

Sygn. akt: KIO 3495/24

WYROK

z dnia 18 października 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2024 roku przez wykonawcę Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Czudcu (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Powiat Miechowski z siedzibą w Miechowie

przy udziale Przystępującego – R. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą RIN-invest R. D. z siedzibą w Dziewięciolach, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy Pzp

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym udostępnienie Odwołującemu dokumentów z postępowania, w tym dodatkowych wyjaśnień odnośnie do ceny złożonych przez Przystępującego;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i Zamawiającego w następujący

sposób:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 791 zł 20 gr (słownie: siedmuset dziewięćdziesięciu jeden złotych dwudziestu groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę, a także kwotę 1 230 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwustu trzydziestu złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego – Powiatu Miechowskiego z siedzibą w Miechowie na rzecz Odwołującego – Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Czudcu kwotę 1 394 zł 24 gr (słownie: tysiąc trzystu dziewięćdziesięciu czterech złotych dwudziestu czterech groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem 1/5 kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodnicząca:

KIO 3495/24

UZASADNIENIE

Powiat Miechowski z siedzibą w Miechowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, dalej jako „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest Usługa nadzoru inwestorskiego nad zadaniem pn. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zagospodarowania po scaleniowego z podziałem na dwie części:

Część 1. Usługa nadzoru inwestorskiego nad zadaniem pn. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zagospodarowania po scaleniowego pn. Zagospodarowanie poscaleniowe wsi Tczyca, gmina Charsznica;

Część 2. Usługa nadzoru inwestorskiego nad zadaniem pn. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem

robót dla zagospodarowania po scaleniowego pn. Zagospodarowanie poscaleniowe wsi Jelcza, gmina Charsznica.
Ogłoszenie nr 2024/BZP 00461906 opublikowano w dniu 2024-08-19.

Dnia 23 września 2024 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, odwołanie złożył wykonawca Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Czudcu (dalej jako „Odwołujący”).

Zamawiający dnia 17 września 2024r. (wtorek) przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP, przekazując kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, na skutek czego Odwołujący traci szansę na uzyskanie zamówienia publicznego.

Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał w obu częściach ofertę wykonawcy RIN-invest R. D. z siedzibą w Dziewięciolach, pomimo iż wybrany wykonawca nie sprostął obowiązkowi dowodowemu w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dopuścił się naruszenia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”).

Gdyby Zamawiający po dokonaniu starannej analizy założeń wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz złożonej oferty przez wybranego wykonawcę, który nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 Pzp, to wówczas oferta Odwołującego miała by szansę stać się ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) . art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania bez zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) . art. 17 ust. 2 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy, pomimo iż przedłożona oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego zawartych w SWZ ;
- 3) . art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a, pkt 7, pkt 8, pkt 10 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 oraz ust. 6 Pzp – poprzez brak odrzucenia wybranego wykonawcy z uwagi na fakt, iż wyjaśnienia nie uzasadniają podanej ceny w ofercie oraz naruszają przy tym ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albowiem oferta została złożona w ramach nieuczciwej konkurencji;
- 4) . art. 74 ust. 2 Pzp poprzez nieudostępnienie kompletnej dokumentacji postępowania.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) . unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) . powtórzenia procesu badania i oceny złożonych ofert;
- 3) . odrzucenia oferty wybranego wykonawcy;
- 4) . wybór najkorzystniejszej oferty w zgodzie z Pz

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że jak wynika z dyspozycji art. 224 Pzp zamawiający jest zobowiązany ustawowo do zbadania i ustalenia czy zaferowana cena danego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z protokołu postępowania wynika, że Zamawiający na mocy art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1 Pzp wezwał wybranego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie szczegółów zaferowanej ceny, czego skutkiem było przedłożenie przez Wykonawcę wyjaśnień, które w ocenie Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie, albowiem naruszały interes pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia wybranego Wykonawcy, albowiem przedłożone wyjaśnienia złożone nie zasługują na uznanie, tym bardziej, iż Wykonawca nie uwzględnił wszystkich kosztów składowych ceny rozumianej zgodnie z art. 7 pkt. 2 Pzp, co wprost wynika z analizy wyjaśnień. W złożonych wyjaśnieniach występuje m.in. błąd w obliczeniu ceny, o którym mówi art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do ustalenia stanu faktycznego. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej błędności. Niemniej jednak błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny, a co za tym idzie błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. Błąd w obliczaniu ceny to błąd, którego nie można poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp albowiem poprawienie takiego błędności z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy w złożonej ofercie.

Z treści formularza oferty jaki złożył wybrany Wykonawca wynika, że jest czynnym podatnikiem podatku od towarów i usług tzw. VAT.

W swoich wyjaśnieniach Wykonawca przyjął stawkę godzinową pracy inspektora nadzoru na poziomie 32,50 zł brutto, tzn. wraz z podatkiem VAT w wysokości 23%, a co za tym idzie 26,42 zł netto, która to stawka netto jest równa 1h (godziny) kosztu pracodawcy (a nie pracownika) albowiem w tej stawce zawarte są wynagrodzenie pracownika (wraz z

daninami po stronie pracownika, podatkiem PIT, oraz składkami ZUS pracownika) plus składka ZUS pracodawcy. Skoro rozporządzenie z dnia 14 września 2024r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2024r. określa w § 3, iż od dnia 01.04.2024r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4.300,00 zł, to oznacza iż faktyczny koszt pracodawcy na pracownika zatrudnionego na umowę o pracę (a tak ma być zatrudniony inspektor nadzoru zgodnie z wyjaśnieniami) wynosi 5.180,64zł na miesiąc.

Jeżeli faktyczny koszt pracodawcy za 1h pracy pracownika (inspektora nadzoru) jest na poziomie 30,84 zł/h (5.180,64 zł / 168h), zatem faktyczny koszt pracownika na umowę o pracę jest na poziomie 30,84 zł/h (37,94 zł z VAT=23%) a nie 26,42 zł/h (32,50 zł/h z VAT=23%).

Podana przez wybranego wykonawcę stawka godzinowa w wysokości 32,50 zł/h jest stawką zawierającą w sobie podatek VAT=23%, na co ewidentnie wskazują wyjaśnienia wykonawcy, z których wynika, iż na cenę oferty składa się kwota za pracę inspektora nadzoru w wysokości 11.245,00zł brutto (tj. z podatkiem VAT=23%) oraz pozostałe koszty.

Zatem zdaniem Odwołującego oferta wybranego wykonawcy powinna już chociażby z tego powodu zostać odrzucona, albowiem faktyczny koszt pracy jest na poziomie 37,94 zł a nie 32,50 zł/h, jak wskazuje wybrany Wykonawca, co powoduje, iż występuje błędne ustalenie stanu faktycznego w zakresie faktycznego kosztu pracy inspektora nadzoru, a co jest podstawą do dalszej analizy kosztów. Identyczna sytuacja jest dala zadania nr 2 przedmiotu zamówienia.

Ponadto wybrany Wykonawca wskazuje, iż dokonał należytej kalkulacji ceny: „Kalkulując cenę ofertową na zakres podstawowy i opcjonalny” (str.8 wyjaśnień), co jest dość ciekawe w kontekście iż Zamawiający ogłosił postępowanie na mocy art. 275 pkt. 1 Pzp. Ponadto Zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu prawa opcji, o którym mowa w art. 441 Pzp. Zatem wybrany Wykonawca składa wyjaśnienia oderwane od przedmiotu zamówienia i faktycznego trybu udzielania przedmiotowego zamówienia.

Według wyjaśnień osoba, która ma być skierowana do realizacji przedmiotu zamówienia będzie dojeżdżała z m. Dziewięcioły, odpowiednio do m. Tczyca w 14 min. dla zadania nr 1 oraz do m. Jelcza w 29 min. dla zadania nr 2 w jedną stronę, czyli daje to

odpowiednio 24 min na trasie Dziewięcioły — Tczyca — Dziewięcioły dla zadania 1 oraz 58 min na trasie Dziewięcioły — Jelcza — Dziewięcioły.

Odwołujący dokonał analizy tych informacji dla trasy w zadaniu nr 2.

Jak wynika z rozdz. VII ust. 1 lit b SWZ usługa ma być realizowana przez 270 dni kalendarzowych. Przyjmując dla uproszczenia, że podpisanie umowy będzie miało miejsce, np. 25.09.2024r., to zakończenie będzie datowane na dzień 22.06.2025r. Odpowiednio daje to we: wrześniu 2024r. = 3dni robocze; październiku 2024r. = 23dni robocze; listopadzie 2024r. = 19dni roboczych; grudniu 2024r. = 20dni roboczych; styczniu 2025r. = 21dni roboczych; lutym 2025r. = 20dni roboczych; marcu 2025r. = 21dni roboczych; kwietniu 2025r. = 21dni roboczych; maju 2025r. = 21dni roboczych; i do 22.06.2024r. = 14 dni roboczych; co daje razem = 183 dni roboczych. Jako ilości godzin zakontraktowanych na przedmiotową usługę Wykonawca wskazuje 325h.

Do ilości wykazanych godzin na poziomie 325h należy w tych godzinach dojazd na budowę, co daje 1h(59min) na dojazd, co przedkłada się już na fakt, iż sam dojazd pochłania 183h, a tym samym pozostaje nam 142h, z czego trzeba jeszcze odjąć obsługę okresu gwarancyjnego, co wynika z rozdz. IV ust. 1 pkt 2 SWZ w zw. ust. 2 OPZ oraz w zw. z §3 ust. 2 lit u projektu umowy.

Przyjmując 2 przeglądy rocznie daje nam to przy 78 miesiącach gwarancji dodatkowe 13 wizyt, a tym samym 13h na sam dojazd, co finalnie daje 129h na świadczenie faktycznych czynności nadzoru inwestorskiego na budowie, co przedkłada się na ~43minutową wizytę na placu budowy. Przy tak dużym obszarze jest to nierealne do prawidłowego wykonania czynności inspektora nadzoru inwestorskiego określonych w Prawie Budowlanym ale również w SWZ, OPZ, jak również projekcie umowy.

Ponadto 2 razy w miesiącu wykonawca musi zorganizować i przeprowadzić radę budowy, co nie trwa z pewnością 43min przy tak obszernym terytorialnie zadaniu, gdzie trzeba dokonać na wstępie wizji terenu, omówić zaawansowanie na dzień rady, plan na następny okres, omówić problemy. Ponadto bacząc na zapisy projektu umowy i OPZ w zakresie obowiązków inspektora nadzoru, to przyjęta ilość godzin na poziomie 325h na cały kontrakt jest niewystarczająca, a co więcej zgodnie z §4 ust. 3 umowy wynika, iż w przypadku wydłużenia się terminu zakończenia robót budowlanych wykonawca musi świadczyć usługę w ramach wynagrodzenia ofertowego podanego w § 5 projektu umowy

Kolejną sprawą jest zadeklarowanie w kryterium „czas przybycie inspektora nadzoru na budowę” 0,5h przez wybranego Wykonawcę, który to czas jest wręcz nierealny, zważywszy na wyjaśnienia odnoszące się do czasu dojazdu.

Kolejną sprawą jest obsługa okresu gwarancyjnego przez wybranego Wykonawcę,

w szczególności jej brak uwzględnienia w wyjaśnieniach, co już świadczy i nienależytych przygotowaniu oferty.

Wybrany Wykonawca wskazuje również, iż: „Ustalając cenę kierowaliśmy się głównie opisem przedmiotu zamówienia, w skład którego wchodzi, udostępniona dokumentacja projektowa stanowiąca wykładnie w zakresie czasochłonności nadzoru” (str.8 wyjaśnień), co również jest dla Odwołującego zaskakujące w kontekście, iż dokumentacja projektowa ma powstać, o czym mówi opis przedmiotu zamówienia na nadzór inwestorski odpowiednio rozdz. IV ust. 1 pkt 1 ppkt 1.3 SWZ dla części 1 przedmiotu zamówienia oraz rozdz. IV ust. 1 pkt 2 ppkt 2.3 SWZ dla części 2 przedmiotu zamówienia,

bowiem nadzorowane zadanie realizowane jest w systemie „zaprojektuj i wybuduj”.

Niezrozumiała jest również weryfikacja poprawności posiadanej dokumentacji projektowej przez Zamawiającego, na co się powołuje wybrany Wykonawca, albowiem dokumentacja ma dopiero powstać, tak więc o jakiej weryfikacji mowa (oderwanie od realiów przedmiotu zamówienia).

Kolejno w wyjaśnieniach Wykonawca podał, że ma możliwość i korzysta z dostaw od co najmniej kilkunastu firm dostarczających na miejsce gotowe wyroby, stąd zawsze wybiera oferty najkorzystniejsze do zakupu materiału wykorzystywanego przy realizowanych usługach. Odwołujący zaznaczył, że przy realizacji usługi nadzoru inwestorskiego jest niemożliwe wykorzystywanie czy też wbudowywanie gotowych wyrobów, albowiem to nie wyjaśnienia wykonawcy robót budowlanych.

Dalej w wyjaśnieniach podniesiono, że Wykonawca wykorzystuje fakt, że prowadzi działalność ogólnopolską, od tychże cen uzyskuje dodatkowe rabaty i promocje pozwalające dodatkowo obniżyć cenę dostawców materiałów używanych do wykonania usługi, jednak stanowią one tajemnicę handlową między firmą Wykonawcy a dostawcami materiałów i sprzętu. Ponadto firma działa od 25.04.2023r.

Kolejnym aspektem jest uprawianie inżynierii cenowej, w tym manipulacją ceną oraz przerzucaniem kosztów w inne już realizowane usługi, do czego sam wybrany wykonawca się przyznaje a mianowicie w wyjaśnieniach mowa jest o optymalizacji kosztów, gdzie firma posiada dodatkowo wyjątkowo sprzyjające okoliczności do wykonania przedmiotowej usługi w takim zakresie, że inspektor przewidziany do realizacji zamówienia obecnie nadzoruje kilka budów w bezpośrednim sąsiedztwie lokalizacyjnym kontraktu.

Odwołujący nie neguje optymalizacji wykonania przedmiotowej usługi poprzez łączenie funkcji inspektora nadzoru ds. drogowych z inspektorem ds. sanitarnych oraz inspektora nadzoru ds. dendrologii, lecz optymalizację poprzez przerzucanie kosztów w inne realizowane już budowy bowiem takie działania narusza nie tylko Pzp ale również ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia wybranego Wykonawcy chociaż przedłożone wyjaśnienia nie zasługują na uznanie, po pierwsze nie uwzględniają już na wstępie uczestnictwa w przeglądach gwarancyjnych, ma miejsce przerzucenie kosztów, a tym

samego dokonanie wyboru wykonawcy, który po pierwsze powinien już być na wcześniejszych postępowaniach wykluczony, a czego Zamawiający nie czynił w świetle podawania nieprawdziwych danych (choćby w zakresie zatrudnienia, gdzie jak wynika z treści wyjaśnień wskazany inspektor nadzoru z imienia i nazwiska wykonuje czynności dla wybranego wykonawcy, a złożone oświadczenie przez wybranego wykonawcy mija się z prawdą) w celu uzyskiwania zamówień publicznych za wszelką cenę wcześniejszych przedmiotów zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem: „Ustawa – Prawo zamówień publicznych stanowi narzędzie do dokonywania zakupów przez podmioty obowiązane do stosowania przepisów tej ustawy, których to zakupów sektor publiczny dokonuje na tzw. wolnym rynku, który to rynek z kolei jest chroniony m.in. przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe wynika z przepisów Prawa zamówień publicznych, aktualnie jej art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, a uprzednio art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, w których to przepisach został sformułowany nakaz odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji. Zatem zamawiający ma obowiązek respektować przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lipca 2022 roku, KIO/KD 20/22).

Zamawiający jako gospodarz postępowania ma obowiązek ustawowy stać na straży postępowania albowiem do tego go zobowiązuje Ustawodawca dając odpowiedzenie narzędzie w postaci ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych oraz ustaw związanych, w tym w szczególności KC oraz UZNK.

Zgodnie z UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zatem działanie wybranego Wykonawcy polegające na inżynierii cenowej lub manipulacji cenami może być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Aby wykazać czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, należy udowodnić, że: dane działanie utrudnia dostęp innym przedsiębiorców do rynku, dane działanie jest przez wykonawcę realizowane w celu eliminacji innych przedsiębiorców chociażby poprzez manipulację cenami.

Zgodnie z orzeczeniem KIO 1850/20 z dnia 08.09.2020r: „Manipulowanie ceną ofertową poprawiające sytuację wykonawcy, zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie realizacji umowy, może być uważane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i przeto stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Przejawem manipulacji ceną jest: wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar

(czyli wyeliminowania konkurencji) – odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen – bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania. Sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych składających się na cenę oferty, podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz naruszającym interesy innych uczestników rynku, którzy ceny swoich ofert obliczają rzetelnie”. Wybrany Wykonawca osiągnął swój cel poprzez przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami (postępowaniami) w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna w stosunku do

wymagań zamawiającego zawartych w SWZ.

Problem rażąco niskich cen ofert wynika z tego, że w przypadku, gdy wykonawca zastosuje inżynierię finansową (cenową), jego oferta staje się nieporównywalna z ofertami innych wykonawców. Wykonawca ten zakłada bowiem wykonanie przedmiotu zamówienia w inny sposób, niż opisał to zamawiający w dokumentacji przetargowej. Gdyby wykonawca nie zastosował inżynierii finansowej, jego oferta mogłaby nie być najkorzystniejszą. W ten sposób dochodzi do zachwiania zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję.

Gdy zamawiający jest w stanie wykazać zastosowanie rażąco niskich cen jednostkowych przez wykonawcę albo optymalizacji sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, taka oferta powinna zostać odrzucona. Podstawę prawną odrzucenia takiej oferty stanowić może albo czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp2004), o którym mowa w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albo stwierdzenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp2004).

Według art. 3 ust. 1 UZNK znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (KIO 1240/13). Zniszczenie przesłanek zawartych w tym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, ponieważ ów przepis stanowi samodzielną podstawą do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji (wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007 r., III KKN 271/01, wyrok KIO 2819/11, wyrok KIO 1225/12, KIO 1229/12). Zgodnie zaś z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, czym nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Manipulacja ceną jest czynem nieuczciwej konkurencji, gdzie mamy do czynienia z manipulowaniem ceną oferty w tzw. finansowaniu skrośnym. Finansowanie skrośne wiąże się często z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny, gdzie wybrany wykonawca dopuszczający się takiego czynu nieuczciwej konkurencji zamierza sfinansować realizację zamówienia ze źródeł innych niż samo wynagrodzenie umowne polegające „przerzuceniu” kosztów wykonania zamówienia do innych zadań realizowanych przez wykonawcę (a tak jest albowiem sam się powołuje w swoich wyjaśnieniach, na fakt przerzucania części kosztów w już realizowane umowy). Taka praktyka została jednoznacznie uznana za czyn nieuczciwej konkurencji w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 337/22).

Wybrany Wykonawca sam wskazuje Zamawiającemu manipulację ceną oferty a mianowicie wskazuje przerzucanie kosztów raz w pozostałe zadania, przy jednoczesnym wskazaniu, że przerzuca je również w całkiem inną usługę nadzoru inwestorskiego już realizowaną, co ewidentnie w tych dwóch sytuacjach manipuluje ceną końcową a tym samym jednym ze składników cenotwórczych.

Gdyby Zamawiający faktycznie dokonał analizy złożonej oferty w zw. z wyjaśnieniami wybranego Wykonawcy, zauważył by że brak niektórych składników cenotwórczych mających wpływ bezpośrednio na cenę oferty rozumianą z art. 7 pkt. 2 Pzp, w tym brak kosztu dojazdów, czy też kosztów obsługi okresu gwarancyjnego.

Zamawiający daje wiarę w wyjaśnienia wybranego Wykonawcy, bez ich analizy zarówno pod kątem prawnym, jak i faktycznym zaoferowanej ceny, nie widząc przekłamań i uchybień i braków, w tym manipulacji ceną poprzez stosowanie niedozwolonych praktyk przerzucania kosztów w inne już realizowane zamówienia.

Kolejnym aspektem brak weryfikacji wyjaśnień w kontekście ich zasadności. Zamawiający przyjmuje je na zasadzie „jest wezwanie – jest odpowiedź”, nie bacząc na pozostałe obowiązki w zakresie ich weryfikacji.

Jeżeli zamawiający będzie w stanie wykazać, iż na etapie składania oferty wykonawca zakłada już zoptymalizowanie wykonania przedmiotu zamówienia, to będzie to równoznaczne z zaproponowaniem przez niego wykonania przedmiotu zamówienia w sposób odmienny niż wymaga tego w SWZ. Wówczas oferta taka podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp2004. Konstrukcją taką potwierdza orzecznictwo (wyrok z 7.11.2014r., KIO 2185/14). Bierna postawa Zamawiającego jedynie świadczy na ciche przyzwolenie na stosowanie tego typu praktyk, co jest ze szkodą dla pozostałych wykonawców, którzy również biorą udział w postępowaniu ale nie mogą konkurować z wybranym Wykonawcą.

Wykonawcy nie mogą przerzucać części kosztów realizacji zadania do kosztów realizacji innych umów, podobnie jak niedozwolone jest pokrywanie strat wynikających z zaniżenia ceny zyskami z kontraktów realizowanych na rzecz innych podmiotów. Praktyki

takie muszą być kwalifikowane jako przykłady czynów nieuczciwej konkurencji, albowiem są one również dowodami na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wybierając jako taką najkorzystniejszą ofertę ewidentnie popiera nieuczciwe praktyki, nagradzając poprzez wybór złożonej oferty w postępowaniu w ramach nieuczciwej konkurencji, manipulacji ceną, uprawiając przy tym niedozwoloną inżynierię cenową, gdzie powyższe jest ukierunkowane na pozyskanie zamówienia za wszelką cenę.

Odwołujący w dniu 23 września 2024r. przesłał Zamawiającemu informację o niezgodnej z ustawą czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a Zamawiający przyjął postawę bierną w tym przedmiocie.

Ponadto Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wszystkich wnioskowanych dokumentów Zamawiający nie udostępnił także Odwołującemu dokumentów tj. głównie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wybranego wykonawcy, pomimo iż Odwołujący przedmiotowy wniosek uzasadnił przywołując wyrok WSA w Łodzi z dnia 14 października 2016r., SAB/Łd 190/16 „uzupełnienia i wyjaśnienia składane na wezwanie organu w przedmiocie oferty w trybie art. 26 ust. 3 i 4 u.p.z.p. oraz art. 87 ust. 1 i 2 u.p.z.p., stanowią integralny element każdej oferty i podlegają udostępnieniu zgodnie z zasadami dostępu do ofert. Nie są one natomiast - jak błędnie twierdzi organ - załącznikami do protokołu, których ujawnienie podlega czasowemu ograniczeniu. Przeciwnie stanowisko, prezentowane przez organ - prowadziłoby do absurdalnej sytuacji, naruszającej fundamentalną zasadę jawności i przejrzystości procedury zamówień publicznych”.

Opisane powyżej czynności oraz zaniechania Zamawiającego naruszają interes Odwołującego polegający na możliwości uzyskania przez niego zamówienia publicznego.

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 pkt 2 Pzp podając, iż wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany zgodnie z ustawą, przy tym powodując nierówne traktowanie wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w tym Odwołującego. Ponadto Zamawiający wybierając wykonawcę, który nie sprostował obowiązkowi dowodowemu wynikającego z art. 224 ust. 5 Pzp, naruszył art. 224 ust. 6 Pzp oraz zwłaszcza art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a, pkt 7, pkt 8, pkt 10 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 oraz ust. 6 Pzp. Brak należytej staranności i bierność Zamawiającego podczas badania wyjaśnień wybranego Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny powoduje nierówne traktowanie wykonawców, którzy również złożyli oferty cenowe w postępowaniu. Skutkiem nierównego traktowania jest również wybór wykonawcy z naruszeniem art. 17 pkt 2 Pzp poprzez udzielenia zamówienia nie zgodnie z ustawą wykonawcy, którego oferta powinna być odrzucona z uwagi na art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 oraz ust. 6 Pzp.

Zdanie Odwołującego, biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów, odwołanie winno zostać uwzględnione w całości a na rzecz Odwołującego winne zostać zasądzone koszty związane z wniesieniem odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył Wykonawca R. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RIN-invest R. D. z siedzibą w Dziewięciolach. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Izba doszła do przekonania, że jeden z zarzutów odwołania potwierdził się, natomiast pozostałe zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Zamawiający utrzymywał, że Odwołującemu przekazane zostały wszystkie dokumenty składające się na dokumentację postępowania, poza elementami wyjaśnień Przystępującego zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zaś samej skuteczności zastrzeżenia części elementów wyjaśnień Odwołujący nie kwestionował.

W toku rozprawy przed Izbą Zamawiający i Odwołujący dokonali czynności zalogowania się na własne konta na platformie zakupowej, gdzie prowadzone jest przedmiotowe postępowanie. Na kontach można prześledzić jakie pisma zostały przekazane Odwołującemu i kiedy miało to miejsce. Zamawiający twierdził, że w dniu 18 września o godz. 14.36 Odwołujący otrzymał całość dokumentacji, o którą wnioskował (poza tajemnicą przedsiębiorstwa), w tym także plik zawierający drugie wyjaśnienia cenowe złożony przez

Przystępującego. Z konta Odwołującego wynika, że rzeczywiście we wskazanej dacie i godzinie została mu przekazana korespondencja, w tym plik o nazwie „wyjaśnienia. pdf”. Taka sama okoliczność wynika z konta Zamawiającego. Jednakże o otwarciu pliku na koncie Odwołującego znajduje się pod nim dokument w postaci wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień skierowany przez Zamawiającego do Przystępującego. Zamawiający potwierdził, że treść tego pisma wskazuje, że dokumentem przekazanym Odwołującemu jest dodatkowe wezwanie skierowane do Przystępującego. Następnie czynności otwarcia pliku o podanym tytule dokonał Zamawiający na swoim koncie. Po dokonaniu powyższej czynności okazało się, że również na koncie Zamawiającego pod plikiem o przywołanym oznaczeniu zamiast drugich wyjaśnień cenowych Przystępującego znajduje się wezwanie do złożenia tych wyjaśnień.

Zatem nie ulega wątpliwości, że Zamawiający, zapewne niecelowo lub przez pomyłkę, lub z innej nieustalonej przyczyny, nie przekazał Odwołującemu całości wnioskowanej dokumentacji z postępowania. Zamawiający nie umiał odpowiedzieć na pytanie w jaki sposób doszło do opisanej sytuacji. Tym samym Odwołujący nie mógł w terminie na złożenie środków ochrony prawnej zapoznać się z całokształtem wyjaśnień cenowych przedstawionych przez Przystępującego, w

szczegółności nie były znane Odwołującemu dodatkowe wyjaśnienia złożone przez Uczestnika postępowania. Izba dokonała oceny zasadności pozostałych zarzutów biorąc pod uwagę, że Odwołujący zapoznał się jedynie z pierwszą częścią złożonych wyjaśnień cenowych, ocenie nie podlegała treść dodatkowych wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.

Dlatego też Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, z którego wynika, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, w tym udostępnienie Odwołującemu dokumentów z postępowania, w tym dodatkowych wyjaśnień odnośnie do ceny złożonych przez Przystępującego. Izba uznała, że w tej części, podczas badania i oceny ofert doszło do naruszenia zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Końcowo, na marginesie jedynie, wobec argumentacji Odwołującego na rozprawie, Izba zauważa, że przywołany przepis nie odnosi się do skuteczności zastrzeżenia części informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, a jego celem jest weryfikacja, czy miało miejsce prawidłowe udostępnienie wykonawcy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie zawarł w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 8 ustawy Pzp, kształtującego zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyjątków od tej zasady.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Odrzuceniu podlega również oferta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Z art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp wynika, że odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp nie został przez Odwołującego w żaden sposób rozwinięty. Odwołanie w zakresie przywołanego przepisu nie zawiera uzasadnienia merytorycznego. Podkreślić należy, iż na prawidłowo skonstruowany zarzut składa się wskazanie podstawy prawnej i wskazanie podstawy faktycznej czynności lub zaniechań zamawiającego. Odwołujący w odwołaniu przywołał jedynie przepis ustawy Pzp ale nie powiązał z tym przepisem okoliczności, w których mógł on zostać naruszony. O ile przywołanie podstawy prawnej nie jest elementem niezbędnym, bowiem Izba może dokonać subsumpcji stanu faktycznego do stanu prawnego, o tyle właśnie podanie okoliczności faktycznych jest kluczowe dla właściwej konstrukcji zarzutu. Wskazania istotnych elementów stanu faktycznego tworzących zarzut w odwołaniu zabrakło.

Co do przesłanki odrzucenia oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, to za błąd w obliczeniu ceny należy uznać sytuację, w której cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wystąpienie takiego błędu wiąże z błędnym ustaleniem przez Przystępującego stanu faktycznego, dla którego dokonał on wyceny oferty.

Izba nie podziela zapatrywań Odwołującego. Z wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego wynika, że znany mu jest opis przedmiotu zamówienia, zakres czynności do wykonania objęty zamówieniem, w tym obowiązek wykonywania nadzorów gwarancyjnych. Liczba godzin nadzoru została oszacowana z uwzględnieniem czynności do wykonania. Przystępujący orientuje się doskonale jaki teren objęty jest zamówieniem, jakie obowiązki

nakłada na inspektorów nadzoru ustawy Pzp, a przede wszystkim ustawa Prawo budowlane, jakie badania są konieczne do wykonania w ramach realizacji zamówienia. Zatem Izba nie dostrzegła w ofercie Przystępującego takich elementów, które mogłyby świadczyć o złożeniu oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny rozumiany jako błąd w ustaleniu stanu faktycznego i oddaliła zarzut jako niezadany.

Odwołujący wskazywał również na zaniechanie Zamawiającego polegające na braku odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego złożenie oferty w określonym kształcie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, który polega na zastosowaniu przez Przystępującego tzw. inżynierii cenowej.

Izba nie podziela w tym zakresie tez odwołania. Zamawiający nie przewidział żadnych szczególnych reguł dla określenia ceny oferty. Stanowisko Odwołującego, że Przystępujący dokonał kalkulacji ceny w sposób nierzetelny jest gołosłowne. Każdy z wykonawców przyjął inną metodologię wyceny. To, że wykonawca w wycenie wziął pod uwagę realizację podobnych zadań w okolicach wykonywania przedmiotowego zamówienia, nie świadczy w ocenie Izby na niekorzyść takiego Wykonawcy. W złożonych wyjaśnieniach ceny Przystępujący opisał, że dokonał kilkukrotnej wizji lokalnej, podał w jaki sposób przeprowadził wycenę, przy użyciu jakich założeń, z uwzględnieniem konieczności ponoszenia określonego rodzaju kosztów. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w postępowaniu mieliśmy do czynienia z przerzucaniem kosztów między różnymi postępowaniami. Za niedające się pogodzić z zasadami logiki należy uznać twierdzenia Odwołującego, że w przypadku oferty Przystępującego mamy do czynienia z „tzw. finansowaniem skrośnym”, za które

Odwołujący poczytuje finansowanie realizacji zamówienia ze źródeł innych niż samo wynagrodzenie umowne, czyli zjawisko polegające na „przerzuceniu” kosztów wykonania zamówienia do innych zadań realizowanych przez wykonawcę. To, że dany wykonawca przy obliczeniu ceny uwzględni własne obciążenie pracą i możliwość pogrupowania czynności do wykonania na kilku realizowanych blisko siebie inwestycjach, zdaniem Izby z pewnością nie wpisuje się w przywołane przez Odwołującego zjawisko. Przystępujący wspomina i klarownie w wyjaśnieniach podaje, że okoliczność realizowania blisko siebie różnych inwestycji pozwala mu obniżyć koszty chociażby transportu, koszty dojazdu, koszty paliwa. W żadnym miejscu wyjaśnień nie wskazano, że przedmiotowa umowa będzie realizowana na bazie wynagrodzenia otrzymywanego w ramach innych realizowanych umów. Postawa Odwołującego charakteryzuje się całkowitym niezrozumieniem zagadnienia stosowania inżynierii cenowej.

Odwołujący nie podał w jaki sposób Przystępujący utrudnia mu dostęp do rynku. Jak wynika z zestawienia złożonego przez Przystępującego, obaj wykonawcy regularnie konkurują w postępowaniach ogłaszanych przez tego samego Zamawiającego, jak i innych zamawiających. Z zestawienia wynika także, że niejednokrotnie Odwołujący składa najkorzystniejsze oferty i uzyskuje zamówienie.

Dalej w zakresie rozpoznawanych zarzutów odnoszących się do wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego podkreślić należy, iż jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień, o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972).

W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny otrzymanych wyjaśnień. Treść złożonych przez Przystępującego dokumentów i oświadczeń można było uznać za wystarczającą do wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał w jaki sposób dokonano szacowania wartości zamówienia, z uwzględnieniem innych planowanych jeszcze w tym roku zamówień

i zamówień dotychczas udzielonych. Dodatkowo Zamawiający uwzględnił jeszcze przy szacowaniu możliwość otrzymania dofinansowania zewnętrznego. Zatem to nie kwota 400 000,00 zł stanowiła kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia.

Poddając analizie złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zestawieniu z zarzutami odwołania, Izba uznała, że Przystępujący przedstawił rzetelną kalkulację, wyjaśnił jakie okoliczności wpływają na możliwość obniżenia ceny ofertowej, jakie założenia przyjął do sporządzenia kalkulacji.

Przystępujący wskazał, że zamówienie będzie wykonywał przy pomocy wielobranżowego inspektora, posiadającego uprawnienia w branży drogowej, sanitarnej i dendrologicznej, których pochodzi z nadzorowanego terenu, co nie generuje kosztów zakwaterowania, czy delegacji. Następnie zaznaczono, że Wykonawca dysponuje mobilnym zapleczem biurowym, urządzeniami niezbędnymi do wykonywania zamówienia. W wyjaśnieniach wspomniano, że Wykonawca realizuje dużą liczbę kontraktów na danym terenie, posiada rozbudowane zaplecze i kontakty z dostawcami, przez co uzyskuje znaczne rabaty. Przystępujący opisał w jaki sposób dokonał wyliczenia pracochłonności, w tym czasu dojazdu na inwestycję, czasu pobytu na budowie, czasu analizy dokumentacji oraz innych czynności składających się na opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący kwestionuje w odwołaniu sposób wyliczenia stawki godzinowej należnej inspektorowi. Izba przyznaje, że wywody Odwołującego są dla niej niezrozumiałe, zwłaszcza w kontekście „ubruttowienia” stawki godzinowej. Przy czym należy wskazać, że Odwołujący zamiennie dokonuje własnych przeliczeń, raz odnosząc się do stawki godzinowej, drugi raz wskazując na wysokość najniższego wynagrodzenia. Przy czym podkreślenia wymaga, iż są to dwa różne sposoby ustalenia minimalnego wynagrodzenia za pracę, określone przez przepisy odrębne. Tok rozumowania Odwołującego nie umiał także logicznie przedstawić na rozprawie przed Izbą, gdzie wracał do kwestii konieczności naliczenia podatku VAT do ustalonych wynagrodzeń. Poza tym Odwołujący w wyliczeniach przyjmował wykonywanie pracy na zadaniu jak dla całego etatu, podczas gdy Zamawiający nie zastrzegł w SWZ 8 godzinowego dnia pracy, a jedynie obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę. Zamawiający nie określił także minimalnego czasu jednego pobytu, wskazując jedynie na ich minimalną liczbę. Odwołujący jakby całkowicie pomija okoliczność, że przy tego rodzaju zamówieniach nie ma konieczności stałości pobytu, a zatem nie cała stawka godzinowa dla inspektora jest rozliczana w ramach

nadzorowanego zadania. Odwołujący pominął, że w wyjaśnieniach podano również, że do stawki podstawowej doliczono koszty dojazdu, koszty ogólne, koszty dodatkowe, a także wszystkie składniki wynagrodzenia konieczne do poniesienia przez pracodawcę, podając ich wysokość, której Odwołujący nie neguje. Wszystkie więc przedstawione w odwołaniu wyliczenia obarczone są błędnym założeniem wykonywania pracy na cały etat. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przyjęta stawka godzinowa jest

nieprawidłowa w odniesieniu do tej przewidzianej przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości stawki godzinowej w 2024 roku.

Przedmiotem analizy Odwołujący uczynił także przedstawione w wyjaśnieniach wyliczenia czasu dojazdu na zadanie. Ponownie jednak Odwołujący pominął okoliczności wynikające z wyjaśnień, szczegółowo w nich rozpisane i zobrazowane zrzutami z wytyczeniem trasy i czasu przejazdu, że Przystępujący nie realizuje tego jednego zamówienia. Przystępujący opisał w jaki sposób optymalizuje wykonywanie kilku kontraktów na trasie jednego przejazdu.

Dalej Odwołujący uważa, że w kalkulacji Przystępującego nie uwzględniono kosztów obsługi okresu gwarancyjnego. Dostrzeżenia wymaga, iż treść złożonych wyjaśnień całkowicie tezie tej przeczy. Jak podano na stronie 14 wyjaśnień w punkcie Wymogi dla Inspektora nadzoru inwestorskiego: „Ostatecznym działaniem jest reprezentowanie Inwestora przez organami Nadzoru Budowlanego i uzyskanie zgody na użytkowanie obiektu. Inżynier kontraktu uczestniczy również w przeglądach gwarancyjnych z wykonawcą prac i inwestorem. Nasza firma wszystkie te działania uwzględniła w wartości ceny zaproponowanej w ofercie”. Zdaniem Izby Odwołujący błędnie założył, że każda czynność wykonywana w ramach usług nadzoru powinna zostać odrębnie zwymiarowana w kalkulacji. Zamawiający jednak takich wymagań nie zawarł w SWZ, ani nie sformułował ich w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.

Reasumując, z tych powodów Izba uznała wyjaśnienia Przystępującego za wyczerpujące i wystarczające, by udowodnić prawidłowy poziom ceny ofertowej. Złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kalkulacja i wyjaśnienia obrazują rzeczowość kosztów i przyjętą przez Wykonawcy metodologię wyceny, akcentując istotne dla Przystępującego założenia do wyceny. Dokonując oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień Zamawiający postąpił zgodnie z zasadami prowadzenia postępowania ustalonymi w ustawie Pzp

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 1/5 oraz Odwołującego w częściach 4/5 (5 zarzutów rozpoznawanych z odwołania, z czego 1 zarzut został uwzględniony, 4 zarzuty oddalono).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7 500 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy oraz koszty podróży na posiedzenie i rozprawę w wysokości 791, 20 zł, co łącznie dawało kwotę 11 891,20 zł oraz koszty Zamawiającego w wysokości 1 230,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego do akt postępowania odwoławczego. Łącznie kwota kosztów postępowania wyniosła 13 121,20 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11 891,20 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 4/5 kwoty kosztów rozliczonych w postępowaniu odwoławczym, czyli kwoty 10 496,96 zł.

Zamawiający winien natomiast ponieść koszty w wysokości 1/5 kwoty rozliczanej, czyli 2 624,24 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę między Stronami.

Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 394,24 zł (11 891,20 zł – 10 496,96 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 1 394,24 zł wyrównuje także koszty, które powinien ponieść Zamawiający (1230,00 zł + 1394,24 zł = 2 624,24 zł).

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 394,24 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: