

Sygn. akt: KIO 2595/22
KIO 2611/22

WYROK

z dnia 18 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: INKO CONSULTING Sp. z o.o., MP CONSULTING Sp. z o.o., ul. Marcika 25d/2, 30-443 Kraków,

2. w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: Eksametr Sp. z o.o., Miliarium Sp. z o.o., ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05-075 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Świętokrzyskie-Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, ul. Jagiellońska 72, 25-602 Kielce,

przy udziale wykonawcy - MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2595/22 i KIO 2611/22 po stronie Zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: INKO CONSULTING Sp. z o.o., MP CONSULTING Sp. z o.o., ul. Marcika 25d/2, 30-443 Kraków, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2611/22 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. A. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2595/22 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: INKO CONSULTING Sp. z o.o., MP CONSULTING Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści załącznika nr 11;

B. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2611/22,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża przystępującego - wykonawcę:

MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (KIO 2595/22) i odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: Eksametr Sp.

z o.o., Miliarium Sp. z o.o., ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05-075 Warszawa (KIO 2611/22), i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy), w tym:

A. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: INKO CONSULTING Sp. z o.o., MP CONSULTING Sp. z o. o., ul. Marcika 25d/2, 30-443 Kraków tytułem wpisu od odwołania;

B. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum:

Eksametr Sp. z o.o., Miliarium Sp. z o.o., ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05-075 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy)

od wykonawcy: MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (KIO 2595/22) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: INKO CONSULTING Sp. z o.o., MP CONSULTING Sp. z o. o., ul. Marcika 25d/2, 30-443 Kraków stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w

terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

KIO 2595/22

KIO 2611/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Województwo Świętokrzyskie - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Rozbudowa drogi woj. 754 na odcinku od km 0+000 do 1+912 w Ostrowcu Świętokrzyskim wraz z rozbudową mostu na rzece Kamiennej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 101-280045 w dniu 25 maja 2022 r.

W dniu 23 września 2022 r. Zamawiający dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez wykonawcę

MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie.

KIO 2595/22

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o. o. MP Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”) wnieśli odwołanie wobec:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy MGGP S.A. pomimo tego, że to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza,
2. czynności badania i oceny oferty Odwołującego, w szczególności w zakresie Załącznika nr 11 do oferty (Kryterium Oceny Ofert „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”) oraz zaniechania przyznania ofercie Odwołującego punktów

w kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu (D)”, oraz z ostrożności także wobec:

3. zaniechania przez Zamawiającego zażądania od Odwołującego wyjaśnień co do treści Załącznika nr 11 ich oferty (Kryterium Oceny Ofert „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”), jeśli Zamawiający rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści oświadczenia Odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 Pzp i art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty MGGP S.A. jako oferty najkorzystniejszej pomimo, iż oferta ta nie była najkorzystniejsza, gdyż to prawidłowo zbadana i oceniona oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą, w szczególności bowiem prawidłowe badanie i ocena Załącznika nr 11 do oferty Odwołującego winny prowadzić do przyznania jego ofercie dodatkowo 20 pkt w kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu (D)”, a w konsekwencji do uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu;

ponadto z ostrożności - naruszenie

2) art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zażądania od

Odwołującego wyjaśnień co do treści Załącznika nr 11 ich oferty (Kryterium Oceny Ofert „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”), jeśli Zamawiający rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści oświadczenia Odwołującego (do których to wątpliwości zresztą nie było podstaw w ocenie Odwołujących), w sytuacji gdy wbrew twierdzeniom Zamawiającego wyjaśnienia takie w żadnym razie nie stanowiłyby prowadzenia między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty ani też nie prowadziłyby do dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

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

1) unieważnienie czynności wyboru oferty MGGP S.A. jako najkorzystniejszej;

2) dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym w szczególności dokonanie ponownej oceny i badania oferty Odwołującego z uwzględnieniem treści Załącznika nr 11 ich oferty (Kryterium Oceny Ofert „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”) prawidłowo rozumianego jako zawierającego oświadczenie Odwołującego, iż każde wskazane w nim doświadczenie spełnia wymagania opisane w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret pierwsze SIWZ i w konsekwencji przyznanie ofercie Odwołującemu 20 pkt w kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu (D)”,

ewentualnie, w przypadku uznania braku podstaw do nakazania czynności wskazanej w pkt 2 powyżej, nakazanie Zamawiającemu:

3) zażądania od Odwołującego wyjaśnień co do treści Załącznika nr 11 ich oferty

(Kryterium Oceny Ofert „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”) na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp w zakresie wyjaśnienia wskazywanych przez Zamawiającego ewentualnych wątpliwości co do zgodności wskazanego w nim doświadczenia z wymaganiami opisanymi w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret pierwsze SIWZ; a następnie

4) dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w szczególności z uwzględnieniem wyjaśnień, o których mowa w pkt 3 powyżej.

Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku dokonania prawidłowej oceny oferty

Odwołującego, zgodnie z treścią odwołania, jego oferta stanowiłaby najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu. Wskutek zakwestionowanych w odwołaniu czynności i zaniechań Odwołujący traci możliwość wykonania zamówienia i ponosi szkodę, na którą w szczególności składałyby się utracone korzyści związane z realizacją zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zachowanie Zamawiającego jest nieprawidłowe i wewnętrznie sprzeczne. Podkreślił, że treść Załącznika nr 11 oferty (Kryterium Oceny Ofert „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”) zawiera już w samej swojej treści oświadczenie, że „osoba skierowana do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu posiada następujące doświadczenie zawodowe, opisane w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret pierwsze SIWZ”.

W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający realnie nie zakwestionował co

do zasady doświadczenia Inżyniera Kontraktu w zakresie wymagań określonych w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret pierwsze SIWZ, a jedynie, całkowicie abstrahując od treści oświadczenia zawartego w Załączniku nr 11, a priori uznał, nie podejmując jakichkolwiek czynności w celu rozwiania swoich ewentualnych wątpliwości, iż „nie mógł przyznać punktów” ofercie Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, argumentacja Zamawiającego jest nieprawidłowa w szczególności dlatego, iż:

- Treść Załącznika nr 11 w ofercie Odwołującego zawiera wszelkie niezbędne oświadczenia i dane pozwalające na prawidłowe przyznanie 20 punktów w kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”. Skoro bowiem wykonawca w treści tego Załącznika nr 11 składa wprost oświadczenie, iż wskazane w nim kontrakty (doświadczenie zawodowe) odpowiada wymaganiom opisanym w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret pierwsze SIWZ, to nie jest konieczne ponawianie dodatkowych danych w samym opisie kontraktów, gdyż jasnym jest w szczególności, że wykonawca wprost oświadcza spełnienie wymagań tak w szczególności do co okresu pełnienia funkcji jak i klasy drogi. Zamawiający nie może rozsądnie oczekiwać wielokrotnego potwierdzania tej samej okoliczności, a treść Załącznika nr 11 (zawierająca szczegółowe dane faktyczne) pozwalała w pełni na stosowną weryfikację prawdziwości oświadczenia, jeśli Zamawiający uznawał to za stosowne. Nie jest zatem prawdą, że samo oświadczenie zawarte w Załączniku nr 11 miało nie potwierdzać jakichkolwiek wymagań czy było niekompletne, a Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował prawdziwości całego oświadczenia.

- Gdyby nawet uznać, że Zamawiający mógłby mieć jakieś wątpliwości co do treści Załącznika nr 11 (do czego w stanie faktycznym nie ma podstaw), to całkowicie błędne są rozważania Zamawiającego w przedmiocie rzekomego braku możliwości zwrócenia się przez Zamawiającego o stosowne wyjaśnienia do Odwołującego w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp. Kwestie podniesione jako rzekome wątpliwości przez Zamawiającego miały drobny charakter techniczny (realnie były potwierdzone w całości oświadczenia jak wskazano powyżej) i niewątpliwie mogły być przedmiotem wyjaśnień, a wyjaśnienia takie w żadnym razie nie stanowiłyby prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty ani też nie prowadziłyby do dokonywania jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Odwołujący przywołał treść orzeczenia KIO 1088/21 na poparcie swojego stanowiska i wskazał, że Zamawiający naruszył zatem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust.

4 pkt 18 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 Pzp i art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp

W kontekście rozważań w zakresie ewentualnego wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, z ostrożności Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zażądania od Odwołującego wyjaśnień co do treści Załącznika nr 11 ich oferty (Kryterium Oceny Ofert „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”), jeśli Zamawiający rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści oświadczenia Odwołujących (do których to wątpliwości zresztą nie było podstaw w ocenie Odwołującego), w sytuacji gdy wbrew twierdzeniom Zamawiającego wyjaśnienia takie w żadnym razie nie stanowiłyby prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty ani też nie prowadziłyby do dokonywania jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 14 października 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający poinformował o uwzględnieniu zarzutów odwołania, w wyniku czego wypełnione zostaną żądania Odwołujących w zakresie pkt 1, 3 i 4, tj.:

- unieważniona zostanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy

MGGP S.A

- zażądane zostanie od Odwołujących złożenie wyjaśnień co do treści Załącznika nr 11 ich oferty (Kryterium Oceny Ofert „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”) na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp w zakresie wskazywanych przez Zamawiającego wątpliwości co do zgodności wskazanego w nim doświadczenia z wymaganiami opisanymi w Rozdziale

IX ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret pierwsze SIWZ;

- dokonana zostanie ponowna ocena i badanie ofert, w szczególności z

uwzględnieniem wyjaśnień, o których mowa powyżej

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Wykonawca MGGP S.A., pismem z dnia 17 października 2022 r., wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Przystępujący podniósł, że Zamawiający nie miał możliwości przyznania Konsorcjum INKO punktacji w kryterium pozacenowym „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu (D)”, ze względu na dołączenie przez Odwołującego do oferty Załącznika nr 11 niezawierającego wszystkich niezbędnych informacji dotyczących usług, które miały potwierdzać posiadanie przez osobę proponowaną na stanowisko Inżyniera Kontraktu odpowiedniego doświadczenia - zgodnie z Rozdziałem XX ust. 2 pkt 2) lit. a) ppkt. 1) -3) oraz lit. b) SWZ.

Zdaniem Przystępującego, w świetle treści SWZ oraz Załącznika nr 11, nie jest prawidłowa argumentacja Odwołującego wskazująca, że złożenie przez wykonawcę oświadczenia o posiadaniu przez osobę skierowaną do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu doświadczenia zawodowego, opisanego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4) lit. b) tiret pierwsze zastępuje opis doświadczenia takiej osoby. Samo oświadczenie jest jednym elementem, który zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonym w SWZ wymaga dopełnienia, poprzez podanie istotnych parametrów dotyczących usług, przy realizacji których kandydat do funkcji Inżyniera Kontraktu doświadczenie to zdobył.

Zamawiający w Załączniku nr 11 wprost wymagał, aby wykonawcy przedstawili dane dotyczące usług, niezbędne dla jej oceny w kontekście kryterium pozacenowego, wskazując że opis zadania ma jednoznacznie potwierdzać kwalifikacje, wykształcenie, doświadczenie zawodowe, pełnioną funkcję oraz wartość nadzorowanego zadania. Biorąc zaś pod uwagę, że punktacji podlegało wyłącznie doświadczenie zdobyte na kontraktach w okresie od przekazania placu budowy do podpisania protokółowego odbioru końcowego zadania, o określonych minimalnych parametrach drogi (klasa min. G), to wykonawcy chcąc wypełnić kryterium byli obowiązani zawrzeć informacje także w tym zakresie. Odwołujący w oczywisty sposób nie zawarł wszystkich wymaganych informacji w Załączniku nr 11, a obecnie przekonuje, że brakujące dane mogły zostać zastąpione ogólnym oświadczeniem.

Treść oświadczenia: „Oświadczamy, że osoba skierowana do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu posiada następujące doświadczenie zawodowe, opisanie w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret pierwsze SWZ” wprost łączy to oświadczenie z tabelą znajdującą się poniżej w Załączniku 11, tabelą mającą zawierać opis usług przedstawianych do oceny w ramach kryterium. Oświadczenie nie ma więc samodzielnego charakteru, a jest powiązane z danymi dotyczącymi doświadczenia Inżyniera Kontraktu.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie oczekuje wielokrotnego potwierdzania tej samej okoliczności. Informacje dotyczące usług, które powinny zostać zamieszczone w kolumnie 4 Opis usługi Załącznika nr 11 służą umożliwieniu Zamawiającemu dokonania weryfikacji doświadczenia Inżyniera Kontraktu. Samo oświadczenie co do posiadania doświadczenia takich danych nie dostarcza. Konsorcjum INKO nie przedstawiło kompletu informacji pozwalających na sprawdzenie czy wykazane usługi faktycznie odpowiadają żądanemu przez Zamawiającego doświadczeniu Inżyniera Kontraktu, toteż stanowisko Odwołującego, który uważa że treść Załącznika 11 (zawierająca szczegółowe dane faktyczne) pozwalała w pełni na stosowną weryfikację oświadczenia, nie odpowiada prawdzie.

Ponadto, opis kryteriów oceny ofert został zawarty w Rozdziale XX. Szczegółowe zapisy w odniesieniu do kryterium pozacenowego Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu (D) znajdują się w ust. 2 pkt 2) lit. a) ppkt. 1) -3) oraz lit. b) tego Rozdziału. Treść kryterium odsyła jedynie do treści warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału IX ust. 2 pkt 4) lit. b) tiret pierwsze. Dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wystarczającym jest, aby wykonawca dysponował osobą Inżyniera Kontraktu, którego doświadczenie zawodowe musi obejmować (przy zastrzeżeniu pozostałych warunków) co najmniej 1 kontrakt o wartości min. 30 mln PLN brutto (w okresie od przekazania placu budowy do podpisania protokółowego odbioru końcowego zadania). Dla otrzymania punktów w ramach kryterium pozacenowego konieczne było posiadanie przez Inżyniera Kontraktu doświadczenia szerszego - powiększonego o co najmniej drugi taki kontrakt. Oświadczenie w zakresie spełniania warunków określonych w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4) lit. b) tiret pierwsze potwierdza więc legitymowanie się 3-letnim doświadczeniem na stanowiskach kierowniczych oraz posiadanie doświadczenia na jednym ze wskazanych w tabeli zadań w okresie od przekazania placu budowy do podpisania protokółowego odbioru końcowego. Za powyższe, Zamawiający, zgodnie z Rozdziałem XX ust. 2 pkt 2) lit. a) ppkt. 1) -3) oraz lit. b) słusznie przyznał konsorcjum 0 punktów.

Przekazanie przez wykonawców (tu Konsorcjum INKO) pełnych i wyczerpujących w odniesieniu do treści kryterium pozacenowego informacji (opisu usługi) może mieć istotne znaczenie dla losów postępowania, gdyż pozwala Zamawiającemu na skuteczną weryfikację danych i dokonanie prawidłowej ich oceny.

Przystępujący przykładowo wskazał, że powziął wiadomość, że zawarte w Załączniku nr 11 Konsorcjum INKO daty pełnienia funkcji przez Inżyniera Kontraktu dla zadania Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad pracami projektowymi oraz robotami budowlanymi na Projekcie pn.: Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania: „Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 984 od m. Rzędzianowice do ul. Sienkiewicza w Mielcu wraz z budową mostu na rzece Wisłoka tj. 15.02.2018 r. - 15.04.2020 r. nie odpowiadają faktycznym datom przekazania placu budowy (18.10.2018 r.) i podpisania protokołu odbioru końcowego zadania (30.04.2020 r.). W tym drugim przypadku mamy do czynienia z datą późniejszą niż wskazaną przez Konsorcjum INKO w Załączniku nr 11, z czego wynika, że pan M.P. nie pełnił swojej funkcji do momentu podpisania protokołu odbioru końcowego zadania.

W ocenie Przystępującego, działanie Zamawiającego, polegające na nieprzyznaniu Konsorcjum INKO punktacji w kryterium oceny ofert Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu (D) było prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy Pzp. To wykonawca jest obowiązany do podania pełnych i kompletnych danych pozwalających Zamawiającemu na ocenę, czy okoliczności dotyczące tego wykonawcy odpowiadają warunkom opisanym w danym kryterium i czy w związku z tym wykonawcy należy przyznać punkty. Ustawa Pzp nie daje podstaw, aby ten obowiązek Wykonawcy w przypadku gdy wykonawca nie spełnił go należycie, był zastępowany czy dopełniany działaniami Zamawiającego.

Przystępujący stwierdził, że dokonane przez Zamawiającego uwzględnienie odwołania jest niezgodne z ustawą Pzp. W opisywanej sytuacji wyjaśnienia Odwołującego będą w oczywisty sposób prowadziły do rzeczywistego uzupełnienia jego oferty, poprzez dodanie informacji dotyczących doświadczenia Inżyniera Kontraktu, brakujących w złożonym przez Konsorcjum INKO Załączniku nr 11. Nie jest bowiem możliwe, aby samo tylko objaśnienie dotychczasowej treści przedmiotowego Załącznika mogło doprowadzić do dostarczenia Zamawiającemu brakujących informacji, obejmujących jak wynika z uzasadnienia Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo Zamawiającego z dnia 23.09.2022 r.). Konieczna będzie zmiana treści Załącznika nr 11 - dodanie/uzupełnienie brakujących informacji.

Wyjaśnienie polega na wskazaniu uzasadnienia dla podanej przez wykonawcę treści czy sposobu jej rozumienia, a nie dodaniu dodatkowych, wcześniej nie ujętych informacji/treści. Braki w Załączniku nr 11, odnoszącym się do kryteriów oceny ofert, wymagają dla ich usunięcia właśnie uzupełnienia, które w świetle przepisów ustawy Pzp nie jest dopuszczalne.

W ocenie Przystępującego, uzupełnienie treści Załącznika nr 11 będzie niewątpliwie naruszało art. 233 ust. 1 zdanie drugie Pzp, gdyż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, a także zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 Pzp). Przepis art. 233 ust. 1 Pzp nie pozwala na uzupełnienie/zmianę treści Załącznika nr 11. Konsekwencją stwierdzonych przez Zamawiającego braków w zakresie niezbędnych informacji dotyczących doświadczenia osoby, która ma być skierowana do pełnienia roli Inżyniera Kontraktu, powinno być nieprzyznanie punktów, bez uprzedniego wzywania Konsorcjum INKO do wyjaśnień, gdyż jak wskazano powyżej wyjaśnienia te muszą prowadzić do dodania danych pominiętych przez Odwołującego na etapie składania ofert.

Przystępujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej na poparcie swojego stanowiska, m.in. wyrok z dnia 4 października 2021 r. sygn. akt KIO 2759/21, wyrok z dnia 23 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3252/21.

KIO 2611/22

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: Eksametr Sp. z o.o., Miliarium Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniosli odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W dniu 23 września 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, jednocześnie odrzucając ofertę Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, wskazując iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, działanie takie jest niezgodne z przepisami prawa.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 239 i nast. Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że oferta Odwołującego została skalkulowana rzetelnie, z uwzględnieniem wszystkich identyfikowalnych ryzyk i odnosiła się do całego przedmiotu zamówienia. Odwołujący wykazał, iż zaproponowana wysokość wynagrodzenia za wykonanie usługi objętej zamówieniem nie ma charakteru rażąco niskiego: w piśmie z 22 sierpnia 2022 r. Odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia w tym zakresie, przedstawiając kalkulację cenową poszczególnych elementów składających się na zamówienie i odnosząc się szczegółowo do wszystkich aspektów, co do których Zamawiający zażądał wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że celem, dla którego ustawodawca wprowadził do porządku prawnego pojęcie rażąco niskiej ceny, jest ochrona zamawiającego przed składaniem ofert zawierających ceny nierealistyczne, niewiarygodne w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień (por. np. wyrok KIO z 5 marca 2021 r. KIO 443/21), tak ażeby zapewnić wyeliminowanie albo przynajmniej istotne ograniczenie sytuacji, w których wykonawcy, nie doszacowawszy kosztów, nie są w stanie dokończyć realizacji zamówienia bądź działają jedynie w zamiarze wyeliminowania konkurentów. Zawarta w ofercie Odwołującego cena nie ma takiego charakteru — co kluczowe — ani w sytuacji odniesienia jej do przedmiotu zamówienia zakładającego świadczenie usługi przez 20 miesięcy, ani do zmodyfikowanego następnie zamówienia przewidującego wykonywanie umowy przez okres 26 miesięcy.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że zawarte w wyjaśnieniach z dnia 22 sierpnia 2022 r. „wszystkie wyliczenia odnoszą się jednoznacznie do okresu 20 miesięcy realizacji zamówienia, podczas gdy wymagany okres po zmianie SWZ z dnia 20.06.2022 roku wynosi 26 miesięcy”. Teza taka nie może a priori, bez głębszej analizy, stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę odnoszącą się do rażąco niskiej ceny. Konstatacja taka byłaby już trafniejsza w przypadku uzasadnienia odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp) — choć odrzucenie z tej przyczyny również byłoby niezgodne z ustawą. W żadnym jednak razie nie można stawiać, tak jak uczynił to błędnie Zamawiający, automatycznej tezy, iż skoro Odwołujący skalkulował cenę opierając się na założeniu, że usługa będzie świadczona przez okres 20 miesięcy, to nie będzie w stanie wykonać jej w okresie sześciu miesięcy dłuższym, a przy tym w dalszym ciągu notując zysk. Decydują o tym kwestie, które Zamawiający niezasadnie pominął:

a. przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi, której zakres w przeważającej mierze jest z góry ustalony i niezależny od okresu świadczenia usług;

b. wiele czynności składających się na przedmiot zamówienia ma charakter jednorazowy, zatem tak jak w poprzednim przypadku — niezależny od długości okresu wykonywania całego zamówienia ,

c. głównym elementem kosztotwórczym w tym zamówieniu jest wynagrodzenie za pracę różnorodnych specjalistów: Inżyniera Kontraktu, kierowników nadzoru nad budową, poszczególnymi robotami, a których Odwołujący angażuje w oparciu o umowy, na podstawie których są oni wynagradzani ryczałtowo za wykonaną usługę, nie zaś wg stawki godzinowej, dziennej, itd. za wykonywanie usługi.

d. składniki kosztu wykonania zamówienia, których wysokość jest determinowana jedynie długością czasu wykonywania Zamówienia (np. czynsz lokalu wynajmowanego w celu urządzenia biura, koszty mediów biura, koszty sprzątnięcia biura) stanowią niewielki ułamek budżetu całego zamówienia,

e. Odwołujący założył w swojej ofercie dużą rezerwę na wypadek konieczności dłuższego, niż wynikało to z pierwotnych założeń, okresu świadczenia usługi

Jak wskazano powyżej, przedmiotem zamówienia jest usługa, na którą składa się pewien zestaw czynności, których zakres nie ulega zmianie w przypadku gdy dochodzi do wydłużenia czasu świadczenia usługi. Zmiana SWZ prolongująca okres świadczenia usługi nie powiększyła ilości zadań wykonawcy, doprowadziła jedynie do tego, że ich wykonanie zostaje rozciągnięte w czasie. Podstawowym zadaniem wykonawcy jest dbanie o to, ażeby wykonawca robót budowlanych swe obowiązki realizował z należytą jakością. Skoro nie poszerza się zakres robót budowlanych, również niezmienny pozostaje zakres czynności nadzorczych nad tymi robotami, takich jak asysta przy odbiorach częściowych, weryfikacja dokumentacji czy wypełnianie obowiązków sprawozdawczych. Wskutek wydłużenia czasu wykonywania zamówienia nie dochodzi również do zwiększenia kosztów dotyczących się czynności jednorazowych: takich jak zapewnienie samochodu Konsultantowi czy urządzenie biura (w zakresie, w jakim Odwołujący nie dysponują swoim sprzętem). Jednorazowy

charakter, niezależny od długości wykonywania całego zamówienia mają też czynności geodezyjne, obsługa archeologiczna, nadzór środowiskowy, weryfikacja projektów. Zatem, również koszty związane z tymi elementami usługi mają charakter stały, identyczny w sytuacji wykonywania zamówienia przez 20 miesięcy jak i przez okres 26 miesięcy. Również niezależne od długości świadczenia całej usługi są okresy wykonywania faktycznych czynności nadzorczych przez poszczególnych inspektorów robót branżowych. Te czynności bowiem, analogicznie jak czynności wymienione wcześniej, również nie będą wykonywane dłużej, lecz jedynie w innym terminie. Zatem, również w tym zakresie wprowadzona przez Zamawiającego zmiana nie ma wpływu na budżet Odwołującego. Kluczowe jednak dla wykazania, że cena zawarta w ofercie Odwołującego została skalkulowana w sposób pozwalający na wykonywanie usługi przez okres 26 miesięcy jest sposób rozliczania się Odwołującego z poszczególnymi specjalistami, którzy będą sprawować nadzór nad robotami budowlanymi, polegający na ryczałcie. Wynagrodzenie tych osób będzie należne za wykonanie (w aspekcie dokonanych) usługi, niezależnie od tego ile czasu zajmie jej wykonywanie.

Z kolei składniki kosztu wykonania zamówienia, których wysokość jest determinowana jedynie długością czasu wykonywania zamówienia stanowią niewielką, wręcz pomijalną część budżetu Odwołującego. Głównym tego typu kosztem jest czynsz najmu lokalu służącego do urzędu biura, który zgodnie z założeniami powinien wynieść około 1750 zł, a z opłatami za media około 2000 zł. Zatem przedłużenie okresu świadczenia usługi o sześć miesięcy wygeneruje dla Odwołujących dodatkowe koszty rzędu 12 tysięcy złotych, a to stanowi jedynie 1/5 rezerwy założonej przez Odwołującego. Specyfiką usługi nadzoru jest jej powiązanie z wykonywaniem zamówienia przez wykonawcę robót budowlanych. Tak długo, jak ten drugi spełnia swoje świadczenie, tak długo niezbędny jest nadzór nad jakością i zgodnością z prawem efektów wykonywanych robót. Z tego względu Odwołujący założyli rezerwę finansową w wysokości 60 tys. zł na wypadek wydłużenia okresu realizacji robót budowlanych. Już tylko z tego względu zaproponowana przez Odwołującego cena nie ma charakteru rażąco niskiego; mimo bowiem wydłużenia czasu świadczenia usługi, pozwoli ona — jedynie kosztem naruszenia rezerwy, dalej wykonać zamówienie z zyskiem.

Odwołujący wskazał, że ryzyko wydłużenia wykonywania robót budowlanych, a przez to okresu świadczenia usługi nadzoru ponad aktualnie przewidywany okres 26 miesięcy, jest minimalne. Najprawdopodobniej wykonanie niniejszego zamówienia zamknie się w okresie bliskim pierwotnie planowanemu okresowi 20 miesięcy. W dniu 23 września 2022 r. Zamawiający zawarł bowiem umowę o wykonanie robót budowlanych z generalnym wykonawcą, na podstawie której ten ostatni zobowiązał się do wykonania tego zadania w ciągu 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Jednak realny czas wykonywania robót budowlanych będzie co najmniej o miesiąc krótszy, zważywszy, iż obowiązkiem generalnego wykonawcy jest uzyskanie w ww. terminie pozwolenia na użytkowanie. Zatem, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako rzekomo zawierającej rażąco niską cenę, nie tylko narusza przepisy prawa, ale jest również w tych okolicznościach nieracjonalna ekonomicznie.

Powyższe oznacza, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, przypisując cenie w niej zawartej charakter rażąco niski. Zamawiający bezrefleksyjnie „wykorzystał” okoliczność, iż Odwołujący w piśmie z 22 sierpnia br. posługiwali się liczbą 20 miesięcy jako podstawą wyceny, chociaż pozostaje to bez znaczenia w kontekście oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Tak, jak już wspomniano, okoliczność ta mogłaby stanowić argument (choć niezasadny) do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z wymaganiami Zamawiającego. Natomiast odrzucenie oferty w oparciu o przesłankę dotyczącą rażąco niskiej ceny, wymaga uprzedniej analizy struktury kosztów usługi i wpływu wydłużenia okresu świadczenia usługi na poszczególne składowe tych kosztów i ewentualnego zwrócenia się do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy wymogiem Zamawiającego co do 26-miesięcznego okresu wykonywania umowy, a wskazanym w wyjaśnieniach okresem 20 miesięcy. Takiej ewaluacji Zamawiający nie przeprowadził. Kończąc wywód, Odwołujący nie mogą oprzeć się wrażeniu, że niniejsze postępowanie prowadzone jest w sposób nie w pełni przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców (art. 16 Pzp).

Okoliczność, iż to oprócz Odwołującego również inni oferenci „z rozpedu” użyli liczby 20 w wyjaśnieniach treści oferty, wskazuje, iż Zamawiający wydłużenia czasu wykonywania usługi dokonał nie tylko bez potrzeby (vide punkt 13), ale też w sposób niewystarczająco transparenty. W tym stanie, obowiązkiem Zamawiającego powinno być staranne wyjaśnienie treści ofert pod kątem zmiany SWZ z 20 czerwca 2022 r. i zwrócenie się do Odwołującego z konkretnym pytaniem dotyczącym tej kwestii, nie zaś wykorzystywanie faktu posłużenia się przez Odwołującego liczbą 20 do odrzucenia korzystnej dla Zamawiającego oferty.

Wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: INKO CONSULTING Sp. z o.o., MP CONSULTING Sp. z o.o. - zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 14 października 2022 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że w dniu 24.06.2022 roku, w wyniku wydłużenia okresu realizacji zamówienia z 20 do 26 miesięcy, zamieścił na stronie prowadzonego postępowania niezbędne informacje w tym zakresie: Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, informację „Zmiana SWZ nr 1” z dnia 20.06.2022 roku, a także SWZ, Wzór umowy i SST (OPZ) z naniesionymi zmianami. Nie ma zatem żadnych podstaw do zarzucania Zamawiającemu prowadzenia postępowania w sposób nie w pełni przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, a także w sposób niewystarczająco transparentny, na co wskazuje Odwołujący.

Odwołujący podważa także zasadność wydłużenia przez Zamawiającego okresu realizacji usługi, wskazując, iż wydłużenia tego dokonano bez potrzeby z odesłaniem do rozważań zawartych w pkt 13, w którym czytamy: „najprawdopodobniej wykonanie niniejszego zamówienia zamknie się w okresie bliskim pierwotnie planowanemu okresowi 20 miesięcy”. Tym samym Odwołujący potwierdza, iż swoją kalkulację ceny oparł na 20 miesięcznym okresie wykonywania zadania. Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż organizatorem postępowania jest Zamawiający i to on określa zasady, na jakich zamówienie zostanie udzielone. Wykonawcom niezgadzającym się z postanowieniami SWZ lub decyzjami Zamawiającego przysługiwało na tamtym etapie postępowania prawo złożenia odwołania. Podnoszenie w chwili obecnej zarzutów co do zasadności dokonanych zmian w SWZ jest spóźnione i niezasadne. Zadaniem wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie było dostosowanie swoich ofert do wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, czego Odwołujący nie uczynił.

Ponadto, w pkt e 5 lit. e odwołania Odwołujący wskazał, iż „założyli w swojej ofercie dużą rezerwę na wypadek konieczności dłuższego, niż wynikało to z pierwotnych założeń, okresu świadczenia usługi”, jednak podkreślenia wymaga fakt, iż dotyczy to okresu maksymalnie 6 miesięcy po upływie 26 miesięcznego okresu podstawowego, gdyż zgodnie z postanowieniami SWZ (Załącznik nr 7) „Czas trwania może ulec wydłużeniu stosownie do czasu trwania robót. Wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługi do czasu faktycznego zakończenia robót, zakończenia okresu gwarancji oraz rozliczenia końcowego kontraktu. Z tytułu wydłużenia czasu trwania robót Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie. Maksymalny okres wydłużenia kontraktu wynosi 6 miesięcy.” Zatem, wskazana w kalkulacji kwota 60 000,00 zł wynika z oszacowanego przez Odwołującego ryzyka wynikającego z ww. okoliczności.

Trudno zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że okres realizacji usługi nie ma wpływu na wysokość wynagrodzeń kluczowego Zespołu Specjalistów, tym bardziej, że taką właśnie kalkulację Odwołujący zawarł w złożonych wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny. Istotnym jest fakt, że przedmiotowe zamówienie nie polega na wykonaniu określonego dzieła (umowa o dzieło), tak jak w przypadku zamówienia na wykonanie robót budowlanych, których efektem będzie rozbudowana droga i rozbudowany most, gdzie okres realizacji może mieć marginalny wpływ na cenę.

Zamawiający podniósł, że w wyniku przedmiotowego zamówienia zawarta zostanie umowa na świadczenie usług zarządzania i nadzoru w zadanym przez Zamawiającego okresie 26 miesięcy, a więc w okresie dłuższym o 6 miesięcy w stosunku do pierwotnie założonego, który wpływa na ostateczną wysokość ceny. Zakres zadań wykonawcy nie sprowadza się tylko do kilku czynności wskazanych w pkt 6 odwołania, tj.: asysta przy odbiorach częściowych, weryfikacja przy odbiorach częściowych czy wypełnianie obowiązków sprawozdawczych. Zakres działań został opisany przez Zamawiającego w pkt 2 SST - Załącznik nr 7 do SWZ, z którego to opisu wynika obowiązek stałej współpracy z Zamawiającym, a nie wykonywanie pojedynczych czynności.

Ponadto, przedłożona kalkulacja nie pozostawia żadnych wątpliwości, że zawarte tam kwoty nie są ryczałtem za cały okres świadczenia usług, bez względu na czas ich wykonywania. W kolumnie trzeciej tabeli pn. Okres Realizacji Robót Odwołujący określił w

procentach średniomiesięczne zaangażowanie dla każdego specjalisty, w kolumnie 4 ilość miesięcy (20 miesięcy), w piątej - ilość średniomiesięcznych wynagrodzeń i w kolejnych kolumnach odpowiednie obliczenia kosztów wynagrodzenia. Odwołujący w żadnym miejscu swoich wyjaśnień nie wskazał, iż do obliczeń wynagrodzeń przyjęte zostały stawki ryczałtowe za cały okres świadczenia usług przez specjalistów, ani też w wyznaczonym terminie na złożenie wyjaśnień nie przedłożyli żadnych dowodów, popierających chociaż w minimalnym stopniu zasadność obecnie formułowanych twierdzeń. Argumentacja Odwołującego jest zatem spóźniona, gdyż na obecnym etapie postępowania, dopiero po odrzuceniu złożonej oferty, próbuje on dokonać zmiany wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Jedyną stawką ryczałtową ujętą w wyjaśnieniach w kwocie 50 000,00 zł, odnosi się do wykonania badań i pomiarów kontrolnych.

Zamawiający wyjaśnił, że wezwał do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny czterech wykonawców, których ceny znacznie odbiegały od oszacowanej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług oraz od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, w tym Odwołującego. Celem dokonanej przez Zamawiającego weryfikacji wysokości cen jest zapewnienie wyboru wykonawcy, który należycie zrealizuje zamówienie i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach świadczenia usługi w wymaganym okresie.

Najczęściej w definicjach rażąco niskiej ceny zwraca się uwagę na to, że rażąco niska cena jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych. Zaproponowana cena nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego. Wskazuje na możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi/dostawy, a przez to nierzetelnie, niedokładnie lub nieuczciwie. Powodem podania w ofercie „rażąco niskiej ceny” może być niedokładna, nierzetelna kalkulacja kosztów przez wykonawcę lub jego świadome działanie.

Z treści art. 224 ust. 6 Pzp wynika, iż „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.” Z art. 224 ust. 5 ww. Pzp wynika także, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy (tu Odwołujący). To wykonawca musi wykazać, że złożona przez niego oferta i zaproponowana cena nie jest rażąco niska i nie odbiega od warunków rynkowych. W wyjaśnieniu musi przekonać Zamawiającego, że podana cena / koszt są rynkowe i pozwalają na profesjonalną realizację wszystkich założeń zamówienia publicznego, w tym także okresu świadczenia usługi. Dlatego ważne jest, żeby wyjaśnienia były wyczerpujące i nie budziły wątpliwości Zamawiającego. Pomocny może być tu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 czerwca 2020 r. (KIO 657/20) - „Ustawa Pzp nie wskazuje, co powinny zawierać wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Zważywszy na cel ich składania, nie powinno jednak budzić wątpliwości, że w dobrze pojętym własnym interesie wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia jak najpełniej odpowiadające na wezwanie zamawiającego, skorelowane z treścią wezwania zamawiającego, tj. odpowiadające na wątpliwości zamawiającego. Wyjaśnienia powinny być rzetelne, konkretne, przekonujące, powiązane z przedmiotem zamówienia. Celem ich złożenia jest bowiem rozwiązanie wątpliwości, jakie się pojawiły po stronie zamawiającego.” W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 12 stycznia 2016 r. (KIO 2813/15) podkreślono również, że: „Trudno generalnie dekretować optymalny i powinien kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. (...) Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.”

Zamawiający, badając złożone na wezwanie wyjaśnienia, nie miał żadnych wątpliwości, że nie potwierdzają one wysokości ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dniu 12.09.2022 roku Odwołujący przekazał Zamawiającemu dodatkowe pismo, w którym wskazał na ujęcie kosztów związanych z wydłużeniem do 26 miesięcy okresu realizacji zamówienia w pozycji „koszty inne wynikające z SWZ - 70 000,00 zł”. Na podstawie przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 22.08.2022 r. kalkulacji Zamawiający obliczył, że na pokrycie wynagrodzeń tylko dla kluczowego zespołu specjalistów za nieuwzględniony wcześniej okres 6 miesięcy, wymagana będzie kwota 120 000,00 zł. Do tego dochodzą koszty wynajmu biura i zapewnienia środka transportu dla Kierownika Projektu w kwocie 13 800,00 zł, co łącznie daje kwotę 133 800,00 zł. Kwota ta przekracza zatem wskazaną powyżej kwotę 70 000,00 zł oraz założony zysk w kwocie 49 650,00 zł (129 650,00 zł), co jednoznacznie potwierdza słuszność podjętych przez Zamawiającego decyzji. Ponadto pkt 1.6 SST (Opis przedmiotu zamówienia) - załącznik nr 7 do SWZ, wymienione zostały czynniki do uwzględnienia przy obliczaniu ceny, w szczególności ryzyko związane z okresem trwania przerwy zimowej oraz koszty przekazania praw autorskich do wszystkich materiałów,

co nie wykazane zostało w wyjaśnieniach, a tym samym należało przyjąć, że koszty te uwzględnione zostały w ww. pozycji „koszty inne wynikające z SWZ”.

Na aprobatę w przedmiotowym zakresie zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r. wydany w sprawie KIO 953/22, który niejako wyznacza granice orzekania w postępowaniu odwoławczym oraz definiuje pojęcie rażąco niskiej ceny. „Przyjmuje się, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym oraz postęp technologiczno-organizacyjny.”

Mając na względzie ww. stanowisko, Zamawiający wskazał, iż podjęta przez Zamawiającego decyzja w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego była determinowana faktem, iż wszelkie wątpliwości Zamawiającego względem oferty wykonawcy muszą być wyjaśnione z należytą starannością, do czego obliuguje go sam fakt uczestnictwa jako potencjalnego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, szczególnie te związane z kwestią finansową bowiem, Zamawiający jest w obowiązku racjonalnego wydatkowania i gospodarowania przyjętym budżetem.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, nie tylko wątpliwa wysokość ceny całkowitej oferty lub kosztu jest powodem do rozpoczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej związanej z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, ale także wątpliwość co do prawidłowego wycenienia istotnych części składowych oferty. Punktem odniesienia jest przede wszystkim przedmiot zamówienia, zwłaszcza gdy u zamawiającego powstaną wątpliwości co do możliwości wykonania danego przedmiotu zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. (zob. A. Gawrońska-Baran, Gdy cena lub koszt wydają się rażąco niskie, M.Zam.Pub. 2021, nr 1, s. 30-33.)

Zarzut rażąco niskiej ceny należy odnosić tylko do ceny całkowitej, jednak analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace, bowiem każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie. W ocenie Zamawiającego, miał on prawo i obowiązek dokonać oceny prawidłowości kalkulacji poszczególnych składników ceny oferty - kosztów i tym samym miał prawo oczekiwać wyjaśnień w tym zakresie od Odwołującego.

W sytuacji, gdyby Odwołujący przedstawił obiektywne przyczyny stosowania ceny kwalifikowanej przez Zamawiającego jako rażąco niskiej oraz przedstawił dowody na ich poparcie zostałyby zaaprobowane przez Zamawiającego i nie byłoby podstaw do kwalifikacji ceny oferty Odwołującego jako rażąco niskiej.

Mając na uwadze przedstawione w przedmiotowym odwołaniu stanowisko Odwołującego, koniecznym jest podnieść, iż jest ono merytorycznie niezasadne oraz nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Zamawiającego, argumentacja oraz zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują odzwierciedlenia w okolicznościach stanu faktycznego i prawnego niniejszego postępowania. Zdaniem Zamawiającego, powyższe odwołanie jako nie odnoszące się w żaden sposób do prawidłowo wykonanych przez Zamawiającego czynności, powinno zostać oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie zebranego materiału dowodowego, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy, wyjaśnienia i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2595/22 zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2611/22 nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący się wykonawcy wykazali posiadanie legitymacji do wniesienia odwołań, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za skuteczne przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy

MGGP S.A., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2595/22 i KIO 2611/22 po stronie Zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: INKO CONSULTING Sp. z o.o., MP CONSULTING Sp. z o.o., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2611/22 po stronie Zamawiającego, którzy wypełnili przesłanki określone w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

KIO 2595/22 - odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: INKO CONSULTING Sp. z o.o., MP CONSULTING Sp. z o.o.

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści Załącznika nr 11 jego oferty (Kryterium Oceny Ofert „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”) oraz w konsekwencji naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 Pzp i art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty MGGP S.A. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług związanych z nadzorem inwestorskim nad realizacją umowy zawartej w wyniku oddzielnego postępowania na roboty budowlane pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej 754 na odcinku od km 0+000 do 1+912 w Ostrowcu Świętokrzyskim wraz z rozbudową mostu na rzece Kamiennej, realizowanej w ramach Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych.

Usługa obejmuje:

- zarządzanie i koordynację realizacji budowy;
- weryfikację dokumentacji projektowej;
- wypełnianie obowiązków sprawozdawczych i współpracę w tym zakresie ze służbami ŚZDWi instytucji zarządzającej Funduszu Polski Ład;
- świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad Kontraktem;
- przygotowywanie raportów dotyczących szacowania kosztu końcowego na różnych etapach trwania i wdrażania Projektu oraz wykonać kontrolę finansową Projektu i związane z nimi rozliczenia.

Opis kryteriów oceny ofert został zawarty w Rozdziale XX SWZ. Szczegółowe postanowienia w odniesieniu do kryterium pozacenowego „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu (D)” znajdują się w ust. 2 pkt 2) lit. a) ppkt. 1) -3) oraz lit. b) ww. rozdziału. Treść kryterium odsyła do treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4) lit. b) tiret pierwsze. Dla otrzymania punktów w ramach powyższego kryterium pozacenowego konieczne było posiadanie przez Inżyniera Kontraktu doświadczenia wymaganego w ramach warunku udziału w postępowaniu, lecz co najmniej w dwóch kontraktach.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył w ofercie wymagany w SWZ Załącznik nr 11, w którym, na potwierdzenie spełnienia kryterium oceny ofert przedstawił doświadczenie zawodowe osoby proponowanej na stanowisko Inżyniera Kontraktu. Załącznik ten zawiera oświadczenie wykonawcy „że osoba skierowana do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu posiada następujące doświadczenie zawodowe, opisane w Rozdziale IX ust. 2pkt 4 lit. b) tiret pierwsze SWZ” oraz opis trzech kontraktów, w których wskazana osoba nabyła doświadczenie zawodowe. Opis kolumny 4 w tabeli zatytułowanej „Opis usługi” powinien, zgodnie z wytycznymi Zamawiającego, zawierać: „opis zadania ma jednoznacznie potwierdzać kwalifikacje, wykształcenie, doświadczenie zawodowe, pełnioną funkcję oraz wartość nadzorowanego zadania”.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów w powyższym kryterium uznając, że „W Załączniku nr 11 wymienione zostały 3 kontrakty, za które nie zostały przyznane punkty z uwagi na brak informacji:

— czy określone datami okresy pełnienia przez wskazaną w wykazie osobę funkcji Inżyniera Kontraktu/Kierownika Zespołu/Inżyniera Rezydenta obejmowały okresy od przekazania placu budowy do podpisania protokolarnego odbioru końcowego zadania,

- o klasie drogi we wskazanym zadaniu, wykonanym na rzecz Gminy Miasto Tychy”.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ust. 2 Ustawodawca przewidział możliwość poprawienia omyłek w ofercie. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przepis art. 187 Pzp stanowi natomiast, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ.

W ocenie Izby, w ustalonym stanie faktycznym, zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp,

Zamawiający powinien był zażądać od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie treści zawartej w Załączniku nr 11.

Co do zasady zgodnie z brzmieniem art. 223 ust. 1 Pzp nie jest dopuszczalne

prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmian w treści oferty, z wyjątkiem art. 187 i poprawienia w ofercie omyłek rachunkowych, pisarskich i innych omyłek. Art. 187 Pzp stanowi zatem wyjątek od tej zasady i dotyczy sytuacji, w której zamawiający w toku oceny i badania ofert może żądać od wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, uszczegółowienia, wyjaśnienia lub ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych. Jednakże przepis zastrzega, że nie jest dopuszczalne dokonywanie istotnych zmian w treści oferty czy też zmian wymagań, które zostały zwarte w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ. Uszczegółowienie bądź wyjaśnienie dotyczy przede wszystkim przypadku, gdy oferta złożona przez wykonawcę jest nieprecyzyjna w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Należy jednak pamiętać, że art. 187 Pzp pozwala na drobne, nieistotne zmiany oraz na przedstawienie dodatkowych informacji, o ile nie zmienią w istotny sposób treści oferty lub też nie doprowadzą do zmian w opisie potrzeb lub wymagań lub SWZ.

W niniejszej sprawie treść Załącznika nr 11 powodująca wątpliwości Zamawiającego, odnośnie tego, czy określone datami okresy pełnienia przez wskazaną w wykazie osobę funkcji Inżyniera Kontraktu/Kierownika Zespołu/Inżyniera Rezydenta obejmowały okresy od przekazania placu budowy do podpisania protokolarnego odbioru końcowego zadania oraz odnośnie klasy drogi we wskazanym zadaniu, wykonanym na rzecz Gminy Miasto Tychy, powinna podlegać wyjaśnieniu. Wyjaśnienie dotyczyłoby bowiem uszczegółowienia informacji, o charakterze ogólnym, które zostały podane w ww. dokumencie przez Odwołującego. Podkreślić należy, że takie dane jak nazwa kontraktu, daty realizacji, wartość itp. precyzują dany kontrakt, natomiast wszystkie pozostałe informacje o tym kontrakcie stanowią dane uszczegółowiające, nierozdzielnie związane z danym kontraktem. Uszczegółowienie zatem danych ogólnych odnośnie danego kontraktu nie stanowi zmiany treści oferty w sensie merytorycznym. Uszczegółowienie bowiem danych nie zmienia treści oferty w sposób istotny. Jest to rozszerzenie jedynie informacji ogólnej, która zawiera się w nazwie kontraktu. Istotna zmiana treści oferty musiałaby dotyczyć np. wskazania innego kontraktu w miejsce uprzednio wymienionego w załączniku, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

W związku z powyższym, Zamawiający miał obowiązek zwrócić się do Odwołującego o stosowne wyjaśnienia treści Załącznika nr 11 w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp - w zakresie

wątpliwości podniesionych przez Zamawiającego w informacji o braku przyznania Odwołującemu punktów w kryterium „Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu”, przekazanej w piśmie z dnia 23 września 2022 r. (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty). Wyjaśnienia takie nie stanowiłyby bowiem prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty ani też nie prowadziłyby do jakiegokolwiek istotnej zmiany w treści oferty. Nie są to informacje nowe w stosunku do treści zawartej w Załączniku nr 11, ale stanowią jedynie uszczegółowienie informacji podanych w sposób ogólny, ale nie błędny. Przystępujący nie kwestionował bowiem faktu, że wskazane przez

Odwołującego w Załączniku nr 11 zadania nie spełniają wymagań postawionych przez Zamawiającego w ramach kryterium Doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu, a jedynie zakres formalny opisu zawartego w Załączniku nr 11. W ocenie Izby, jeśli chodzi o zakres formalny opisu zadań to może on podlegać wyjaśnieniu, co nie prowadzi do niedozwolonej zmiany treści oferty.

W konsekwencji, należało również stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 134 ust. 4 pkt 18 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 Pzp i art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp. W danym stanie faktycznym, Zamawiający ma obowiązek dokonać oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, z uwzględnieniem wyjaśnień, które przedłoży Odwołujący na wezwanie do wyjaśnień treści Załącznika nr 11 skierowane przez Zamawiającego.

KIO 2611/22 - odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: Eksametr Sp. z o.o., Miliarium Sp. z o.o.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie natomiast z art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zamawiający wyjaśnił w niniejszej sprawie, że wezwał do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny czterech wykonawców, których ceny znacznie odbiegały od oszacowanej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług oraz od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, w tym m.in. Odwołującego.

Odwołujący przedłożył wyjaśnienia z dnia 22 sierpnia 2022 r. w których przedstawił kalkulacje ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, realizowanego w okresie 20 miesięcy zamiast w okresie wymaganym w SWZ - 26 miesięcy.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał w piśmie z dnia 22 sierpnia 2022 r. przedłożonym na wezwanie Zamawiającego, że złożona przez niego oferta została skalkulowana rzetelnie oraz z uwzględnieniem wszystkich identyfikowalnych ryzyk i wymagań zawartych w SWZ dotyczących przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał tym samym, że zaproponowana wysokość wynagrodzenia za wykonanie usługi objętej zamówieniem nie ma charakteru rażąco niskiego w stosunku do rzeczywistych kosztów, które poniosłby Odwołujący, gdyby realizował zamówienie w okresie wymaganym - 26 miesięcy.

Odwołujący złożył co prawda obszerne wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, w tym poszczególnych elementów składających się na zamówienie, jednak wyjaśnienia te dotyczyły realizacji usługi objętej zamówieniem w okresie o pół roku krótszym, niż Zamawiający przewidział na realizację zamówienia.

W ocenie Izby, słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że skoro Odwołujący skalkulował cenę opierając się na założeniu, że usługa będzie świadczona przez okres 20 miesięcy, to cena ta nie uwzględnia wszystkich wymagań dotyczących realizacji zamówienia w okresie o sześć miesięcy dłuższym. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że skoro zakres przedmiotu zamówienia - wykonania usługi - „w przeważającej mierze” jest z góry ustalony i niezależny od okresu świadczenia usługi, to nie ma znaczenia fakt, że cena oferty została skalkulowana na okres świadczenia usługi krótszy o pół roku. Usługa musi być bowiem wykonywana w okresie dłuższym, więc czynności „z góry ustalone” rozłożą się na

dłuższy okres czasu, a tym samym niewątpliwie koszty ich wykonywania wzrosną, w stosunku do kosztów przewidzianych w przedstawionej przez Odwołującego kalkulacjach. Podobnie, fakt, że wiele czynności składających się na przedmiot zamówienia ma charakter jednorazowy, nie powoduje, że rozciągnięcie ich w czasie nie będzie generowało dodatkowych kosztów z tym związanych.

Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że główny element kosztotwórczy w tym zamówieniu - wynagrodzenie za pracę specjalistów: Inżyniera Kontraktu, kierowników nadzoru nad budową, poszczególnymi robotami, których Odwołujący angażuje w oparciu o umowy z wynagrodzeniem ryczałtowym - uwzględnia okres realizacji zamówienia w wymiarze 26 miesięcy. Z przedłożonych przez Odwołującego dowodów (oferty) w tym zakresie powyższa okoliczność w żadnym razie nie wynika. Przedłożona przez Odwołującego kalkulacja nie przedstawia w żadnym miejscu informacji, że zawarte w niej kwoty wynagrodzenia pracowników są ryczałtem za cały okres świadczenia usług, bez względu na czas ich wykonywania. Odwołujący w żadnym miejscu swoich wyjaśnień nie wskazał, iż do obliczeń wynagrodzeń przyjęte zostały stawki ryczałtowe za cały okres świadczenia usług przez specjalistów, ani też w wyznaczonym terminie na złożenie wyjaśnień nie przedłożyli żadnych dowodów na te okoliczności.

Składniki kosztu wykonania zamówienia, których wysokość, jak przyznał sam Odwołujący, w sposób oczywisty jest determinowana długością czasu wykonywania zamówienia, tj. czynsz lokalu wynajmowanego w celu urzędzenia biura, koszty mediów biura, koszty sprzątania biura, chociaż stanowią ułamek budżetu całego zamówienia, również nie mogą być marginalizowane lub pominięte w rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

Fakt, że Odwołujący założył w swojej ofercie dużą rezerwę na wypadek konieczności dłuższego, niż wynikało to z pierwotnych założeń, okresu świadczenia usługi, nie może niwelować błędów w kalkulacji ceny oferty, ponieważ kontrakt objęty przedmiotem zamówienia może się wydłużyć ponad przewidziany przez Zamawiającego okres 26 miesięcy, zatem rezerwa powyższa musi być zapewniona, zgodnie z jej celem, a nie służyć do naprawienia błędnej kalkulacji ceny oferty już na etapie oceny ofert. Izba pominęła przy tym dywagacje i subiektywne przypuszczenia Odwołującego nie poparte żadnymi obiektywnymi przesłankami ani dowodami, odnośnie niewielkiego ryzyka wydłużenia wykonywania robót budowlanych, a przez to okresu świadczenia usługi nadzoru ponad okres 26 miesięcy.

Ponadto pkt 1.6 SST (Opis przedmiotu zamówienia) - załącznik nr 7 do SWZ, wymienione zostały czynniki do uwzględnienia przy obliczaniu ceny, w szczególności ryzyko związane z okresem trwania przerwy zimowej oraz koszty przekazania praw autorskich do wszystkich materiałów, które to ryzyka nie wykazane zostały w wyjaśnieniach, a tym samym należało przyjąć, że koszty te zostały uwzględnione w pozycji „koszty inne wynikające z SWZ”.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że przedmiotem zamówienia jest usługa, na którą składa się pewien zestaw czynności, których zakres nie ulega zmianie w przypadku gdy dochodzi do wydłużenia czasu świadczenia usługi. Skoro dany zakres robót budowlanych będzie realizowany w dłuższym czasie, to tym samym rozciąga się w czasie zakres czynności nadzorczych nad tymi robotami. Ponadto, jak wynika z treści SWZ, zakres zadań wykonawcy nie sprowadza się tylko do kilku czynności wskazanych przez Odwołującego. Zakres działań został opisany przez Zamawiającego w pkt 2 SST - Załącznik nr 7 do SWZ, z którego to opisu wynika obowiązek stałej współpracy z Zamawiającym, a nie wykonywanie pojedynczych czynności.

Reasumując powyższe, nie sposób przyjąć, że zaproponowana przez Odwołującego cena oferty pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego. Wskazuje ona na możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi/dostawy, a przez to na nierzetelne jej skalkulowanie. Z treści art. 224 ust. 5 Pzp wynika, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który musi wykazać, że złożona przez niego oferta i zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W złożonych wyjaśnieniach musi on przekonać Zamawiającego, że podana cena jest rynkowa i pozwala na prawidłową realizację wszystkich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w tym okresu świadczenia usługi. W niniejszej sprawie Odwołujący złożył wyjaśnienia, które potwierdziły że wykonawca nie uwzględnił tego wymagania, co ma jednoznaczne przełożenie na wzrost kosztów realizacji zamówienia, które w tej wyższej wysokości nie zostały przez Odwołującego uwzględnione w cenie oferty.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia w sprawie, Izba oddaliła odwołanie, uznając, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 2 i § 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zasądziła od uczestnika postępowania odwoławczego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego w sprawie KIO 2595/22 na rzecz Odwołującego zwrot kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania oraz zaliczyła na rzecz Urzędu kwotę wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego w sprawie KIO 2611/22.

Przewodniczący: