

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 24 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 sierpnia 2022 roku przez odwołującego PGNiG Gazoprojekt spółkę akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Górnośląska Pracownia Projektowa M. S. z siedzibą w Wojkowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim dla budowy stacji pomiarowej Q=250.000 Długa Goślina wraz z gazociągiem przyłączeniowym oraz z układami włączeniowymi”, numer referencyjny: ZP/2022/04/0061/POZ.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), (dalej: „ustawa Pzp”).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 15 kwietnia 2022 r. nr 2022/S 075-205533.

W postępowaniu tym PGNiG Gazoprojekt spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) 8 sierpnia złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Górnośląska Pracownia

Projektowa M. S., (dalej: „GPP” lub „Przystępujący”), mimo iż złożone przez GPP wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a oferta złożona przez GPP zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Wiertconsulting Sp. z o.o.,

(dalej: „Wiertconsulting”), mimo iż złożone przez Wiertconsulting wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a oferta złożona przez Wiertconsulting zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 3) wyboru oferty GPP, mimo iż oferta ta powinna podlegać odrzuceniu w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 4 i 5 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia pogłębionej,

merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez GPP i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty GPP, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia, nie uwzględnił w wyjaśnieniach wszystkich wymaganych informacji i nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska, a szczegółowa analiza przedstawionych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) art. 224 ust. 4 i 5 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wiertconsulting i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Wiertconsulting, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia, nie uwzględnił w wyjaśnieniach wszystkich wymaganych informacji i nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska, a szczegółowa analiza przedstawionych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty GPP, mimo iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a ponadto oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wiertconsulting, mimo iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a ponadto oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) odrzucenie ofert GPP oraz Wiertconsulting.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że jest uczestnikiem postępowania, a jego oferta została

sklasyfikowana na 3 pozycji rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku zgodnego z przepisami PZP odrzucenia ofert GPP i Wiertconsulting to oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Następnie Odwołujący wskazał na brak rzetelnych i precyzyjnych wyjaśnień w zakresie ceny, zarówno w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez GPP, jak i Wiertconsulting. Odwołujący podkreślił, że GPP w wyjaśnieniach datowanych na 14 czerwca 2022 r. wskazał wyłącznie, że:

1. podstawową przesłanką oferty była wycena dokumentacji według „środowiskowych zasad wycen prac projektowych Izby Projektowania Budowlanego” 2006,
2. przed złożeniem oferty zapoznano się z dostępnymi mapami, zagospodarowaniem przestrzennym oraz materiałami udostępnionymi w ramach przetargu przez Zamawiającego,
3. wskazano podstawowe wyceniane elementy.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te są bardzo lakoniczne, jednostronicowe i nie zawierają żadnych konkretnych informacji na temat sposobu obliczenia ceny, oprócz skrótovej kalkulacji obejmującej tylko kilka elementów (wizja terenu, szacowane 4 wyjazdy, koszt opracowania dokumentacji, koszt materiałów geodezyjnych, badania geologiczne, drukowanie dokumentacji, nadzór autorski i szacowany zysk), bez wskazania sposobu i podstawy wyliczenia tych elementów.

Odwołujący uważa, że choć wyjaśnienia Wiertconsulting są znacznie obszerniejsze, to jednak nie zawierają żadnych konkretnych i precyzyjnych informacji, a tylko ogólne stwierdzenia, poczynione jedynie w celu zadośćuczynienia wymogom formalnym. Odwołujący podkreślił, że Wiertconsulting złożył w odniesieniu do wszystkich argumentów wyłącznie własne oświadczenia, w stosunku do których nie przedstawił dowodów na ich potwierdzenie, a nawet ich nie uprawdopodobnił, przykładowo wyjaśnienia zawierają:

1. porównanie z cenami zawartymi w innych ofertach - co nie ma związku z własną kalkulacją ceny oferty przez wykonawcę,
2. orzecznictwo KIO - również bez znaczenia dla kalkulacji ceny oferty,
3. Wiertconsulting przedstawił w jego opinii szczegółową kalkulację ceny oferty - jednak kalkulacja ta, oprócz dwóch pozycji związanych z nadzorem autorskim (wycenianych w ofercie odrębnie) i badaniami geologicznymi (również wycenianymi odrębnie), zawiera jedynie 4 pozycje, zagregowane na dużym poziomie ogólności, tzn.:

- a. wykonanie dokumentacji projektowej,

- b. koszty dojazdu,
- c. koszty pozostałe, ryzyko,
- d. zakładany zysk,

4. ilość osób, którymi wykonawca dysponuje - jednak bez wskazania, ile osób, przy jakim zaangażowaniu godzinowym i za jakim wynagrodzeniem będzie realizować ten konkretny przedmiot zamówienia,

5. wdrożone zabezpieczenia na wypadek covid - również bez znaczenia dla wyliczenia ceny (Wiertconsulting nie wskazał, jaki wpływ mają te zabezpieczenia na zaoferowaną cenę).

W ocenie Odwołującego powyższa analiza prowadzi do wniosku, że ani GPP, ani Wiertconsulting nie uczynili zadość ciążącemu na nich obowiązкови i nie wyjaśnili Zamawiającemu w sposób konkretny i jednoznaczny sposobu kalkulacji ceny złożonej oferty, a tym samym nie oballli domniemania rażąco niskiej ceny ich ofert. Zamawiający z kolei zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez GPP i Wiertconsulting, poprzestając na jedynie formalnej ich ocenie.

W szczególności należy wskazać, że dla uwiarygodnienia i uprawdopodobnienia prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej konieczne jest przedstawienie pracochłonności przewidzianej na opracowanie dokumentacji będącej przedmiotem zamówienia. Ani GPP, ani Wiertconsulting nie wykazali podwykonawstwa w ofertach, więc co najmniej na tym etapie należy założyć że całość prac wykonają oni samodzielnie, zatem wykazanie pracochłonności wraz ze wskazaniem wynagrodzenia dla osób realizujących czynności, powiązanego z poziomem pracochłonności, jest niezbędne dla oceny, czy złożona w ofercie cena nie jest rażąco niska. Odwołujący przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 7 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1462/21 oraz stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie zawarte w wyroku o sygn. akt XXIII Ga 255/18.

Odwołujący podkreślił, że ani GPP, ani Wiertconsulting, nie przedstawili wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów na potwierdzenie realności ceny, a zastosowana metodologia wyjaśnień sugeruje, że nie poczynili próby wywiązania się z obowiązku koniecznego do spełnienia w wyjaśnieniach dotyczących wystąpienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał przy tym na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 30 grudnia 2021 r. KIO 3639/21, w którym Izba wskazała, iż biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec które stosowany jest miernik podwyższonej staranności zgodny z art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny, wykonawca powinien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności ceny zobowiązany jest dołączyć dowody. Ponadto Odwołujący za tym orzeczeniem wskazał, że choć ustawodawca nie określił ile razy zamawiający może wzywać wykonawców do złożenia wyjaśnień, to ponowne wezwania do wyjaśnienia informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas pierwotnie złożonych wyjaśnień, niepopartych dowodami, należy uznać za naruszenie nie tylko art. 224 ust. 1, ale również art. 16 Pzp.

W związku z powyższym wywodem, w ocenie Odwołującego w tym przypadku mimo prawidłowego wezwania Zamawiającego, obaj wykonawcy nie dochowali należytej staranności jako profesjonalisci w branży i nie przedstawili wystarczających dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny, choćby precyzyjnej i szczegółowej kalkulacji (przedstawionych przez obu wykonawców bardzo ogólnikowych wyliczeń nie można uznać za szczegółowe).

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia zarówno GPP, jak i Wiertconsulting, nie zawierają ponadto informacji bezwzględnie wymaganych na gruncie ustawy Pzp. Odwołujący przypomniał, że art. 224 ust. 4 ustawy Pzp przesądza, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6, co oznacza, że w przypadku usług projektowych złożone przez Wykonawców wyjaśnienia ceny oferty muszą dotyczyć:

1. zgodności z przepisami dotyczącymi 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,

2. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia GPP nie zawierają żadnych informacji na temat zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Jak wskazał Odwołujący wyjaśnienia Wiertconsulting w odniesieniu do zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego zawierają jedynie dwa ogólne stwierdzenia:

1. „Wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny uwzględnia wymogi art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (D. U. Nr 200, poz. 1679 z późn. zm.). Wykonawca oszacował cenę usługi w sposób uwzględniający niezbędne do poniesienia nakłady na wynagrodzenia. Cena oferty Wykonawcy w zakresie realizowanej usługi pokrywa te nakłady w stopniu niezbędnym do wykonania usługi, przy czym w celu ustalenia minimalnego wydatku finansowego, w przeliczeniu na 1 godzinę pracy, związanego z zatrudnieniem pracownika uwzględniono wymiar czasu pracy w latach 2022 - 2025. Całkowite wydatki związane z zatrudnieniem pracownika leżące po stronie pracodawcy obejmują również tzw. koszty pośrednie w tym: urlopy, odprawy emerytalne, rentowe, nagrody jubileuszowe, pranie odzieży, środki czystości dla pracowników i z uwagi na specyfikę pracy napoje chłodzące, wydatki związane z utrzymaniem biura, zatrudnieniem pracownika do obsługi biura, biurowego, oraz do prac do nadzoru, dowóz pracowników, szkolenia, badania lekarskie (posiłki regeneracyjne przysługują pracownikom w pracujących w określonych warunkach, dlatego koszt związane z nimi zostały uwzględnione przy wycenie określonych czynności indywidualnie).” (s. 10 wyjaśnień),

oraz:

2. „koszty potwierdzające, iż cena oferty pokrywa koszty wytworzenia usługi z uwzględnieniem kosztów pracy. Wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny uwzględnia minimalne wynagrodzenie za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (D. U. Nr 200, poz. 1679 z późn. zm.) tj. oraz konieczne koszty Pracodawcy” (s. 11 wyjaśnień).

Odwołujący wskazał, że brak natomiast w w/w wyjaśnieniach informacji, jakie konkretnie stawki zostały przyjęte (a zatem nie można potwierdzić, czy są one zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy), brak też dowodów potwierdzających zgodność z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Odwołujący podkreślił, że zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczeń społecznych jest istotna w świetle postawionych przez Zamawiającego wymogów dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, wskazując na treść Zamawiającego w § 3 ust. 12 Wzoru Umowy w związku z pkt III.16 SWZ. Zdaniem Odwołującego w świetle tych postanowień kwestia zgodności oferty z przepisami o kosztach pracy, prawa pracy i zabezpieczeń społecznych nie ma charakteru jedynie hipotetycznego, a Zamawiający będzie wymagał zatrudnienia określonych wyżej osób na podstawie umowy o pracę, a nie np. na podstawie umowy o stałej współpracy z osobą prowadzącą działalność gospodarczą. Powyższe sprzeczne w ocenie Odwołującego, że wyjaśnienia zarówno GPP, jak i Wiertconsulting, są niezgodne z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, a złożenie takich wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty. Odwołujący wskazał, że analogiczne stanowisko przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21 czerwca 2021 r., KIO 1412/21.

Odwołujący wskazał na istotną dysproporcję pomiędzy cenami zawartymi w ofertach GPP i Wiertconsulting, a cenami pozostałych ofert podkreślając, że szczególna dysproporcja występuje w cenie za wykonanie dokumentacji projektowej, jest to również najistotniejszy wskaźnik cenowy, a jednocześnie ani GPP, ani Wiertconsulting nie wykazał w wyjaśnieniach dotyczących ceny, w jaki sposób i przy założeniu jakiej pracochłonności ustalił cenę za te czynności.

Odwołujący przypomniał, że przedmiotem usługi są prace projektowe świadczone w przeważającej części przez projektantów posiadających uprawnienia budowlane w swoich branżach (dziewięć odrębnych branż wymagających takowych uprawnień). Rynek projektantów i ekspertów jest obecnie trudny i stanowi raczej rynek pracownika. Praca intelektualna jaka jest do wykonania w przedmiotowym zleceniu jak każda tego typu praca nie daje możliwości istotnego skrócenia niezbędnych czynności koncepcyjnych, decyzyjnych bez uszczerbku dla jakości. Tym czasem ceny za wykonanie dokumentacji wynikające z ofert GPP i Wiertconsulting stanowią odpowiednio 49% i 64%. Wartość całych ofert w stosunku do ceny ustalonej przez Zamawiającego jako wartość przedmiotu zamówienia to odpowiednio 58% i 79%. W opinii odwołującego są to obiektywne i istotne przesłanki stanowiące o rażąco niskiej cenie obu ofert, tym bardziej jeśli GPP i Wiertconsulting nie dostarczyli żadnych konkretnych dowodów na obronę odwrotnego twierdzenia.

W opinii Odwołującego ceny wskazane w ofertach GPP i Wiertconsulting są cenami rażąco niskimi. Odwołujący podkreślił, że ocena wyjaśnień złożonych zarówno przez GPP, jak i Wiertconsulting, powinna skutkować stwierdzeniem przez Zamawiającego, że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia:

Cena zaoferowana przez GPP:

W ocenie Odwołującego GPP poza bardzo ogólnymi stwierdzeniami, na jednej stronie, nie przedstawił żadnego uzasadnienia ani dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena jest realna. Sama jednak analiza poszczególnych wykazanych w formularzu oferty pozycji pozwala wskazać na rażąco niski charakter zaoferowanej ceny oraz poszczególnych istotnych części składowych:

1. Cena za wykonanie dokumentacji projektowej
2. Cena za metr bieżący wiercenia jest rażąco niska (mowa o obmiarowych pozycjach z oferty, które zostały wymienione w formularzu ofertowym, co do których wykonawcy podawali ceny jednostkowe) - 150,00 zł/mb, podczas gdy we wszystkich pozostałych ofertach przedział cenowy wynosił od 350,00 do 750,00 zł/mb. Przy założeniu, że otwory narzucone przez Zamawiającego mogą mieć głębokość od 0-30 m p.p.t., podwykonawca Odwołującego zakłada możliwość wystąpienia skał (przy maksymalnej możliwej głębokości), a jego cena obejmuje zmianę technologii wiercenia (jeśli zajdzie taka konieczność) oraz właściwą likwidację odwiertu (również poprzez cementowanie/łutowanie w warstwach słabo przepuszczalnych). Takiego podejścia wymaga sam Zamawiający w OPZ. W kontekście tego kwota, którą deklaruje GPP za metr bieżący wiercenia, jest stosowana w przypadku prac typu: otwory nierurowane od 0 do 6 m lub otwory rurowane od 0 do 6 m - czyli prac o znacznie mniejszym zakresie i/lub w gorszej technologii (bez rur osłonowych). Oznacza to, że podane w ofercie GPP ceny są na poziomie otworów do 6 m i to w technologii nierurowanej czyli tańszej, podczas gdy Zamawiający wymagał otworów rurowanych i głębszych.
3. Cena za badania trójosiowe (badanie efektywnego kąta tarcia wewnętrznego i spójności efektywnej) jest rażąco niska - wynosi 500,00 zł/sztukę, podczas gdy w pozostałych ofertach przedział wynosi od 2 000,00 do 3 500,00 zł/sztukę. Ceny rynkowe za takie badanie opiewają na kwoty z przedziału 2 500,00-3 000,00 zł za sztukę. Badanie trójosiowe w wariancie TX CID jest najdroższym, powszechnie stosowanym badaniem spośród badań laboratoryjnych gruntów, jest to również wariant najbardziej czasochłonny, a samo badanie wymaga specjalistycznego, kosztownego sprzętu. Oznacza to, że cena wskazana GPP kształtuje się na poziomie 20% średniej rynkowej.
4. GPP wprowadził przedstawił w wyjaśnieniach kwotę za badania geologiczne, jednak analiza kwot świadczy o tym, że nie podał on kwoty za pozostałe czynności na wykonanie dokumentacji geologicznych, decyzje zatwierdzające projekt robót i zatwierdzającą dokumentację geologiczno-inżynierską. Stosunek wartości wierceń do reszt prac zwykle stanowi stosunek około 2:1. Struktura zaproponowanych przez GPP wyjaśnień nie umożliwia stwierdzenia, czy w ogóle uwzględniono koszty prac związanych z wytworzeniem dokumentacji geologicznej na podstawie przeprowadzonych badań geologicznych.
5. GPP nie ujawnił, w jaki sposób i czy w ogóle uwzględnił w ofercie koszty towarzyszące przeprowadzeniu badań, które nie są wyszczególnione w tabeli formularza ofertowego. Do takich kosztów należą: koszty pozyskania dostępu do gruntu (uzgodnienia, odszkodowania, nawet w przypadku gdy teren należy do Zamawiającego obowiązują procedury, które obligują wykonawcę do opracowania dodatkowych instrukcji, nakładają pewne obostrzenia, konieczność rekonstrukcji nawierzchni, membran itp.), koszty związane z opracowaniem dokumentacji tj. opinii geotechnicznej, dokumentacji badań podłoża gruntowego, projektu geotechnicznego (które zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych stanowią geotechniczne warunki posadowienia) oraz koszty opracowania projektu robót geologicznych, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i dokumentacji hydrogeologicznej (wg OPZ wymagana warunkowo), których zgodnie z ww. Rozporządzeniem wymaga się dla obiektów II kategorii geotechnicznej w złożonych warunkach gruntowo-wodnych oraz dla obiektów wszystkich kategorii (I-III) w skomplikowanych warunkach gruntowo-wodnych. W ofercie Odwołującego łączna kwota za powyższe elementy wyniosła 37 500,00 zł (w tym 10 000,00 zł za opcjonalną dokumentację hydrogeologiczną).
6. GPP wskazał na szacowane 4 wyjazdy w teren bądź w sprawach urzędowych. Z bogatego długoletniego doświadczenia Odwołującego wynika, że w zależności od ilości

zagadnień do wyjaśnienia w ścieżce formalnej, od wybranego wykonawcy (na etapie nadzoru autorskiego) dla zadania o charakterze dużej stacji gazowej wyjazdów może być kilkanaście, zatem pozycja ta jest ewidentnie niedoszacowana.

GPP powołał się w wyjaśnieniach na środowiskowe zasady wycen prac projektowych Izby Projektowania Budowlanego 2006 - są to zasady, który się nie używa, obecnie obowiązują Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych - 2016, wobec nieaktualnej w sposób istotny podstawy przyjętej do wyceny prac, uzyskane wyniki można uznać za obciążone poważną wadą. Ponadto jeżeli jednak GPP używał zasad środowiskowych wyceny prac projektowych, powinien był załączyć wyliczenie ceny wynikające z zastosowanej metodologii, czego nie uczynił.

Cena zaoferowana przez Wiertconsulting:

Cena za wykonanie dokumentacji projektowej

Wiertconsulting nie ujawnił, w jaki sposób i czy w ogóle uwzględnił w ofercie koszty towarzyszące przeprowadzeniu badań, które nie są wyszczególnione w tabeli formularza ofertowego. Do takich kosztów należą: koszty pozyskania dostępu do gruntu (uzgodnienia, odszkodowania, nawet w przypadku gdy teren należy do Zamawiającego obowiązują procedury, które obligują wykonawcę do opracowania dodatkowych instrukcji, nakładają pewne obostrzenia, konieczność rekonstrukcji nawierzchni, membran itp.), koszty związane z opracowaniem dokumentacji tj. opinii geotechnicznej, dokumentacji badań podłoża gruntowego, projektu geotechnicznego (które zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych stanowią geotechniczne warunki posadowienia) oraz koszty opracowania projektu robót geologicznych, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i dokumentacji hydrogeologicznej (wg OPZ wymagana warunkowo), których zgodnie z ww. Rozporządzeniem wymaga się dla obiektów II kategorii geotechnicznej w złożonych warunkach gruntowo-wodnych oraz dla obiektów wszystkich kategorii (I-III) w skomplikowanych warunkach gruntowo-wodnych. W ofercie Odwołującego łączna kwota za powyższe elementy wyniosła 37 500,00 zł (w tym 10 000,00 zł za opcjonalną dokumentację hydrogeologiczną).

Odwołujący wskazał, że w przepisach prawa brak jest legalnej definicji „rażąco niskiej ceny”, zatem sposób jej interpretowania wypracowało orzecznictwo sądów okręgowych oraz KIO. Zgodnie z tym utrwalonym orzecznictwem, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Odwołujący argumentował, że w wyroku KIO 1562/11 (przytaczanym również w kolejnym orzecznictwie i zachowującym swoją aktualność na gruncie obecnie obowiązującej ustawy PZP) stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowej sprawie nie będą miały zastosowania argumenty typowe dla oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ofertach na świadczenie usług intelektualnych (jak np. w wyroku KIO 1358/19), odnoszące się do tego, że przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca, to bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca którą ma świadczyć — ustawodawca zaś w tym zakresie, poza jej minimalną wartością, nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów, zatem wykonawca nie może zostać narażony na zarzut rażąco niskiej ceny swojej oferty, tylko z tego względu, że udało mu się znaleźć osoby świadczące usługi intelektualne za wynagrodzenie znacznie niższe niż przez osoby świadczące takie usługi w ramach ofert innych wykonawców. Zdaniem Odwołującego stwierdzenie to dla sytuacji objętej przedmiotowym odwołaniem nie jest prawdziwe z przyczyn opisanych w punkcie II d) niniejszego pisma: Przedmiotem usługi są prace projektowe świadczone w przeważającej części przez projektantów posiadających uprawnienia budowlane w swoich branżach (dziewięć odrębnych branż wymagających takowych uprawnień). Rynek projektantów i ekspertów jest obecnie trudny i stanowi raczej rynek pracownika. Praca intelektualna jaka jest do wykonania w przedmiotowym zleceniu jak każda tego typu praca nie daje możliwości istotnego skrócenia niezbędnych czynności koncepcyjnych, decyzyjnych bez uszczerbku dla jakości.

Odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia ma charakter strategiczny ponieważ dotyczy usług projektowych w odniesieniu do jednej z największych w Polsce stacji gazowych (zwykle obiekty mają przepustowość kilka-kilkadziesiąt tysięcy normalnych metrów na godzinę, w przedmiotowym przypadku jest to 250 tysięcy). Dodatkowo Zamawiający posiada restrykcyjne procedury i wymagania jakościowe, które z racji choćby zapewnienia bezpieczeństwa muszą zostać spełnione. Zakładanie zatrudnienia do realizacji przedmiotu zamówienia osób bez istotnego rzeczywistego doświadczenia (pomimo spełniania formalnych warunków) w realizacji podobnych obiektów w przedmiotowym przypadku nie powinno mieć miejsca w dobrze pojętym interesie Wykonawcy i Zamawiającego.

Zarówno oferta GPP, jak i oferta Wiertconsulting to opinii w Odwołującego, bazujące na przedstawionych w odwołaniu wyjaśnieniach i dowodach, oferty z rażąco niską ceną właśnie w odniesieniu do wartości rynkowej. Odwołujący jest podmiotem posiadającym ponad 70-letnie doświadczenie w branży gazowniczej, członkiem Grupy Kapitałowej PGNiG S.A. i czynnym członkiem Izby Gospodarczej Gazownictwa, który od wielu lat bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, obejmujących przedmioty zamówienia podobne do przedmiotu Postępowania, w tym ogłaszanych przez Zamawiającego. Dzięki temu Odwołujący posiada szeroką wiedzę o uwarunkowaniach rynkowych, w tym o minimalnych akceptowalnych poziomach cen umożliwiających wypracowanie zysku na rynku projektowania tego typu inwestycji, jak również o sposobach wyliczania cen ofertowych i aktualnych poziomach cen niezbędnych zakupów i usług. Sprawia to, iż jest w stanie zidentyfikować ewidentne sytuacje, kiedy ceny są rażąco zaniżone i nie uwzględniają zysku wykonawcy.

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy PZP miały istotny wpływ na wynik Postępowania. Z tych względów niniejsze odwołanie pozostaje konieczne i uzasadnione, zatem wnoszę jak w petitum odwołania.

W złożonej pismem z 22 sierpnia 2022 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu

rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

12 sierpnia 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, skutecznie zgłosił wykonawca M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Górnośląska Pracownia Projektowa M. S. z siedzibą w Wojkowicach (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Szacunkowa wartość przedmiot zamówienia została ustalona na kwotę 1.030.945,80 zł, co stanowi równowartość 231 485,94 euro.

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 1 268 063,33 zł brutto.

Do upływu terminu składania ofert złożone zostały następujące oferty:

1. PGNIG Gazoprojekt S.A., adres ul. Strzegomska 55A, kod 53-611, miasto Wrocław, województwo dolnośląskie, kraj Polska - oferta nr 1, Maksymalne wynagrodzenie netto 1 384 887,60 PLN, Maksymalne wynagrodzenie brutto 1 703 411,75 PLN,
2. Wiertconsulting Sp. z o.o., adres ul. Trzebiatowska 29A, kod 60-432, miasto Poznań, województwo wielkopolskie, kraj Polska - oferta nr 2, Maksymalne wynagrodzenie netto 812 131,20 PLN, Maksymalne wynagrodzenie brutto 998 921,38 PLN,
3. GAS-ENGINEERING J. H., adres ul. gen. Hallera 20, kod 41-709, miasto Ruda Śląska, województwo śląskie, kraj Polska - oferta nr 3, Maksymalne wynagrodzenie netto 1 655 290,00 PLN, Maksymalne wynagrodzenie brutto 2 036 006,70 PLN,
4. RS Energy Sp. z o.o., adres ul. Skierniewicka 10A, kod 01-230, miasto Warszawa, województwo mazowieckie, kraj Polska - oferta nr 4, Maksymalne wynagrodzenie netto 1 589 913,00 PLN, Maksymalne wynagrodzenie brutto 1 955 592,99 PLN,
5. Górnośląska Pracownia Projektowa M. S., adres ul. Jana III Sobieskiego 497, kod 42-580, miasto Wojkowice, województwo Śląskie, kraj Polska - oferta nr 5, Maksymalne wynagrodzenie netto 588 000,00 PLN, Maksymalne wynagrodzenie brutto 723 240,00 PLN.

Powyższych ustaleń Izba dokonała na podstawie treści Protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP-PN.

Zamawiający skierował do Przystępującego i do wykonawcy Wiertconsulting wezwania z 9 czerwca 2022 r. o tożsamej treści:

„Działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 poz. 1129), zwanej dalej „ustawą”, Zamawiający wzywa

Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi 1 268 063,33 złotych brutto, natomiast średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy wynosi 1 485 793,85 złotych brutto. Cena o 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, to cena poniżej 887 644,33 złotych brutto, natomiast od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy to cena poniżej 1 040 055,70 złotych brutto.

Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę, która jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy.

W związku z tym, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający jednocześnie informuje, że:

1) zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy;

2) zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Ww. wyjaśnienia wraz z dowodami należy dostarczyć w terminie do końca dnia 17.06.2022 r. drogą elektroniczną za pośrednictwem korespondencji obsługiwanej przez Portal Zakupowy (

Obaj wykonawcy udzielili odpowiedzi na powyższe wezwania. Oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Ponadto na podstawie wzoru umowy stanowiącego załącznik SWZ, Izba ustaliła, że §3 ust. 12 i 13 stanowią:

„12. Zamawiający wymaga, aby w przypadku zatrudnienia osób wykonujących czynności pomocnicze, biurowe w zakresie wskazanym poniżej:

a) czynności administracyjno-biurowe (np. asystentka/asystent projektu, koordynator projektu, sekretarz projektu),

b) czynności wspomagające Projektanta w realizacji dokumentacji projektowej objętej przedmiotem zamówienia w tym pomoc techniczna i merytoryczna w zakresie tworzenia opracowań projektowych z branży:

- technologicznej (asystent/asystentka projektanta),

- drogowej (asystent/asystentka projektanta),

- konstrukcyjno-budowlanej (asystent/asystentka projektanta),

- elektrycznej (asystent/asystentka projektanta),

- geologicznej (asystent/asystentka),

c) czynności w zakresie przygotowania dokumentacji formalno-prawnej (np. specjalista, pracownik do spraw formalno-prawnych),

d) czynności wykonywane w ramach przedmiotu zamówienia przez osoby opracowujące branżę środowiskową (asystent/asystentka),

Wykonawca lub podwykonawca zatrudnił te osoby na podstawie stosunku pracy.

13. Wykonawca wraz z przekazaniem harmonogramu prac projektowych przedłoży Zamawiającemu wykaz osób, o których mowa w ust. 12 powyżej (o ile dotyczy). Przy każdej zmianie wykazu osób, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu jego aktualizację."

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podane w ofercie ceny lub kosztu.

Natomiast jak wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 ww. regulacji w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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

Jak natomiast wynika z art. 224 ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ustawa Pzp przesądza również, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), a ponadto stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (vide: art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Reasumując powyższe: gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Innymi słowy w takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, w tym zawierające uzasadnienie zaoferowanej ceny, a także wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Niewątpliwie z treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy

złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Istotne jest przy tym aby wyjaśnienia były poparte dowodami, które uprawdopodobnią realność zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do stanowiska procesowego prezentowanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymanego następnie na rozprawie, zgodnie z którym nie miał on wątpliwości co do cen złożonych ofert, Izba wskazuje że nie ma to znaczenia dla oceny złożonych przez wykonawców wyjaśnień. Podkreślić należy, że choć w postępowaniu zaistnieją przesłanki obligujące zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśnienia ceny, to również ma on możliwość odstąpienia od realizacji tego obowiązku. Jak bowiem stanowi art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień „chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

Zamawiający nie odstąpił od wszczęcia procedury wyjaśnienia ceny, co pozwala wnioskować, że nie stwierdził wystąpienia takich okoliczności. W sytuacji natomiast wezwania wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny liczy się treść złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, przy czym oceny tej dokonuje się przez pryzmat treści wezwania. W związku z powyższym w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie ma znaczenia, stanowisko procesowe Zamawiającego, skoro wezwania zostały do Wykonawców skierowane. Sam fakt podjęcia takich czynności przez Zamawiającego zobowiązuje wykonawców do udzielenia wyjaśnień pod rygorem wskazanych w ustawie konsekwencji w postaci odrzucenia oferty.

Następnie wskazać należy, że jak wynika z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontryktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego zobowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 ustawy kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej strony konieczności poniesienia konsekwencji zaniechania realizacji tego obowiązku, lub braku skuteczności w tym zakresie, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Również na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecnictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (vide: wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2617/18), tak jak ma to miejsce w tym postępowaniu. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężaru dowodu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że mając na uwadze treść wezwań skierowanych do Przystępującego i wykonawcy Wiertconsulting, nie sposób stwierdzić żeby udzielone wyjaśnienia nie stanowiły adekwatnej odpowiedzi. Analiza skierowanych wezwań wskazuje, że mają one bardzo ogólną treść, a sam Zamawiający, choć żądał złożenia wyjaśnień i dowodów, nie sprecyzował szczegółowo zakresu informacji, jakie mają zostać wyjaśnione, w tym nie żądał wyjaśnienia poszczególnych części składowych ceny, wezwania dotyczyły bowiem ogólnie „wyliczenia ceny oferty”. Ponadto odnotowania wymaga, że w wezwaniach z 9 czerwca 2022 r. nie został wskazany sposób udzielenia wyjaśnień, w tym Zamawiający nie narzucił żadnej metodologii ich sporządzenia, a nawet nie zobowiązał wykonawców do wyjaśnienia poszczególnych pozycji art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, którego treść w wezwaniu dosłownie przywołał, lecz jedynie dał im taką możliwość, wskazując, że wyjaśnienia „mogą dotyczyć” kwestii wskazanych w wezwaniu. Wreszcie zauważyć należy, że w wezwaniach Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawcy udowodnili brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które ich zdaniem uzasadniały przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Odwołujący w treści zarzutów

odwołania podniósł, że wykonawcy zaniechali złożenia dowodów, co powinno przesądzić o wadliwości udzielonych wyjaśnień, jednak jednocześnie Odwołujący nie wskazał jakie dowody powinny zostać przez wykonawców złożone wraz z wyjaśnieniami.

W związku z powyższym, podniesione przez Odwołującego argumenty w zakresie lakoniczności złożonych wyjaśnień, ich ogólnego charakteru, czy przedstawienia jedynie skrótovej kalkulacji są chybione, ponieważ w świetle treści obu wezwań z 9 czerwca 2022 r. nie sposób uznać aby udzielone wyjaśnienia nie stanowiły na nie odpowiedzi. W ocenie Izby zawarte w złożonych wyjaśnieniach oświadczenia i kalkulacje były wystarczającymi dowodami na potwierdzenie prawidłowości skalkulowania ceny, mając na uwadze treść wezwań z 9 czerwca 2022 r. O ile oczywiste jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokumenty autorstwa wykonawców, o tyle nie pozbawia to ich automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje te i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie. Natomiast Odwołujący nie podważył skutecznie w treści odwołania i zakreślonego w nim zakresu zaskarżenia prawidłowości i prawdziwości tych wyjaśnień i przedstawionych kalkulacji. Odnosząc się do stanowiska dotyczącego zaniechania wskazania w wyjaśnieniach pracochłonności przewidzianej na opracowanie dokumentacji projektowej w powiązaniu z wynagrodzeniem osób, Izba wskazuje, że wezwania nie dotyczyły takiego szczegółowego zakresu. Ponadto Odwołujący nie wykazał, aby z dokumentów zamówienia wynikał jakiś poziom czasochłonności konieczny do skalkulowania, co pozwala wnioskować, że poziom ten był ustalany indywidualnie przez każdego wykonawcę i zależał od sposobu organizacji pracy. Argument ten jest poza tym dla Izby niejasny. Niewątpliwie obaj wykonawcy w swoich wyjaśnieniach wykazali, że uwzględnili koszt opracowania dokumentacji, a sam Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że ten koszt jest rażąco niski i nie da się za takie kwoty wykonać tego zakresu.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1462/21 w zakresie przytoczonym przez Odwołującego, ale odnosząc go do okoliczności tej sprawy nie sposób uznać aby wykonawcy udzielający wyjaśnień w tym postępowaniu nie zastosowali się do wezwań z 9 czerwca 2022 r., których treści co wymaga podkreślenia, odwołujący nie kwestionuje, a nawet uważa, że wezwania te były prawidłowe (vide: pierwszy akapit str. 8 uzasadniania odwołania). Wywodzenie natomiast z profesjonalizmu wykonawców, że zobowiązani są oni wykraczać w swoich wyjaśnieniach ponad treść wezwania jest w ocenie Izby nieuzasadnione i nie wynika z art. 224 ustawy Pzp.

W tym miejscu Izba wskazuje, że bez względu na powód wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jej inicjatorem jest zawsze zamawiający, który w tym, celu kieruje do wykonawcy wezwanie o ustalonej przez siebie treści. Treść ta powinna być uzależniona od okoliczności danego postępowania. W każdym bowiem postępowaniu sposób kalkulacji ceny wygląda inaczej i wezwanie powinno tę okoliczność uwzględniać. Przepisy ustawy w tym zakresie nie bez powodu pozostawiają zamawiającemu pewną swobodę dając tylko ogólne wytyczne. Zatem autorem wezwania jest zamawiający i to on decyduje o jego treści i zakresie z uwzględnieniem faktu, że wszczęcie procedury wyjaśnienia ceny służyć ma ustaleniu czy zaoferowana cena jest ceną realną czy nie, nie ma natomiast jedynie stanowić formalnego wypełnienia przez zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 224 ustawy Pzp. Natomiast obowiązkiem wykonawcy jest na wezwanie odpowiedzieć w sposób rzetelny i adekwatny.

Stanowisko Odwołującego zawarte w pkt c) uzasadnienia odwołania również nie zasługuje na uwzględnienie. Izba odnosząc się do tej części argumentacji Odwołującego wskazuje, że po pierwsze przepis art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, jak słusznie zauważył Zamawiający, jest skierowany do zamawiającego. Jak wynika z treści wezwań nie obejmowały one tego zakresu w sposób bezwzględny, ponieważ również tu Zamawiający zostawił wykonawcom możliwość wyjaśnienia. Ponadto jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia główny koszt w tym zakresie to praca projektantów co do których nie było wymogu zatrudnienia na umowę o pracę.

Wykonawca Wiertconsulting odniósł się w swoich wyjaśnieniach do kwestii kosztów pracy i choć rzeczywiście wprost nie wskazał konkretnych stawek, to jednak oświadczył, że „w celu ustalenia minimalnego wydatku finansowego, w przeliczeniu na jedną godzinę pracy, związanego z zatrudnieniem pracownika uwzględniono wymiar czasu pracy w latach 2022 - 2025” oraz wykonawca uwzględnił dodatkowe wydatki związane z zatrudnieniem a leżące po stronie pracodawcy. Wykonawca potwierdził, że uwzględnił minimalne wynagrodzenie za pracę wynikające z art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2022 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz konieczne koszty pracodawcy.

Znaczenie ma również treść dokumentacji zamówienia, na którą uwagę zwrócił Zamawiający, a która nie zobowiązuje wykonawcy bezwzględnie do zatrudnienia personelu pomocniczego/biurowego, lecz stanowi, że jeśli taki personel będzie zatrudniony, to Zamawiający wymaga aby podstawą zatrudnienia była umowa o pracę. Odwołujący nie

wyказаł, aby Przystępujący na potrzeby realizacji zamówienia zatrudniał taki personel, ani że w jego sytuacji byłby to istotny koszt a w konsekwencji, że ten koszt w jego kalkulacji powinien zostać wyjaśniony. Izba raz jeszcze podkreśla, że w wezwaniu Zamawiający dał możliwość wyjaśnienia tego zakresu, co w ocenie Izby powoduje, że nawet gdyby Przystępujący taki koszt ponosił, a go nie wyjaśnił, to w okolicznościach tej sprawy odrzucanie jego oferty byłoby skrajnie formalnym podejściem. Sam Odwołujący przyznał podczas rozprawy, że znaczenie tego kosztu jest uzależnione od sposobu organizacji i wykonywania usługi przez danego wykonawcę (vide: str. 3 protokołu posiedzenia i rozprawy z 24 sierpnia 2022 r.) i choć Odwołujący stwierdził, że na pewno są to koszty istotne i nie są pomijalne, to nie wykazał aby teza ta była adekwatna wobec Przystępującego. Ponadto nie sposób pominąć procesowe stanowisko Przystępującego zaprezentowane na rozprawie, gdzie wyjaśnił on, że „Bezpośrednio angażuje się w wykonywanie zamówienia, jako kierownik zespołu, sam jeździ w teren, sam również jest pełnomocnikiem w sprawach urzędowych”, co w ocenie Izby uprawdopodobnia twierdzenie, że jego koszty działalności mogą przedstawiać się na niższym poziomie niż u innych wykonawców (vide: str. 6 protokołu posiedzenia i rozprawy z 24 sierpnia 2022 r.). Ponadto Izba miała na uwadze argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie pkt 10-12 odpowiedzi na odwołanie, str. 7 i 8, która była dla Izby w okolicznościach tej sprawy przekonująca.

Odnosząc się do przytoczonego w treści odwołania fragmentu wyroku zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 1412/21, to zauważyć po pierwsze należy, że Izba wskazała, że zamawiający wprost w wezwaniu szczególnie podkreślił kwestię kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy, co nie miało miejsca w tym postępowaniu. Zatem wnioski płynące z tego rozstrzygnięcia nie mogą mieć zastosowania w tej sprawie z uwagi na odmienności stanów faktycznych. Izba raz jeszcze podkreśla, że Zamawiający w wezwaniach wskazał, że wykonawcy mogą mu wyjaśnić ten zakres.

Stanowisko Odwołującego wskazane na str. 11 uzasadnienia odwołania nie uwzględnia ponownie treści wezwań z 9 czerwca 2022 r. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał aby za wskazane przez wykonawców ceny nie dało się wykonać dokumentacji projektowej. Poza wskazanym w tej części odwołania zestawieniem porównawczym, brak argumentacji która by przekonała Izbę, że są to ceny wątpliwe. Stanowisko Odwołującego opiera się tylko na jego własnych twierdzeniach.

Podobnie w stanowisku wskazanym w pkt e) uzasadnienia odwołania, Odwołujący zawarł jedynie gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami twierdzenia. Odwołujący powołał się na ceny rynkowe albo otrzymane od swoich podwykonawców oferty, których nie przedstawił. Ponadto wskazał na porównanie cen zaoferowanych w tym postępowaniu, których rozbieżność jest znacząca. Izba nie przeczy, że podniesione przez Odwołującego kwestie mogły wydawać się wątpliwe, jednak dostrzeżenia wymaga, że ze stanowiskiem tym nie został skorelowany zarzut zaniechania przez Zamawiającego dalszych wyjaśnień, czy też wadliwości skierowanych wyjaśnień z 9 czerwca 2022 r., lecz odwołanie koncentruje się na zarzucie zaniechania odrzucenia ofert. W tym miejscu Izba ponownie wskazuje, że wyjaśnienia powinny być oceniane przez pryzmat wezwania. W wezwaniach Zamawiający zostawił wykonawcom swobodę co do wyjaśnienia ceny, ponadto wykonawcy nie byli wezwani do wyjaśnienia kwestii poruszonych przez Odwołującego w pkt e) uzasadnienia odwołania. Wyjaśnić należy, że ewentualnie ponowne wezwanie w obu przypadkach nie stanowiłoby naruszenia wywiedzionej w doktrynie i orzecznictwie z zasady równego traktowania wykonawców zasady jednokrotnego wzywania, gdyż jak wsadzano wcześniej pierwotnie Zamawiający o te kwestie wprost nie pytał. Z drugiej strony mając na uwadze stanowisko Zamawiającego zawarte w treści odpowiedzi na odwołanie i podtrzymane na rozprawie, dostrzec trzeba, że Zamawiający wyjaśnił że podniesione przez Odwołującego zastrzeżenia, nie były dla Zamawiającego kwestiami wątpliwymi. Natomiast twierdzenie Odwołującego wyrażone podczas rozprawy jakoby Zamawiający zaniechał wyjaśnienia wątpliwości wskazane w pkt 14 lit b) odpowiedzi na odwołanie, na tym etapie Izba ocenia jako spóźnione i stanowiące nieuprawnione rozszerzenie zarzutów odwołania.

Również stanowisko wskazane w zdaniu pierwszym ostatni akapit str. 15 i na str. 16 uzasadnienia odwołania Izba ocenia jako opinię Odwołującego w żaden sposób niewykazaną. Jak wskazano we wstępnych rozważaniach tzw. odwrócony ciężar dowodzenia związany z zagadnieniem rażąco niskiej ceny nie zwalania Odwołującego od wykazania zasadności podnieconych w odwołaniu zarzutów.

Z tych względów 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. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) 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: