Sygn. akt: KIO 1940/22

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2022 r. przez wykonawcę Agencja Inwestycyjna TERRA Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. K., ul. Botaniczna 24/3, 60-586 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Okręgowy w Radomiu, ul. M. J. Piłsudskiego 10, 26-600 Radom.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ZBM S.A., ZDI sp. z o.o., ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę Agencja Inwestycyjna TERRA Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. K. w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.1. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1940/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Okręgowy w Radomiu dot. postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego prowadzonego przez Sąd Okręgowy w Radomiu - Usługa zastępstwa

inwestycyjnego nad robotami budowlanymi (pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego wraz z kompleksowym nadzorem inwestorskim) dla zadania inwestycyjnego pn. „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Przysusze przy ul. 11 listopada, 26 - 400 Przysucha", znak zamówienia: ZP 226 - 6/21 Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 2021/S 206538101

Odwołujący: Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. w Poznaniu, wniósł odwołanie od czynności odrzuceniu oferty Odwołującego, dokonaniu oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust 6 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 przez ich bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, w której

oferta Wykonawcy nie zawierała rażąco niskiej ceny i była zgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, dokonanie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty bez uwzględnienia oferty Odwołującego się, w sytuacji, w której:

a) Wyjaśnienia Odwołującego nie dały podstaw do przyjęcia przez Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę, w szczególności, gdy wyjaśnienia Odwołującego:

- zawierały wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące kalkulacji kosztów dojazdu do inwestycji w Przysusze, w tym wyjaśnienia dotyczące braku konieczności kalkulowania kosztów dojazdu poprzez wyliczenie stawki zużycia paliwa przy uwzględnieniu dojazdu do inwestycji z Poznania konkretnymi środkami transportu oraz braku konieczności wyceny wynagrodzenia specjalistów podczas podróży służbowej;

- zawierały wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące kosztów obsługi administracji

inwestycji;

- nie zawierały sprzeczności pomiędzy informacjami zawartymi w kalkulacji kosztów i oświadczeniami specjalistów, a jednocześnie zawierały wycenę dyspozycyjności specjalistów wymaganych przez Zamawiającego na podstawie SWZ;

- nie dawały podstaw do przyjęcia, że brak jest wyjaśnień co obejmuje pozycja „obsługa dokumentowo-administracyjna" i pozycja „inne koszty (w tym koszty dojazdu)";

- nie dawały podstaw do przyjęcia, że odwoływanie się do doświadczenia Odwołującego stanowić ma jedyny dowód prawidłowej i realnej kalkulacji ceny oferty - to oświadczenie stanowi jedynie dodatkowe zapewnienie, niezależne od szczegółowych wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w toku postępowania.

b) Oferta Odwołującego się zawierała wskazanie pobytów specjalistów na budowie zgodne z postanowieniami SWZ oraz załącznikami, w szczególności:

• Zamawiający w żadnym z dokumentów nie wskazywał konkretnej liczby godzin ani dni, które poszczególni specjaliści mieliby przeznaczyć na pobyt na budowie, ale określał jedynie częstotliwość ich pobytów. Spełnienie tego warunku Zamawiający potwierdził w samym uzasadnieniu odrzucenia oferty, potwierdzając, że Odwołujący zapewnił dwukrotny pobyt na budowie wymaganych specjalistów;

• Zamawiający nie wskazał ile godzin należy przeznaczyć tygodniowo na czynności podczas pobytu na budowie, w sposób nieuprawniony i całkowicie arbitralny dokonał własnego szacunku podczas weryfikacji oferty Odwołującego, a następnie w sposób nieuprawniony i całkowicie arbitralny dokonał obliczeń czasu, który rzekomo Odwołujący zamierza przeznaczyć na wykonywanie tych czynności.

• Zamawiający uwzględnił koszty dojazdu do Przysuchy w okresie gwarancji i rękojmi w ramach kosztów dojazdu, a w ramach wyjaśnień składanych Zamawiającemu wskazał, że współpracuje z osobami mogącymi pełnić funkcję inspektorów nadzoru na terenie województw Mazowieckiego, Lubelskiego, Małopolskiego, w tym również w okolicach Radomia oraz wskazał, że osoby te przebywają na co dzień, z uwagi na miejsca zamieszkania lub wykonywane obowiązki służbowe na terenie okolic Radomia, w tym w okolicach Przysuchy.

• Odwołujący uwzględnił i wyjaśnił dyspozycyjność inspektorów nadzoru inwestorskiego we wszystkich branżach wskazanych przez Zamawiającego w SWZ, tj. w punkcie IV.4. 1) a)-e) , co w konsekwencji skutkowało również naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, a także naruszeniem zasady przejrzystości i proporcjonalności.

Wobec powyższego, na podstawie wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego, dokonaniu oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jako nie podlegającej odrzuceniu;

Uzasadnienie

W dniu 15 lipca 2022 roku Zamawiający opublikował w serwisie SmartPZP, a następnie dostarczył Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty

Konsorcjum ZDI sp. z o.o. ZBM S.A., informując jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na:

1) ogólne i lakoniczne wyjaśnienia złożone w trybie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 PZP, które nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego odnośnie kosztów dojazdu do inwestycji w Przysusze (pkt. 1 a-l) oraz

2) niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, z powodu wskazania pobytów specjalisty na budowie, kalkulowanych jako 8 godzin dziennie (co rzekomo ma być niezgodne z SWZ), wskazania 5,25 godzin w tygodniu na wykonywanie czynności podczas pobytu na budowie specjalistów, nie przewidzenie dojazdu do Przysuchy w okresie gwarancji i rękojmi, wskazania 5 specjalistów do wykonywania pracy merytorycznej, nie wyszczególnienia jakie czynności zaliczane są do pracy merytorycznej i wskazania do obsługi dokumentowo - administracyjnej jednej osoby, co według Zamawiającego jest „znacznie za mało" (pkt 2. a-f).

Powyższe zarzuty są nieprawdziwe i bezpodstawne, nie wynikają z dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu, oferta Odwołującego nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, a cena nie jest rażąco niska, wobec czego brak było podstaw do odrzucenia jego oferty i w konsekwencji do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty Odwołującego. Poniżej szczegółowe przytoczenie zarzutów i uzasadnienie stanowiska Odwołującego.

Wykonawca został wezwany 26 kwietnia 2022 r. do złożenia wyjaśnień, na które odpowiedział dnia 29 kwietnia 2022 r. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę do dodatkowego doprecyzowania i uszczegółowienia 17 maja 2022 roku, co Wykonawca wykonał 23 maja 2022 roku, załączając szereg dokumentów potwierdzających

przedstawione stanowisko.

Mimo wyjaśnień, Zamawiający odrzucił ofertę, powołując się na następujące argumenty:

1. ogólne i lakoniczne wyjaśnienia złożone w trybie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 PZP, które nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego odnośnie kosztów dojazdu do inwestycji w Przysusze, tj.:

a) brak szczegółowego wyliczenia kosztów dojazdu do inwestycji;

b) nie podanie ilości i marki środków transportu;

Odnosząc się do punktów a i b wskazujemy, że Wykonawca wyliczył koszty dojazdu do inwestycji na dzień sporządzenia oferty, która sporządzona została ponad 8 miesięcy temu, a tak długi czas do dokonywania oceny ofert wynika z działań Zamawiającego, Wykonawca nie sporządzał kalkulacji w oparciu o konkretne liczby i rodzaje pojazdów, wyliczając w ten sposób dojazd do inwestycji, bo jak wskazywano w odpowiedziach do Zamawiającego jest on w stanie korzystać z osób, które świadczą pracę lub usługi w okolicach inwestycji. Warianty wyliczeń sporządzone zostały przez Zamawiającego tendencyjne, bo wg źródeł ceny paliw w połowie 11/2021 były następujące: PB95-6,00zł/l; ON-6,00zł/l; LPG-3,34zł/l, średnia cena PB95 w roku 2021 to 5,44zł/l (źródło: Bankier x2 w załączeniu)

Nie można weryfikować oferty sporządzonej 8 miesięcy temu (cały ten czas wynika z przedłużania procedury wyboru przez Zamawiającego) z punktu widzenia dzisiejszych

wartości - dlatego powstały przepisy waloryzacyjne, oferta musi być oceniana w świetle warunków gospodarczych panujących w okresie jej przygotowania;

Zamawiający opisał szereg wariantów, kalkulowanych według własnych, dowolnych wyliczeń, nie popartych założeniami wskazanymi przez Wykonawcę w wyjaśnieniach. Co do części Zamawiający sam przyznał, że obejmują one wartości podane przez Wykonawcę, ale uznał je za niewystarczające ze względu na wskazanie w pozycji dojazd również „innych kosztów" i na tej podstawie twierdzi, że cena jest rażąco zaniżona. Tymczasem wyliczenia zostały wykonane przez Zamawiającego na podstawie zawyżonych kosztów paliwa, wyższych niż obowiązujące w chwili składania ofert, a nieuprawnione jest przyjęcie, że inne koszty zostały przez Wykonawcę wzięte pod uwagę, ale nie wyjaśnione Zamawiającemu. Ze względu na to, że szacunkowa wartość dojazdów została przyjęta przez Wykonawcę z nadwyżką, to w tej pozycji Wykonawca ujął ewentualne :inne koszty", które mogą powstać przy realizacji zamówienia, ale nie są jeszcze znane i nie występują w chwili sporządzania oferty (np. wzrost ceny paliwa, dodatkowe opłaty nałożone na przedsiębiorców po złożeniu oferty, podwyżki cen itp.). Takie działanie świadczy o zapobiegliwości i rzetelności Wykonawcy, a nie o rażąco niskiej cenie zamówienia.

c) nie opisanie procedury sprawnego i optymalnego działania;

Kalkulacja kosztów przygotowana została na podstawie doświadczenia i procedur sprawnego i optymalnego działania, które stosuje Wykonawca w swoim przedsiębiorstwie, ale które nie są sformalizowane i mierzalne - ten argument wskazany przez Wykonawcę był ogólną informacją stanowiącą wyjaśnienie podstaw sporządzania oferty i podstaw działania Wykonawcy, ale nie wpływał w mierzalny sposób na podane stawki, w takim sensie, że jest możliwe procentowe czy wymierne wskazanie wartości kosztów, stanowiących element całościowej wyceny. Jest to jedynie element opisowy wyjaśnień Wykonawcy, mający na celu potwierdzenie rzetelności wykonywanych kalkulacji, na które składają się elementy składowe i kosztotwórcze wykazywane przez Wykonawcę w pozostałej części wyjaśnień. Wykonawca w piśmie z 29 kwietnia 2022 roku wskazywał, że przedmiotowe zamówienie charakteryzuje się wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia, m.in. w postaci znaczącego doświadczenia Wykonawcy w realizacji usług nadzoru inwestorskiego w podobnych rodzajowo inwestycjach, co wpływa na posiadanie doświadczenia pozwalającego na sprawniejsze wykonywanie usługi. Jest to wartość niemierzalna, ale jednocześnie w oczywisty sposób wpływająca na funkcjonowanie i efektywność zespołu;

d) nie uszczegółowienie w jaki sposób zatrudnienie kadry przy innych zleceniach wpływa na optymalizację kosztów zatrudnienia, konkurencyjność oferty i oszczędność metody wykonania przedmiotu umowy;

Wyjaśnienia jak powyżej w punktach a-c)

e) nie wyjaśnienia jakie stosowane metody wpływają na optymalizację kosztów obsługi administracji inwestycji;

Wyjaśnienia jak powyżej w punktach a-c)

f) sprzeczność pomiędzy informacjami zawartymi w kalkulacji kosztów i oświadczeniami specjalistów;

Z przedstawionej kalkulacji kosztów nie wynika sprzeczność wskazywana przez

Zamawiającego, kalkulacja jest jednoznaczna i obejmuje wszystkie pozycje wymagane;

g) nie wyjaśnienie co obejmuje pozycja „obsługa dokumentowo-administracyjna";

Wyjaśnienia jak powyżej w punktach a-c); obsługa dokumentowo - administracyjna jest pojęciem powszechnie znanym, nie wymagającym szczegółowego wyjaśnienia i nie wpływającym bezpośrednio na określony procent kalkulacji kosztów. Obsługa dokumentowo-administracyjna stanowi bieżący i stały element działalności operacyjnej Wykonawcy, realizowany przez niego niezależnie od liczby prowadzonych inwestycji, przez pracowników Wykonawcy. Koszty tej obsługi zostały wskazane w ofercie szacunkowo, przy uwzględnieniu szacowanej czasochłonności realizacji zamówienia, w Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie określał liczby godzin, które powinny zostać uwzględnione w ofercie.

h) nie wyjaśnienie, co obejmuje pozycja „inne koszty (w tym koszty dojazdu)";
Wyjaśnienia jak w punktach a-c)

i) nie dokonanie wyceny wynagrodzenia specjalistów podczas podróży służbowej;
Zgodnie ze złożoną ofertą i wyjaśnieniami specjaliście realizują usługi na rzecz Wykonawcy w ramach prowadzonej działalności, więc ich koszty dojazdu uwzględnione zostały w ramach pozycji „koszty dojazdu". Wykonawca nie miał prawnego obowiązku szacowania dla takich podmiotów kosztów podróży służbowej, bo taki składnik wynagrodzenia nie występuje przy współpracy Wykonawcy ze wskazanymi specjalistami;

j) nie dokonanie wyceny pracy merytorycznej jednego specjalisty;

Kierownik zespołu wykonuje całą pracę merytoryczną w ramach pobytów na budowie. Wymóg Zamawiającego z SWZ wskazuje na konieczność uwzględnienia: narady 1 x w tygodniu, Kierownik Zespołu w dniu narady musi być cały dzień - czyli 8 godzin - tak jak przedstawiono w kalkulacji, co więcej, w kalkulacji uwzględniono nadwyżkowo udział kierownika 2 x w tygodniu po 8 godzin - kalkulacja Wykonawcy nie tylko zatem wypełnia wymogi Zamawiającego, ale wręcz przewiduje rezerwę i nadwyżkę wobec wymagań SWZ;

Na budowie zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego nie może być ustanowionych więcej niż jeden inspektor w branży budowlano-konstrukcyjnej, dlatego w ofercie Wykonawcy, zgodnie z wymogiem SWZ jest pięciu inspektorów, w tym branży konstrukcyjno-budowlanej, a oprócz tego kierownik zespołu;

k) nie dokonanie wyceny dyspozycyjności jednego specjalisty;

Wyjaśnienia jak w punkcie j); Zamawiający nie wymagał dyspozycyjności, więc ujęcie tej pozycji w kalkulacji Wykonawcy powoduje, że oferta Wykonawcy kolejny raz przewiduje rezerwę i nadwyżkę kosztów, a nie ich niedobór;

Zamawiający w SWZ wymagał częstotliwości wizyt: „co 2 dni zgodnie z prowadzonymi robotami branżowymi - wg potrzeb" - w ofercie Wykonawcy skalkulowana została w obliczeniach i cenie: częstotliwość 2 x w tygodniu dla każdej z 5 branż przez cały okres prowadzenia robót, czyli znacznie więcej niż wymaga od nas Zamawiający, bo roboty nie wszystkich branż są prowadzone przez cały okres wykonywania robót, a wymogiem Zamawiającego był udział jedynie robót branżowych aktualnie wymaganych na budowie.

l) odwoływanie się do dotychczasowych osiągnięć.

Wyjaśnienia jak w punkcie a-c; argument doświadczenia jest ogólnym wyjaśnieniem, pobocznym wobec wyjaśnień dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny Wykonawca działa na rynku od ponad 30 lat i ma bardzo duże doświadczenie w obsłudze procesu budowlanego, w szczególności przy inwestycjach podobnych rodzajowo do inwestycji będącej przedmiotem niniejszego postepowania, co ma wpływ na sprawność realizacji, ale w sposób pośredni, którego nie można obliczyć wskazując konkretne wartości przedstawionych kosztów.

Wszystkie powyższe elementy zostały szczegółowo opisane w pismach z dnia 29 kwietnia i 29 maja 2022 roku. Należy jednak podkreślić, że Zamawiający zarzucił Wykonawcy nie wyjaśnienie szczegółowych kwestii dotyczących elementów, które w znacznej mierze nie są istotnymi elementami wpływającymi na koszt realizacji tego zamówienia, zarzucając Wykonawcy m.in. brak szczegółowych wyjaśnień dotyczących pojęć i procesów wykonywanej przez niego działalności pomocniczej i administracyjnej, obsługowej w stosunku do przedmiotu zamówienia (będącego podstawową działalnością Wykonawcy). Zarzuty dotyczą w głównej mierze faktów powszechnie znanych, dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej jak chociażby to, że obsługa administracyjna przedsiębiorcy zajmuje się obiegiem dokumentów i optymalizowanie procesów administracyjnodokumentowych w przedsiębiorstwie wpływa na obniżenie kosztów prowadzenia tej działalności. Podobnie - na żadnym etapie postepowania Zamawiający nie wskazywał, że np. sprawne i optymalne działanie czy też doświadczenie powinny stanowić sformalizowany dokument. Sposób działania Wykonawcy, wynikający z dotychczasowego doświadczenia i pozycji na rynku ma wpływ na możliwość optymalizacji działań w ramach prowadzonej działalności, poprzez m.in. szerokie zaplecze osób współpracujących na terenie całego kraju, obniżanie kosztów obsługi administracyjnej poprzez doświadczenie kadry administracyjnej pozwalające na szybsze i sprawniejsze wykonywanie zamówień w ramach podstawowej działalności Wykonawcy i jest to po pierwsze fakt notoryjnie znany, a po drugie, nie stanowił istotnego elementu kalkulacji kosztów zamówienia, a jedynie ogólnie wpływał i wpływa na optymalizację prowadzonej działalności gospodarczej. Odrzucenie oferty Wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę z powodu braku kalkulacji doświadczenia czy też optymalizacji działań administracyjnych, na które Wykonawca powołał się w wyjaśnieniach stanowi ewidentne nadużycie prawa przez Zamawiającego.

Opisano pojęcie rażąco niskiej ceny.

2. niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, tj.:

a) wskazanie dwóch pobytów w tygodniu jednego specjalisty na budowie po 8 godzin w każdym dniu;

Wyjaśnienia jak w punkcie j) i k) powyżej; Kalkulacja w ofercie Wykonawcy obejmuje wyższe koszty niż wymagał Zamawiający w SWZ;

b) wskazanie 5,25 godzin w tygodniu na wykonanie czynności podczas pobytu na

budowie 5 specjalistów; Wyjaśnienia jak w punkcie 1 k) powyżej;

Takie wyliczenie nie wynika z oferty i wyjaśnień Wykonawcy, Wykonawca wskazał, że koszty wykonywania czynności przez wymaganych 5 inspektorów branżowych ujęte zostały co drugi dzień po 2 godziny, w każdym tygodniu wykonywania robót budowlanych - co jest większym kosztem niż wymagał Zamawiający w SWZ, przewidując obecność na budowie inspektorów wg potrzeb, tj. jedynie w sytuacjach, w których realizowane będą prace w ramach konkretnych branż (co nie ma miejsca przez cały okres budowy);

c) nie przewidzenia dojazdu do Przysuchy w okresie gwarancji i rękojmi;

Koszty te zostały ujęte w ofercie Wykonawcy, brak jest podstaw Zamawiającego do twierdzenia, że takiego wyliczenia nie zawarto w ofercie;

d) wskazania tylko 5 specjalistów do wykonywania pracy merytorycznej i dyspozycyjności 5 specjalistów; Wyjaśnienia jak w punkcie 1 j) i k) powyżej;

e) nie wyszczególnienie, jakie czynności Wykonawca zalicza do pracy merytorycznej;

W wyjaśnieniach Wykonawcy szczegółowo opisano, jakie czynności zaliczane są do pracy merytorycznej (punkt 7 wyjaśnień z dnia 23 maja 2022 roku), przy czym należy wskazać, że czynności te wynikają również bezpośrednio z przepisów Prawa Budowlanego, więc stanowią one fakt powszechnie znany, który powinien być oczywisty dla Zamawiającego prowadzącego proces inwestycyjny;

f) wskazanie jednej osoby do wykonywania obsługi dokumentowo - administracyjnej, która poświęci na obsługę 2 godziny tygodniowo. Wyjaśnienia jak w punkcie c-e) i g) powyżej;

Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie wskazywał, jakie zaangażowanie w ramach obsługi dokumentowo - administracyjnej zamówienia jest przez niego wymagane i jakie szczególne czynności, inne niż powszechnie rozumiane czynności w ramach tej obsługi winny zostać przewidziane przy kalkulacji oferty, stąd zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest całkowicie niezrozumiały i niezasadny.

Odnosząc się do tych zarzutów należy podkreślić, że na żadnym etapie postępowania Zamawiający nie wskazał żadnego postanowienia SWZ ani załączników, z których wynikałby obowiązek:

- przebywania specjalisty na budowie cały dzień, tj. „od wschodu do zachodu słońca”; obowiązek przebywania na budowie „cały dzień” został ponadto sformułowany jedynie w stosunku do kierownika zespołu inspektorów nadzoru inwestorskiego i dotyczy dnia narady;

- wskazania w kalkulacji kosztów określonej liczby godzin pracy poszczególnych osób przewidzianych do realizacji zamówienia;

- uwzględnienia kosztów dojazdu z siedziby Wykonawcy do Przysuchy, w sytuacji, w której Wykonawca wielokrotnie oświadczał, że dysponuje osobami mogącymi wykonywać umowę bez konieczności dojazdu z Poznania;

- uwzględnienia konkretnej liczby godzin pracy w ramach obsługi dokumentowo-

administracyjnej.

Zamawiający nie wskazał też postanowienia SWZ, które Wykonawca naruszył.

Działanie Zamawiającego narusza także zasady równego traktowania Wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, określone w art. 16 PZP, które stanowią podstawę każdej czynności Zamawiającego, związanej zarówno z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia, jak i z jego przeprowadzeniem.

W przedmiotowym przypadku doszło również do naruszenia zasady przejrzystości, wspierającej skuteczność równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zamawiający jako gospodarz postępowania ustala jego ramy, określa m.in., jakie są jego wymogi odnośnie do opisu przedmiotu zamówienia, jakie kryteria kwalifikacji muszą zostać prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów” .

Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, powołał się na arbitralnie i następczo ustalone zasady i warunki postępowania, których wcześniej nie wyartykułował w SWZ. Kuriozalnym wydaje się przedstawienie przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty szeregu opcji rozliczeń kosztów dojazdu, z których co do części Zamawiający sam przyznaje, że mieszczą się w pozycji kosztów przewidzianej przez Odwołującego, przy czym jednocześnie w składanych przez Odwołującego wyjaśnieniach Odwołujący wyraźnie oświadczył, że przy realizacji zamówienia nie będzie potrzeby realizowania każdorazowo pojedynczych dojazdów z Poznania do inwestycji, bo Odwołujący zapewnia realizację umowy przy dysponowaniu osobami z okolicy inwestycji. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie artykułował konieczności rozliczania kosztów dojazdu w taki sposób, w jaki na etapie odrzucenia oferty opisał w uzasadnieniu decyzji.

Podobnie kuriozalnym i absurdalnym wydaje się argument nieprawidłowego rozliczenia godzin pracy inspektorów nadzoru, sformułowany poprzez wskazanie, że inspektorzy powinni przebywać na budowie „od wschodu do zachodu słońca" (sic!). Zarówno w SWZ jak i w projekcie umowy obowiązki Wykonawcy związane z udziałem na budowie inspektorów nadzoru określone zostały w punkcie IV. 4. 2) i 35) SWZ (odpowiednio § 4 ust. 2 pkt 2 i 35 projektu Umowy), poprzez wskazanie, że inspektor powinien być obecny na budowie nie rzadziej niż raz na dwa dni, a narady powinny być organizowane nie rzadziej niż raz na tydzień. Na tej podstawie Zamawiający twierdzi, że wymogiem postępowania było zapewnienie przebywania inspektora nadzoru na budowie cały dzień, Na tej podstawie Zamawiający podważa kalkulację Odwołującego, przewidującego 8 godzin pobytu dziennie w wyznaczonych przez Zamawiającego dniach. Podążając za argumentacją Zamawiającego na marginesie zauważyć należy, że samo przyjęcie długości dnia, liczonego „od wschodu do zachodu słońca" jako 16 godzin jest z gruntu nieprawidłowe. W Przysusze w 2022 roku najdłuższy dzień „od wschodu do zachodu słońca" miał miejsce 21 czerwca 2022 roku i wynosił 16:41:08 godzin, natomiast najkrótszy dzień nastąpi w dniu 21 grudnia 2022 roku i wynosić będzie 7:55:27 godzin . Nawet więc gdyby uznać, że Zamawiający wskazał jako warunek zamówienia udział inspektorów nadzoru na budowie „od wschodu do zachodu słońca", to uznanie, że jest to zawsze 16 godzin jest niezgodny nie tylko z obowiązującymi przepisami, ale również w elementarną wiedzą naukową.

W postępowaniu Zamawiający naruszył również zasadę proporcjonalności.

Podsumowując:

1. Stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe i bezpodstawne, oferta Odwołującego nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, a cena nie jest rażąco niska, wobec czego brak było podstaw do odrzucenia jego oferty i w konsekwencji do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty Odwołującego.

2. Cena przedstawiona przez Wykonawcę w ofercie nie jest rażąco niska, a wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie dają podstaw do przyjęcia, że Wykonawca złożył ofertę budzącą wątpliwości, które nie zostały usunięte w ramach złożonych wyjaśnień;

3. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca nie naruszył żadnych warunków zamówienia, a wskazane przez Zamawiającego rzekome niezgodności opierają się na subiektywnych interpretacjach, stanowiących swobodne i dowolne dywagacje dotyczące treści oferty; oferta w pełnym zakresie jest zgodna z obowiązującymi przepisami oraz z warunkami określonymi przez Zamawiającego w SWZ, jest też sformułowana jednoznacznie, nie wymagając jej dodatkowego intepretowania przez Zamawiającego (niezależnie od tego, że te interpretacje są według Wykonawcy całkowicie nieuzasadnione);

4. Zarówno odrzucenie oferty Odwołującego, jak i ocena ofert oraz dokonana w następstwie tej czynności czynność wyboru najkorzystniejszej oferty były dokonane wadliwie, z naruszeniem przepisów ustawy PZP i warunków przedmiotowego postępowania.

Należy stanowczo podkreślić, że w sytuacji wydatkowania środków publicznych Zamawiający powinien był dochować najwyższej staranności i podjąć działania mające na celu zbadanie ofert (a w tym przypadku najkorzystniejszej oferty Odwołującego) wnikliwie i rzetelnie, tak aby dokonać wyboru uwzględniającego interes Zamawiającego oraz interes publiczny. W konsekwencji Zamawiający powinien był zweryfikować ofertę Odwołującego na podstawie złożonej oferty i przedstawionych dokumentów na dzień dokonania oceny i nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający: Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Radomiu w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości;

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje:

W postępowaniu wpłynęło 8 ofert. Rozstrzygnięcie nastąpiło w dniu 15 lipca 2022 r. i wybrano

ofertę Konsorcjum: ZDI Sp. z o.o., Zamość oraz ZBM S. A., Warszawa przedstawiającą najkorzystniejszy bilans kryteriów określonych w SWZ. Jednocześnie Zamawiający:

1) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy PZP - odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają

podanej w ofercie ceny lub kosztu;

2) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP - odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ jej treść jest niegodna z warunkami zamówienia.

W piśmie z dnia 15 lipca 2022 r., dotyczącym rozstrzygnięcia postępowania, Zamawiający w uzasadnieniu określił przyczyny odrzucenia oferty.

W pierwszej kolejności, Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia Odwołującego były zbyt ogólne i lakoniczne, oraz nie rozwiały one wątpliwości Zamawiającego, co do prawidłowości wyliczenia ceny podanej w ofercie. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, iż przyczyną odrzucenia oferty i uznania, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny było: 1) brak szczegółowego wyliczenia kosztów dojazdu do inwestycji w Przysusze;

2) brak podania ilości i marki posiadanych ekonomicznych środków transportu, dzięki czemu Zamawiający mógłby zweryfikować, czy wysokość kosztów dojazdu jest wystarczająca do pokrycia kosztów dojazdu do Przysuchy podczas budowy oraz w okresie gwarancji i rękojmi z uwzględnieniem minimalnej częstotliwości pobytu na budowie i zakresu obowiązków wynikających z projektów umów;

3) brak opisu oraz brak dowodów opisujących procedury sprawnego i optymalnego działania, na które Odwołujący powołuje się w swoich wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2022 r., w związku z posiadanym przez niego doświadczeniem;

4) brak uszczegółowienia, w jaki sposób zatrudnienie kadry przy innych zleceniach wpływa na optymalizacje kosztów zatrudnienia, na konkurencyjność oferty i na oszczędność metody wykonania przedmiotu umów;

5) brak wyjaśnień, jakie stosowane przez Odwołującego sprawdzone metody wpływają na minimalizację kosztów obsługi administracyjnej inwestycji;

6) sprzeczności pomiędzy informacjami zawartymi w Kalkulacji kosztów i oświadczeniami specjalistów, co prowadziło do uznania, iż wyjaśnienia Odwołującego są

niespójne i niewiarygodne;

7) brak wyjaśnienia, co obejmuje pozycja „obsługa dokumentowo-administracyjna", a więc wykonanie jakich czynności przewidział Odwołujący w tej pozycji;

8) brak wyjaśnienia, co obejmuje pozycja „inne koszty (w tym koszty dojazdu)" z podziałem na inne koszty oraz na koszty dojazdu;

9) brak wyceny wynagrodzenia specjalistów podczas podróży służbowej;

10) brak wyceny pracy merytorycznej jednego specjalisty;

1 1) brak wyceny dyspozycyjności jednego specjalisty;

12) odwoływanie się Odwołującego do jego dotychczasowych osiągnięć.

Jednocześnie Zamawiający szczegółowo uzasadnił przyczyny odrzucenia oferty w oparciu o

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP wskazując, iż:

1) Odwołujący niezgodnie z SWZ zaoferował 2 pobyty w tygodniu, jednego specjalisty na budowie, najprawdopodobniej Kierownika zespołu inspektorów nadzoru inwestorskiego (co wynika ze średniej ilości godzin czynności — po 8 godzin w każdym z tych dni), a nie jak wymagał Zamawiający 3 pobyty w tygodniu;

2) Odwołujący niezgodnie z SWZ zaoferował 5,25 godzin w tygodniu na wykonywanie czynności podczas pobytu na budowie 5 specjalistów, tj. liczbę godzin, w czasie których nie jest możliwe zrealizowanie zakresu zamówienia przewidzianego w SWZ;

3) Odwołujący niezgodnie z SWZ nie przewidział w ofercie dojazdu do Przysuchy podczas okresu gwarancji i rękojmi;

4) Odwołujący niezgodnie z SWZ wskazał do wykonywania pracy merytorycznej tylko

5 specjalistów, a nie, jak wymagał Zamawiający, 6 specjalistów do pracy merytorycznej; 5) Odwołujący niezgodnie z SWZ do wykonywania obsługi dokumentowo — administracyjnej skieruje tylko jedną osobę, która według wyjaśnień Odwołującego poświęci na obsługę 2 godziny tygodniowo (w rozbiciu na sąd i prokuraturę po 1 godzinie tygodniowo), co uniemożliwia wykonanie pełnego zakresu czynności określonych w SWZ.

W Odwołaniu z dnia 22 lipca 2022 r. Odwołujący podnosi, iż w jego ocenie odpowiedzi na wezwanie, dotyczące rażąco niskiej ceny, zawierały wyczerpujące wyjaśnienia, dotyczące kosztów dojazdów do inwestycji w Przysusze, w tym wyjaśnienia dotyczące braku konieczności kalkulowania kosztów dojazdu, poprzez wyliczenie stawki zużycia paliwa, przy uwzględnieniu dojazdu do inwestycji z Poznania środkami transportu oraz braku konieczności wyceny wynagrodzenia specjalistów podczas podróży służbowej. Nie sposób się zgodzić z takim stwierdzeniem. Odwołujący w wezwaniu do złożenia wyjaśnień został zobowiązany:

3. Wskazać koszty dojazdu do lokalizacji inwestycji z uwzględnieniem minimalnej częstotliwości pobytu na budowie i zakresu obowiązków wynikających z projektów umów, Wbrew temu, co stwierdza Odwołujący w treści Odwołania, iż koszty dojazdu ujął on w pozycji „inne koszty mające wpływ na wysokość wynagrodzenia, w tym koszty dojazdów związane z zapewnieniem środków transportu do miejsca wykonywania usługi przez Specjalistów", w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oświadczył on jedynie ogólnikowo, że „posiada własne, ekonomiczne środki transportu, co przyczynia się do obniżenia kosztów transportu związanych z wykonywaniem usługi (załącznik nr 2)". Należy podkreślić przy tym, iż załącznikiem nr 2 jest oświadczenie Wykonawcy, iż za zaproponowaną cenę wykona wszystko zgodnie z SWZ, a nie szczegółowa kalkulacja, czy wyliczenie kosztów dojazdu.

W celu doprecyzowania wyjaśnień (skoro sam Odwołujący oświadczył, iż posiada ekonomiczne środki transportu), Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o dodatkowe wyjaśnienia i przedstawienia:

szczegółowego wyliczenia kosztów dojazdu do miejsca wykonywania usługi wraz z podaniem ilości i marki posiadanych ekonomicznych środków transportu, na co powołujecie się Państwo w swoich wyjaśnieniach, z uwzględnieniem ilości kilometrów, ceny i rodzaju paliw oraz częstotliwości dojazdów,

W odpowiedzi na to dodatkowe wezwanie, Odwołujący nie udzielił żadnej odpowiedzi, lakonicznie odsyłając do oświadczenia, że koszty dojazdu zostały uwzględnione w wycenie ofertowej. Odwołujący nie wskazał ilości i marki samochodów, które by wykorzystywał przy realizacji zamówienia. Ogólnie stwierdził ponownie, że „posiada własne, ekonomiczne środki transportu", jednakże nie określił, co to za środki, a która to informacja pozwoliłaby Zamawiającemu na uznanie, że cena nie jest rażąco niska, zaś samemu Odwołującemu umożliwiłaby przypisanie wyjątkowości w sposobie w realizacji zamówienia. Należy zaznaczyć przy tym, iż to sam Odwołujący w pierwszych wyjaśnieniach wskazał, iż posiada ekonomiczne środki transportu, po czym nigdzie nie wskazał tych środków transportu oraz na czym ta ekonomiczność polega. To stwierdzenie Odwołującego wymusiło na Zamawiającym konieczność dopytania Odwołującego o ilość i markę posiadanych przez Wykonawcę ekonomicznych środków transportu, na co Wykonawca ponownie nie odpowiedział. Informację o tym, jakie elementy są składową „Innych kosztów" Zamawiający pozyskał dopiero z treści Odwołania, gdzie Wykonawca wskazuje, że są to koszty, które mogą powstać przy realizacji zamówienia, ale nie są jeszcze znane i nie występują w chwili sporządzania oferty (np. wzrost ceny paliwa, dodatkowe opłaty nałożone na przedsiębiorców po złożeniu oferty, podwyżki cen itp.). Takiego wyjaśnienia, pomimo wezwania Odwołującego do wyjaśnienia tej pozycji, Zamawiający nie otrzymał w przewidzianym do tego terminie.

Odwołujący podnosi, iż koszty dojazdu (związane ze wzrostem cen paliwa) zostały przez niego uwzględnione w pozycji „Inne koszty". W wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2022 r., a następnie w wyjaśnieniach uszczegóławiających z dnia 23 maja 2022 r. brak jest wykazania przez Odwołującego informacji, których żądał Zamawiający. Odwołujący stwierdza, iż: „dojazdy skalkulowane na bazie uwzględniającej równoczesność realizowania przez naszych specjalistów kilku zadań w tym samym obszarze przez osoby mogące pełnić funkcję inspektorów nadzoru, na terenie województw Mazowieckiego, Lubelskiego, Małopolskiego, w tym również w okolicach Radomia. Wskazany do realizacji przedmiotowego zadania zespół nadzoru inwestorskiego przebywa na co dzień, z uwagi na wykonywane obowiązki służbowe na ww. terenie, co obniża czas i koszty związane z dojazdem Specjalistów na plac budowy. Ponadto Wykonawca zakłada, iż w miarę możliwości dojazdy naszych Specjalistów na plac

budowy będą się odbywały jednym środkiem transportu.”. Tak sformułowane stwierdzenie nie stanowi przedstawienia Zamawiającemu kosztów dojazdów do Przysuchy. Są to informacje lakoniczne, opierające się jedynie o twierdzenia Odwołującego, a nie faktyczne wyliczenia kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż dojazdy będą realizowane z różnych lokalizacji na terenie różnych województw. Już samo to stwierdzenie potwierdza fakt, iż takie dojazdy generują koszty, których Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a czego oczekiwał Zamawiający. W Odwołaniu, Odwołujący podnosi, iż jego pracownicy znajdują się w okolicy prowadzonej inwestycji, co wpływa na obniżenie kosztów. W tym miejscu należy wskazać, iż z Przysuchy do najbliżej położonego miasta w województwie małopolskim należy pokonać odległość co najmniej 230 km, odległość z Przysuchy do najbliższego miasta w województwie lubelskim, to co najmniej 100 km. Tym samym, nie można zgodzić się z twierdzeniem, że pracownicy Odwołującego znajdują się w okolicy Przysuchy i bliska odległość wpływa na obniżenie ceny.

Odwołujący na potwierdzenie swoich wyjaśnień przedstawił tylko fragmenty umów na pełnienie funkcji Inwestora zastępczego w Opolu Lubelskim (Opole Lubelskie nie znajduje się w okolicach Radomia, a odległość do Przysuchy, to około 100 km), nie wskazał konkretnie, który ze wskazanych w ofercie inspektorów nadzoru pełni te funkcje w okolicach Radomia, czy Przysuchy. W treści Odwołania, Odwołujący sam wskazał, iż: „nie sporządzał kalkulacji w oparciu o konkretne liczby i rodzaje pojazdów, wyliczając w ten sposób dojazd do inwestycji”, co wskazuje na fakt, iż Odwołujący bez żadnych wyliczeń, tj. na oko wskazał koszt pozycji „inne koszty (w tym dojazdy itp.)” i w rezultacie sam nie wie, jakie będą koszty dojazdu. Oznacza to, iż na etapie przygotowania oferty Odwołujący w swojej cenie nie uwzględnił wszystkich kosztów dojazdów, co w dalszej kolejności prowadzi do uznania, iż cena jest rażąco niska.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny, czy rzeczywiście Odwołujący, kalkulując cenę uwzględnił w niej również koszty dojazdu. Instytucja wyjaśnienia wątpliwości, co do rażąco niskiej ceny została przewidziana przez ustawodawcę właśnie po to, by rozwiać wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający miał uzasadnione podstawy do kwestionowania ceny ofertowej Odwołującego i skorzystał z niej, dając Odwołującemu możliwość wykazania, że ten nie zaniżył ceny lub też, że uwzględnił w swoich wyliczeniach wszystkie elementy cenotwórcze. Jak wynika z treści wezwania, Zamawiający oczekiwał wskazania i uzasadnienia tychże elementów. To na Odwołującym, a nie Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia, iż cena nie jest rażąco niska. Zamawiający wychodząc naprzeciw Odwołującemu, wskazał w wezwaniu, wyjaśnienia jakich konkretnych elementów cenotwórczych oczekuje, zaś Odwołujący do tego żądania się nie ustosunkował, stwierdzając jedynie, że to zrobił. Co istotne, w Odwołaniu sam Odwołujący przyznaje, że nie dokonał takiej wyceny, powołując się na zmienność cen benzyny i upływ 8 miesięcy, od dnia złożenia oferty do dnia składania wyjaśnień. Z taką argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić. W wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia, jak cena ofertowa została wyliczona na moment składania oferty, a nie jakie są wyliczenia ceny ofertowej, którą by ewentualnie składał w maju 2022 r. Tym samym Zamawiający prawidłowo uznał, iż Odwołujący na etapie składania wyjaśnień nie rozwiał wątpliwości Zamawiającego. Nie budzi żadnych zastrzeżeń ogólnie przyjęta linia orzecznicza, że wyjaśnienia Odwołującego jako podmiotu, na którym ciąży obowiązek udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska muszą być konkretne i precyzyjne. W przedmiotowej sprawie takich wyjaśnień (konkretnych, precyzyjnych) zabrakło. Warto w tym miejscu przytoczyć jedno z wielu orzeczeń w tym zakresie: „Zgodnie z utrwalonym - pod rządami p.z.p. z 2004 r. - poglądem, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów p.z.p., złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Jednocześnie wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem

przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2022 r., sygn. akt. KIO 3741/21).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, nieprawidłowe odrzucenie oferty, z powodu rażąco niskiej ceny, skoro wyjaśnienia składane w wyniku wezwania były wyczerpujące, w zakresie skalkulowania kosztów obsługi administracji inwestycji. Z takim stwierdzeniem nie sposób się zgodzić. W wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2022 r. Odwołujący lakonicznie określił, iż przy realizacji zamówienia będzie miała miejsce z jego strony minimalizacja kosztów obsługi administracyjnej inwestycji poprzez stosowanie sprawdzonych metod. Jednakże Odwołujący w żaden sposób nie wskazał, co to za sprawdzone metody. W tychże wyjaśnieniach

Odwołujący określił, iż stawka godzinowa wynosi 38 zł przez 2 h w tygodniu. Na wezwanie Zamawiającego o:

- wyjaśnienie, jakie stosowane przez Państwo sprawdzone metody wpływają na minimalizację kosztów obsługi administracyjnej inwestycji,

oraz

wyjaśnienia, co obejmuje pozycja „obsługa dokumentowo-administracyjna", a więc wykonanie jakich czynności przewidzieliście Państwo w tej pozycji,

Odwołujący nie odniósł się do żądania. Odwołujący w ogóle nie odpowiedział na to wezwanie. Nie wyjaśnił metod, na które się powołuje, nie przytoczył czynności, które wiązały się z obsługą administracyjną inwestycji.

I ponownie, dopiero na etapie odwołania Odwołujący złożył wyjaśnienia w tym zakresie. Odwołujący w treści Odwołania wskazał, iż: „obsługa dokumentowo administracyjna jest pojęciem powszechnie znanym, nie wymagającym szczegółowego wyjaśnienia i nie wpływającym bezpośrednio na określony procent kalkulacji kosztów. Obsługa dokumentowo

— administracyjna stanowi bieżący i stały element działalności operacyjnej Wykonawcy, realizowany przez niego niezależnie od liczby prowadzonych inwestycji, przez pracowników Wykonawcy. Koszty tej obsługi zostały wskazane w ofercie szacunkowo, przy uwzględnieniu szacowanej czasochłonności realizacji zamówienia, Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie określał liczby godzin, które powinny zostać uwzględnione w ofercie". Mając powyższe na uwadze, Zamawiający na etapie oceny ofert nie miał możliwości uznania wyjaśnień za wystarczające, skoro wiedzę na temat wyceny obsługi dokumentowo-administracyjnej pozyskał dopiero w piśmie odwołania. Warto przytoczyć wyrok KIO, który określa moment oceny przez Zamawiającego wyjaśnień i dowodów składanych przez Wykonawcę. I tak: „W toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione" (wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2022 r., sygn. akt. 3738/21). Odwołujący podnosi dodatkowo, iż Zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania minimalnej liczby godzin, jakie ma poświęcić Inwestor Zastępczy na realizację obsługi administracyjnej. Takie stwierdzenie nie zwalnia Odwołującego z obowiązku należytego przygotowania oferty. Odwołujący, jako profesjonalista działający na rynku winien „czytać" dokumentację przetargową całościowo i kompletnie. W dokumentacji załączonej do SWZ, w przedmiotowym postępowaniu określono, jakie zadania czekają Odwołującego, a on sam winien uwzględnić wszystkie czynniki cenotwórcze uwzględniające nakład pracy. Biorąc pod uwagę charakter i rozmiar inwestycji, doświadczenie życiowe podpowiada, iż skalkulowanie obsługi administracyjnej przez Odwołującego na poziomie 2 h tygodniowo (1 h w tygodniu dla budowy budynku sądu i 1 h dla budowy budynku prokuratury) nie pozwalała Zamawiającemu na uznanie, że wycena ofertowa obejmowała wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Odwołujący nie może wycenić nierealnej liczby godzin pracy, które przeznaczy na realizację przedmiotu zamówienia tylko po to, aby cena jego oferty była najniższa.

Odwołujący podnosi w Odwołaniu, iż wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie zawierały sprzeczności pomiędzy informacjami zawartymi w kalkulacji kosztów i oświadczeniami specjalistów, a jednocześnie zawierały wycenę dyspozycyjności specjalistów wymaganych przez Zamawiającego w SWZ. Nie sposób zgodzić się z takim twierdzeniem Odwołującego.

W wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2022 r., Odwołujący w Kalkulacji kosztów wskazał w wierszu 2 „1 specjalista pobyty na budowie" stawkę godzinową 44,00 zł brutto, natomiast z załączonych do wyjaśnień z dnia 23 maja 2022 r., oświadczeń wszystkich 6 specjalistów wynika, iż zobowiązali się oni wykonywać swoje czynności za stawkę godzinową 50,00 zł brutto. Tym samym, dalsze wyliczenie dokonane przez Odwołującego w wierszu 2 Kalkulacji kosztów: „1 specjalista pobyty na budowie" jest zaniżone, gdyż zgodnie z oświadczeniami złożonymi przez specjalistów, kwota wyliczona według stawki 50,00 zł brutto powinna wynosić 124 800,00 zł, a nie jak wskazał Odwołujący w Kalkulacji kosztów — 109 824,00 zł. Ponadto, w wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2022 r., Odwołujący w wierszu 4 Kalkulacji kosztów dokonał wyceny za „5 specjalistów dyspozycyjność" na kwotę 42 900, zł brutto. Jednocześnie do wyjaśnień z dnia 23 maja 2022 r., Odwołujący załączył oświadczenia 6 specjalistów. Z treści oświadczeń wynika, iż 6 specjalistów zobowiązało się być dyspozycyjnym za stawkę godzinową 44,00 zł brutto. I ponownie w Kalkulacji kosztów Odwołujący uwzględnił wycenę jedynie 5 specjalistów, a nie jak wymagał Zamawiający 6 specjalistów. Kwota wyliczona według stawki 44,00 zł brutto za dyspozycyjność 6 specjalistów powinna wynosić 51 480,00 zł, a nie jak wskazał Odwołujący 42 900,00 zł.

Mając na uwadze powyższe należy przyjąć, iż Odwołujący w swojej wycenie ofertowej nie uwzględnił wynagrodzenia jednego specjalisty, tj. uwzględnił wynagrodzenie 5 specjalistów, a nie jak wymagał Zamawiający 6 specjalistów.

Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zarzucając Zamawiającemu, iż ten uznał odwoływanie się przez Odwołującego do doświadczenia za jedyny dowód prawidłowej i realnej kalkulacji ceny. Według Odwołującego takie oświadczenie stanowi jedynie dodatkowe zapewnienie niezależnie od wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w toku postępowania. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż elementami cenotwórczymi, które poddawał pod ocenę Zamawiający i jakimi kierował się przy ocenie wyjaśnień, były elementy mało istotne dla ogólnej ceny ofertowej. Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający kwestionował jedynie fakty powszechnie znane, dotyczące prowadzenia działalności gospodarczej, jak choćby obsługa administracyjna. Z takimi stwierdzeniami nie sposób się zgodzić. Zamawiający ocenił wyjaśnienia całościowo, dokonał dogłębnej analizy złożonych wyjaśnień, szczegółowo przyjrzał się każdemu oświadczeniu i twierdzeniu podnoszonemu przez Odwołującego. Na odrzucenie oferty składało się wiele czynników, a wszystkie wymienione zostały w uzasadnieniu przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający dopatrzył się co najmniej 12 powodów, które uniemożliwiły mu uznanie, iż oferta została skalkulowana w sposób prawidłowy i nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym, że Odwołujący jest w stanie zrealizować zamówienie z najwyższą starannością, jakiej oczekuje się przy tego typu inwestycjach.

Opis dotychczasowych osiągnięć Odwołującego dowodzi o jego udziale w licznych projektach, ale nie jest dowodem na prawidłowo i realnie skalkulowaną cenę oferty. Wyjaśnienia, w których w zdecydowanej części Odwołujący odwołuje się do swojego dotychczasowego doświadczenia zdobytego przy realizacji zamówień podobnych oraz bardziej skomplikowanych architektonicznie, nie mogą być uznane za wystarczające. W szczególności, wymienione przez Odwołującego czynniki, takie jak posiadane doświadczenie, czy też posiadanie doświadczonej kadry specjalistów, nie ma takiego charakteru, aby samo jego wystąpienie uznać za cechy przynależne wyłącznie temu Wykonawcy, wyróżniające go od konkurentów. Ponadto, Odwołujący informuje o wypracowaniu odpowiednich procedur sprawnego i optymalnego działania, jednakże w żadnym miejscu nie opisuje tych procedur, nie załącza jakiegokolwiek dokumentu, w którym są opisane procedury. Tym samym, nie udowadnia on, że stosuje procedury, które są unikatowe, wyjątkowe, tylko jemu znane, a które pozwalają na optymalizację kosztów. Odwołujący nie sformułował również, w jaki sposób doświadczona kadra wpływa na optymalizację kosztów zatrudnienia oraz na oszczędność metody wykonania. W wyjaśnieniach Odwołujący sformułował tylko ogólne stwierdzenie. Zamawiającemu nie mogą wystarczyć „standardowe" formułki w postaci podkreślenia własnej pozycji na rynku poprzez przedstawienie, od ilu lat prowadzona jest działalność (wieloletnie doświadczenie), zapewnienie o posiadanych rekomendacjach oraz zaoferowanie standardowej ceny obejmującej wszystkie czynniki cenotwórcze wymagane w SWZ. Zamawiający powinien mieć wykazane, przez Odwołującego, jakiej wysokości są koszty, których rodzaje wylicza, dlaczego są one tak niskie, jakie konkretnie zaszły sprzyjające i dostępne warunki cenotwórcze i o jaką kwotę pozwoliły wykonawcy obniżyć cenę oferty.

W ustawie wskazano jednoznacznie, że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na Wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości.

Odwołujący wskazuje, iż oferta zawierała wskazanie pobytów specjalistów na budowie zgodnie z SWZ oraz załącznikami. Zamawiający nie precyzował liczby godzin ani dni, które poszczególni specjaliści mieliby przeznaczyć na pobyt na budowie, określał jedynie częstotliwość pobytów. Odwołujący wskazuje, iż zapewniając dwukrotny pobyt na budowie spełnił wymagania. Z takimi stwierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić. Zamawiający dokładnie określił w SWZ częstotliwość: w R. IV ust. 4 pkt 2 SWZ oraz § 4 ust. 2 pkt 2 projektów umów określił, iż Inwestor Zastępczy ma nadzorować budowę nie rzadziej niż raz na 2 dni;) w ust. 4 pkt 35 SWZ oraz § 4 ust. 2 pkt 3 projektów umów określił, iż Inwestor Zastępczy ma organizować i przewodniczyć nie rzadziej niż jeden raz na tydzień (...), w tym obowiązkowo w obecności kierownika zespołu inspektorów nadzoru inwestorskiego; określił, iż Kierownik zespołu inspektorów nadzoru inwestorskiego będzie prowadził narady robocze na budowie 1 raz w tygodniu i w dniu tym będzie on przebywał na budowie przez cały dzień.

Inwestor Zastępczy musi być obecny na budowie 3 razy w tygodniu (tydzień ma 7 dni, więc nie rzadziej niż raz na dwa dni tj. poniedziałek, środa, piątek). Zamawiający przyjął, iż prowadzenie narad roboczych może odbywać się w jednym z tych 3 dni obecności Inwestora Zastępczego na budowie. Odwołujący w wierszu 2 Kalkulacji kosztów „1 specjalista pobyty na budowie", w rubryce 3 — „ilość pobytów w tygodniu" — wskazał 2 pobyty w tygodniu, czyli o jeden pobyt w tygodniu za mało. Wskazanie tylko 2 pobytów powoduje, iż pozostaje

niezgodne z SWZ. Biorąc więc pod uwagę, iż Kierownik Zespołu nadzoruje pracę wszystkich Inspektorów nadzoru inwestorskiego, musi on być obecny na budowie 3 razy w tygodniu, przez cały okres jej realizacji, bez względu na to, czy w danym momencie będą wykonywane roboty budowlane, elektryczne, sanitarne, telekomunikacyjne, czy też drogowe.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, iż Odwołujący zapewnił pobyt na budowie 2 razy - 1 specjalisty — Kierownika Zespołu, co jest niezgodne z warunkami SWZ, gdyż Odwołujący powinien był zapewnić 3 - krotny pobyt w tygodniu na budowie tego specjalisty. Wyliczenie 2 pobytów na budowie tego specjalisty, zamiast 3, powoduje, iż cena

została skalkulowana nieprawidłowo, nie uwzględnia istotnego elementu. Oznacza to, iż oferta jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego i jako taka podlega odrzuceniu. Zamawiający wskazał, iż Kierownik Zespołu musi być obecny na budowie 3 razy w tygodniu, zaś Odwołujący wskazał pobyty 2 razy w tygodniu. Tym samym Zamawiający nie jest w stanie ustalić, gdzie występuje nadwyżka, o której twierdzi Odwołujący.

Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia i czynności do wykonania projekcie umów, liczba godzin przyjętych przez Odwołującego do wyceny oferty tj. 5,25 h dla jednego specjalisty, nie gwarantuje prawidłowej realizacji. Odwołujący w Kalkulacji podał, iż skieruje do realizacji zamówienia 5 specjalistów po 5 godzin i 25 min. Z uwagi na to, iż zakres zamówienia (sąd i prokuratura), te 5 godzin i 25 minut musi być rozdzielone na dwie różne budowy.

By dojechać do miejsca inwestycji do Przysuchy, należy wycenić również godziny, które specjaliści spędzą w samochodzie, podczas dojazdu do miejsca inwestycji. Nawet biorąc pod uwagę to, iż specjaliści będą dojeżdżać z odległości bliższej niż Poznań, czyli jak twierdzi Odwołujący z okolic województwa mazowieckiego, czy lubelskiego, to konieczne jest dokonanie wyceny czasu dojazdu tych specjalistów do Przysuchy. Odwołujący w ogóle nie wycenił ich czasu dojazdu. Odwołujący myli koszty dojazdu specjalistów, z ich wynagrodzeniem przysługującym im, podczas dojazdu do Przysuchy. Biorąc pod uwagę stawkę roboczogodziny specjalistów — 50,00 z brutto (zgodnie z ich oświadczeniami), to w przypadku trwania ich dojazdu do Przysuchy, np. 2 godziny w obie strony, wycena według zaproponowanej stawki wydaje się być rażąco niska w stosunku do cen rynkowych, za czas dojazdu do Przysuchy, czyli za czas realizacji przedmiotu umowy. W przypadku podróży trwającej dłużej, wynagrodzenie dla specjalistów winno być odpowiednio wyższe. Tych kosztów Odwołujący nie uwzględnił w Kalkulacji kosztów, potwierdzając, iż cena ofertowa została skalkulowana w sposób niekompletny.

Odwołujący stwierdza w odwołaniu, iż w swojej kalkulacji uwzględnił koszty dojazdów do Przysuchy w okresie gwarancji i rękojmi w ramach kosztów dojazdów. Odwołujący podnosi, iż wyliczenie to ma związek z tym, iż specjaliści w okresie gwarancji będą przebywać w niedalekiej odległości od miejsca realizacji zamówienia. Ponownie Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, iż takie stwierdzenie nie znajduje swojego uzasadnienia i uprawdopodobnienia w przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach.

Zgodnie z SWZ Inwestor Zastępczy zobowiązany będzie do: prowadzenia przy udziale przedstawicieli Sądu Okręgowego w Radomiu (Prokuratury Okręgowej), przeglądów gwarancyjnych. Zgodnie z SWZ oraz § 4 ust. 3 pkt 7 projektów umów - Sąd Okręgowy w Radomiu (Prokuratura Okręgowa) zakłada, że w okresie gwarancyjnym przynajmniej raz na pół roku dokonywane będą przeglądy stanu technicznego wybudowanego obiektu i instalacji. Oznacza to, iż w okresie gwarancji i rękojmi (tj. w okresie 60 miesięcy), Inwestor Zastępczy zobowiązany jest do bytności w Przysusze dwa razy w roku, czyli 10 razy przez okres trwania gwarancji i rękojmi. Z kalkulacji Odwołującego wynika, iż Odwołujący w 5 wierszu kalkulacji „Obsługa w okresie gwarancji", nie wskazał ilości pobytów, czyli nie przewidział w ogóle pobytu podczas przeglądów gwarancyjnych — jest to więc niezgodnie z wymaganiami

SWZ.

Twierdzenia Odwołującego, iż obsługę tę uwzględnił w ramach kosztów dojazdu, jest niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż Odwołujący nie wyjaśnił co obejmuje pozycja „inne koszty (w tym koszty dojazdu itp.)".

Dokonywana przez Zamawiającego, na podstawie udzielonych wyjaśnień ocena, czy cena jest rażąco niska, nierozłącznie związana była z treścią samego wezwania i to treść wezwania determinowała treść udzielonych wyjaśnień.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie stwierdzając, że twierdzenia i zarzuty odwołania są bezzasadne. Przedstawił stanowisko w piśmie procesowym datowanym 5 sierpnia 2022 r. oraz w toku rozprawy. W szczególności poparł twierdzenia zamawiającego wyrażone w

decyzji o odrzuceniu oferty, jak i w odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, iż odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie złożonych zamawiającemu wyjaśnień, oraz uznał, że te wyjaśnienia są ogólnikowe.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali wcześniej przedstawione stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, stwierdziła, iż odwołania w zakresie podtrzymanych przez odwołujących zarzutów, nie zasługują na uwzględnienie.

Niesporne jest, że w postępowaniu zostało stwierdzono, że cena oferty złożonej przez odwołującego ma znamiona rażąco niskiej, zatem powstało domniemanie takiej okoliczności, które zgodnie z przepisami ustawy może być obalone czynnościami wykonawcy dokonanymi przez niego na wezwanie zamawiającego, w postaci wyjaśnień i dowodów mających potwierdzić realność i rynkowy charakter zaoferowanej ceny.

Zamawiający przeprowadził w przedmiotowym zakresie postępowanie wyjaśniające, które ocenić należy jako wnikliwe, w szczególności wobec faktu, że po otrzymaniu wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2022 r. ponowił wezwanie wskazując na potrzebę uzyskania dodatkowych informacji w sprawie czynników koszto-twórczych i wynikowo cenotwórczych.

Zauważyć należy, że specyfika przedmiotu zamówienia, jakim są usługi świadczone przez specjalistów, przy głównym składniku stanowiącym koszty osobowe, przy braku rygoru pozostawania osób w stosunku pracy, powoduje, że ocena realności wyceny prac jest szczególnie utrudniona przez pewną dowolność w kalkulacji kosztów. Zauważyć także należy, że w kwestii zasad ustalenia ceny, specyfikacja warunków zamówienia nie zawierała zbyt szczegółowych wymogów. Zatem cenę należało skalkulować w istocie na podstawie opisu przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy specyfikowanych w projekcie umowy. Jak wynika z dokumentacji postępowania, wykonawcy, w liczbie ośmiu, w tym odwołujący, jako podmioty wyspecjalizowane w branży zastępstwa i nadzoru inwestycyjnego, nie mieli wątpliwości w przedmiotowej kwestii.

Zamawiający zobligowany ustawą w wyniku przeprowadzonego postępowania badania i oceny ofert oraz oceny otrzymanych wyjaśnień odrzucił ofertę wykonawcy jako zawierającą rażąco niską cenę i niezgodną z postanowieniami specyfikacji.

Skład orzekający uznaje, zasadne było stwierdzenia, iż wyjaśnienia Odwołującego były zbyt ogólne i lakoniczne, nie rozwiały one wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia ceny podanej w ofercie. W szczególności mimo podania korzystnych warunków ekonomicznych dojazdu do inwestycji brak szczegółowego wyliczenia tych kosztów. Dotyczy to długości przejazdów; i kosztów, w tym paliwa, mimo deklaracji o możliwych oszczędnościach w tym zakresie. W tym miejscu należy przyznać po części rację wykonawcy co do możliwości wyliczenia kosztów na dzień składania oferty, choć w rzeczywistości racjonalne byłoby oszacowanie kosztów, jakie rzeczywiści będą poniesione w toku realizacji umowy, jakkolwiek w obecnych realiach gospodarczych nie byłoby to zadanie łatwe do wykonania.

Uznając za oczywistą deklarację wykonawcy o posiadanym doświadczeniu zauważyć należy że jednak brak jest poza stwierdzeniem ogólnym, opisu oraz dowodów opisujących procedury sprawnego i optymalnego działania, na które Odwołujący powołuje się w swoich wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2022 r., w związku z posiadanym przez niego doświadczeniem;

Ponadto brak w wyjaśnieniach wykonawcy uszczegółowienia, w jaki sposób prace przy innych zleceniach wpływają na optymalizacje kosztów zatrudnienia, na konkurencyjność oferty i na oszczędność metody wykonania przedmiotu umów;

Za nierealne uznać także należy fragment wyjaśnienia, pozycji „obsługa dokumentowo-administracyjna", tj. wykonanie jakich czynności przewidział wykonawca w tej pozycji. Za niedostatecznie opisaną uznaje się także pozycję „inne koszty (w tym koszty dojazdu)" z podziałem na inne koszty oraz na koszty dojazdu.

Ponadto Izba podziela stanowisko zamawiającego o niepoprawnym przyjęciu przez odwołującego czasu pobytu specjalistów na budowie, przez wskazanie dwóch pobytów w tygodniu, zamiast pobytu co dwa dni, w kontekście czasu trwania umowy, nawet bez

uwzględnienia okresu gwarancji i rękojmi.

Mając powyższe na względzie, skład orzekający uznał, że czynności zamawiającego w odniesieniu do odwołującego się wykonawcy, w zakresie podniesionych zarzutów, nie naruszają wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp, w tym zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W takim stanie rzeczy brak jest podstaw do twierdzenia, iż zamawiający dokonując oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego, naruszył przepisy prawa wskazane w petitum odwołania, zatem orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....