. Zamawiający, przypadku posiadania dalszych wątpliwości związanych z rażąco niską ceną, był uprawniony do skierowania ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, wobec czego uznanie ceny zaoferowanej przez Odwołującego za rażąco niską już na tym etapie jest co najmniej czynnością przedwczesną.

Zwrócił przy tym również uwagę na niekonsekwencje Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na Część 2 zamówienia w sytuacji, gdy wybrana oferta Multiconsult Polska Sp. z o.o. w Części 2 jest wyższa od kwoty zaoferowanej przez Odwołującego o 6 345,21 zł brutto. Samo to przesądza o fakcie, iż zaoferowana przez CertusVia cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, jako ceny niewiarygodnej, nierealnej, całkowicie oderwanej od realiów rynkowych. Wręcz przeciwnie wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny, w porównaniu do ceny konkurencji daje obraz jej rynkowości oraz gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Podniósł, że Wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. również został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie Części 2, 5, 6, 7 zamówienia. Odwołujący jednak nie miał możliwości zapoznania się z informacjami o kalkulacji ceny oferty, przedstawionymi przez Załączniku nr 1 do wyjaśnień, z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 21 stycznia 2022 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 31 stycznia 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie przetargowe zostały wszczęte w dniu 28 grudnia 2020 r., zaś postępowanie odwoławcze o powyższej sygnaturze zostało wszczęte wskutek wniesionego odwołania w dniu 17 stycznia 2022 r.

W związku z tym wymaga wskazania, że stosownie do art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. (tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.).

Natomiast w myśl przepisu art. 92 ust. 2 cytowanych wyżej przepisów intertemporalnych do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. (tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r.), zwanej dalej nową ustawą Pzp.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, wezwania Zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w części nr 2 i 7, odpowiedzi Odwołującego z dnia 26 lipca 2021 r. wraz z wyjaśnieniami i dowodami w części nr 2 i 7, wezwania Zamawiającego z dnia 3 września 2021 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w części nr 1, 4, 5, odpowiedzi Odwołującego z dnia 13 września 2021 r. wraz z wyjaśnieniami i dowodami w części nr 1, 4, 5, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego w części nr 2 i 7 z dnia 5 stycznia 2022 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 31 stycznia 2022 r., pisma procesowego

Przystępującego z dnia 31 stycznia 2022 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 1 lutego 2022 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 4), art.90 ust.1 i 3, art.91 ust.1, art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej starą ustawą Pzp.

Rozpoznając meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał

dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny w odniesieniu do nadzoru autorskiego.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została określona na kwotę brutto 8 846 150,00 zł w zakresie części nr 2 i kwotę brutto 5 264 593,00 zł w zakresie części nr 7.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa części nr 2 przedstawiała się następująco:

1) Odwołujący z zaoferowaną ceną 5 468 043,11 zł brutto,

2) Przystępujący z zaoferowaną ceną 5 461 697,90 zł brutto,

Nadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa części nr 7 przedstawiała się następująco:

1) Odwołujący z zaoferowaną ceną 2 935 210,50 zł brutto,

2) Przystępujący z zaoferowaną ceną 2 988 826,20 zł brutto,

3) SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji z zaoferowaną ceną 810 939,00 zł

brutto,

4) Gorzowska Inżynierska Firma Konsultingowa Interprojekt sp. z o.o. siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim z zaoferowaną ceną 1 910 436,00 zł brutto,

5) P. S. Zakład Projektowo Budowlany P.S. Projekt z zaoferowaną ceną 1 411 343,82 zł brutto.

Powyższe dane znajdują się w przekazanym do Izby wykazie wykonawców, którzy złożyli oferty, wraz z informacją w zakresie kryteriów oceny ofert, znak postępowania:

o.ZG.D-3.2413.18.2020.

Już powyższe zestawienia cenowe mogą pośrednio świadczyć o tym, że ceny z rynku w sposób istotny odbiegały od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej starej ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a.W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 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.

Z powołanych na wstępie przepisów prawa wynika zasada nakładająca na Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską ceną w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2.

Zgodnie z ustaleniami Izby powyższy 30% próg wartościowy został przekroczony.

Z powyższych względów Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a. pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 - zwanej dalej „ustawą PZP") pismem z dnia 23 lipca 2021 r. zwrócił się między innymi do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty.

Zamawiający wnosił o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W zakresie Części nr 2 Zamawiający poinformował Odwołującego, że cena jego oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Ponadto cena oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonego o należny podatek od towarów i usług.

Wskazał, że cena jego oferty wynosi: 5 468 043,11 zł, podczas gdy wartość zamówienia wraz z podatkiem VAT wynosi: 8 846 150,00 zł.

Zauważył również, że cena jego oferty jest niższa o 38,19 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W związku z powyższym prosił o przekazanie szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych niżej wymienionych pozycji:

- 3.2 Materiały do zatwierdzenia linii rozgraniczających pasa drogowego

- 3.3 Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna związana z nabywaniem nieruchomości (dokumentacja przygotowana odrębnie dla każdej działki) - wersja robocza, do uzgodnienia z Zamawiającym, przed złożeniem do PODGiK,

- 3.4 Inwentaryzacja przyrodnicza,

- 5.1 Dokumentacja geologiczno-inżynierska i Dokumentacja hydrogeologiczna (Zgodnie z wyceną TABELA A - poz.8),

- 6.4 Materiały do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (inne niż wyspecyfikowane powyżej) wraz z przygotowaniem wniosku o ZRID,

- 11.1 Nadzór Autorski.

W zakresie części nr 7 Zamawiający poinformował Odwołującego, że cena jego oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Ponadto cena oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonego o należny podatek od towarów i usług.

Wskazał, że cena jego oferty wynosi: 2 935 210,50 zł, podczas gdy wartość zamówienia wraz z podatkiem VAT wynosi: 5 264 593,00 zł.

Podniósł przy tym, że cena jego oferty jest niższa o 44,25 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W związku z powyższym prosił o przekazanie szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych niżej wymienionych pozycji:

- 3.3 Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna związana z nabywaniem nieruchomości (dokumentacja przygotowana odrębnie dla każdej działki)

- wersja robocza, do uzgodnienia z Zamawiającym, przed złożeniem do PODGiK -

3.5 Karta informacyjna przedsięwzięcia (KIP) + wniosek o DUŚ z pozostałymi załącznikami

- 6.1 Projekt Budowlany

- 11.1 Nadzór Autorski

Zamawiający wskazał, że szczegółowa kalkulacja powinna uwzględniać m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty (t.j. paliwo, transport, ubezpieczenia, szkolenia BHP, zakwaterowanie), a także zakładany zysk.

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);

- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

- wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; Ustawa Prawo zamówień publicznych — tekst jednolity;

- wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Kalkulacja musi potwierdzić, że wykonanie każdej pozycji uwzględnia wymagania określone w załączniku nr 2 b do OPZ.

Poinformował również, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na Wykonawcy, co oznacza, że wykonawca jeżeli nie zamierza narazić się na ryzyko odrzucenia oferty, nie może ograniczyć się w swoich wyjaśnieniach do ogólnikowych stwierdzeń o uwzględnieniu w wycenie wszystkich elementów oraz dochowaniu należytej staranności podczas ustalania kosztu realizacji zadania. Tak sformułowane wyjaśnienia, zgodnie z licznymi wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej, będą w konsekwencji prowadzić do odrzucenia oferty.

W następstwie tego wezwania Odwołujący pismem z dnia 26 lipca 2021 r. udzielił odpowiedzi Zamawiającemu załączając wyjaśnienia wraz z dowodami w części nr 2 i 7 zawierającymi cztery oferty z rynku oraz tabelę ze szczegółową analizą kosztów.

Nie uszło uwadze Izby, że podobne wezwanie Zamawiający skierował również do Odwołującego pismem z dnia 3 września 2021 r. w części nr 1, 4, 5 przy czym prosił on jedynie o przekazanie szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych pozycji 7.1 nadzór autorski w zakresie wszystkich powyższych części zamówienia.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący pismem z dnia 13 września 2021 r. załączył wyjaśnienia w części nr 1, 4, 5 wraz z tabelą ze szczegółową analizą kosztów, których to dowodów Zamawiający w przedmiotowym przetargu nie zakwestionował.

Ostatecznie Zamawiający w piśmie z dnia 5 stycznia 2021 r. odrzucił ofertę w zakresie części 2 i 7 wskazując, że Wykonawca nie wyjaśnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający poinformował, że Wykonawca został wezwany o udzielenie wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty w celu ustalenia czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca do wyznaczonego przez Zamawiającego terminu, złożył wyjaśnienia, jednak te w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają, że oferta na cz. 2 nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zwrócił uwagę, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w zakresie poz. 11.1 Nadzór autorski wskazał jedynie kwoty szacunkowe wg kalkulacji własnej w Tabeli ze szczegółową analizą kosztów, wskazując szacunkowy koszt 600 zł i 200 zł zysku.

Zdaniem Zamawiającego - przyjęte założenia nie zostały jednak poparte kalkulacją z uwzględnieniem elementów, o przedstawienie których został wezwany Wykonawca.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, wymaga wskazania, że stosownie do art.90 ust.3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Powyższy obowiązek nie ma jednak charakteru absolutnego, bowiem Zamawiający był związany dyspozycją przepisu art.90 ust.4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak sam Zamawiający przyznał sytuacja braku udzielenia wyjaśnień przez Odwołującego nie zaistniała, o czym napisał jak wyżej w piśmie o odrzuceniu odwołania, podczas gdy w odpowiedzi na odwołanie zaprzeczył tej okoliczności, co czyni twierdzenie Zamawiającego mało wiarygodnym.

Jednocześnie, w przekonaniu Izby - przeprowadzona przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami zaprezentowana w piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego była lakoniczna i powierzchowna. W istocie Zamawiający nie dociekał jaka cena w zakresie nadzoru autorskiego jest realna, a jaka taką ceną nie jest i dlaczego cenę w wysokości 800 zł za pobyt należy uznać za rażąco niską cenę.

Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił swoje stanowisko podnosząc, że zaoferowania przez Odwołującego cena za nadzór autorski „...nie opiera się na żadnych miarodajnych, ekonomicznych elementach, a Odwołujący nie ma żadnych dowodów na uzasadnienie podanej ceny.”.

Izba stwierdziła, że Zamawiający swoje przekonanie co do wystąpienia rażąco niskiej ceny oparł jedynie na doświadczeniu życiowym, podczas gdy przyznał na rozprawie, że wycenę prac nadzoru autorskiego można między innymi dokonać w oparciu Zasady wycen prac projektowych, które są publikowane przez Krajową Radę Biur Projektowych.

Przy czym, co istotne Zamawiający na gruncie SWZ nie wymagał od wykonawców sporządzenia oferty z ceną szacowaną zgodnie z powyższymi zasadami.

Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie podniósł, że „.kalkulacja winna uwzględniać m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty (t.j. paliwo, transport, ubezpieczenia, szkolenia BHP, zakwaterowanie), a także zakładany zysk.”, przy czym - w opinii Izby - jest znacząca różnica pomiędzy oczekiwaniem, aby wyjaśnienia podawały konkretnie wyrażone, powołane wyżej wartości tych kosztów, a przedstawieniem wartości ceny jednostkowej, która te koszty uwzględnia.

Zdaniem Izby - ze sformułowania „uwzględnia” wynikało wyraźnie, że zadeklarowana cena jednostkowa ma zawierać w sobie wyżej wskazane koszty, lecz nie oznaczało to obowiązku Odwołującego enumeratywnego wymienienia wartości tych kosztów.

Izba dostrzegła w zachowaniu Zamawiającego nieprawidłowości polegające na tym, że już w samym sformułowaniu wezwania z dnia 23 lipca 2021 r. żądanie odnosiło się do wielu pozycji kosztowych, co do których Odwołujący udzielił wyjaśnień i załączył dowody.

W ocenie Izby - Odwołujący złożył wyjaśnienia i załączył dowody referujące do wszystkich pozycji z wezwania Zamawiającego.

Jeżeli Zamawiający oczekiwał podania przez wykonawcę bardziej szczegółowych elementów składających się na cenę jednostkową nadzoru autorskiego, to powinien to wyraźnie wskazać w powyższym wezwaniu, czego zaniechał.

Nadto, analiza powyższych wyjaśnień Odwołującego wraz dowodami dotyczącymi części nr 1, 4, 5 stanowiła istotną informację dotyczącą sposobu szacowania przez Odwołującego kosztów nadzoru autorskiego, co powinno zmusić Zamawiającego do refleksji uzasadniającej uznanie realności zaproponowanej ceny w zakresie nadzoru autorskiego.

W razie jednak dalszych wątpliwości w spornym zakresie - w ocenie Izby - sytuacja ta powinna stanowić dla Zamawiającego asumpt do zbadania tego wątku cenowego poprzez skierowanie nowego wezwania precyzującego oczekiwanie Zamawiającego, co do wyliczenia tego składnika cenowego poprzez żądanie wskazania szczegółowych elementów kosztowych i ich wartości składających się na cenę 800 zł za pobyt z tytułu nadzoru

autorskiego.

Zdaniem Izby - rażąco niska cena przedstawia wartość nierzeczywistą, oderwaną od cen rynkowych, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zaś powyższe wyjaśnienia Odwołującego mogły doprowadzić Zamawiającego do uznania jej za cenę rynkową.

W szczególności okolicznością bezsporną było to, że wartość nadzorów autorskich w ramach powyższych części stanowiła jedynie około 1 % ceny całej oferty.

Ponadto, wskazane na wstępie rankingi cen ofert złożonych w tym postępowaniu mogą co najwyższej wskazywać na nierealność szacunku Zamawiającego lub drastyczny spadek cen usług podobnych.

Ostatecznie, oferta Przystępującego była najdroższa, chociaż różnica cenowa wobec oferty Odwołującego była znikoma, sięgająca kilku tysięcy złotych w skali kontraktu z ceną na poziomie kilku milionów złotych.

Niezależnie od powyższego stanowiska Izby, Zamawiający ma prawo do szczegółowego wyjaśnienia ceny jednostkowej, nie może jednak postępować w sposób formalny, licząc na to, że wykonawca zrealizuje jego ukryte intencje, a nie wyraźnie przez niego wyartykułowane uzasadnione oczekiwania.

Z powyższych przyczyn - Izba reprezentuje pogląd, że Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) dawnej ustawy Pzp, w myśl którego zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie, z powodu niedostatecznego wyjaśnienia ceny jednostkowej nadzoru autorskiego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, może on nadal kontynuować procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, tym razem wyraźnie określając w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny te elementy kosztowe w zakresie ceny nadzoru autorskiego, które Odwołujący będzie zobowiązany podać i udowodnić.

W tym względzie Izba podzieliła stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19, gdzie w wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. wyrażono pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości (podobnie wyrok z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1835/18, wyrok z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 776/19, wyrok z dnia 21 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1317/20, wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1566/20, KIO 1633/20, wyrok z dnia 23 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 291/21, wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21, wyrok z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 888/21, wyrok z dnia 24 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1404/21, wyrok z dnia 25 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3231/21).

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.92 ust.1 pkt 3 dawnej ustawy Pzp, z którego wynika, że Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, to - zdaniem Izby - Zamawiający ograniczył się jedynie to wskazania okoliczności faktycznych, jednak nie przedstawił jakiejkolwiek motywacji uzasadniającej, że zaoferowania cena nadzoru autorskiego na poziomie 800 zł jest nierealna i stanowi rażąco niską cenę.

W konsekwencji powyższego wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił z naruszeniem

art. 91 ust.1 dawnej ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....