Sygn. akt: KIO 4006/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. przez wykonawcę **Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S1 Spółka komandytowa w Czudcu,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Powiat Miechowski – Starostwo Powiatowe w Miechowie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Powiatowi Miechowskiemu – Starostwu Powiatowemu w Miechowie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy **RIN-invest R.D.**do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny i dokonanie ponownej oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Powiat Miechowski – Starostwo Powiatowe w Miechowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę **791 zł 20 gr** (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt jeden złotych dwadzieścia groszy), poniesione przez wykonawcę **Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S1 Spółka komandytowa w Czudcu**tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby,

2.2. zasądza od zamawiającego – **Powiatu Miechowskiego – Starostwa Powiatowego w Miechowie**– na rzecz wykonawcy **Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S1 Spółka komandytowa w Czudcu**– kwotę **11 891 zł 20 gr** (słownie: jedenaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt jeden złotych dwadzieścia groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu – odpowiednio – wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..

Sygn. akt: KIO 4006/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Miechowski – Starostwo Powiatowe w Miechowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest 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.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2024 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 28 października 2024 r. wykonawca Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S1 Spółka komandytowa w Czudcu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8, pkt. 10 w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. 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 a tym samym zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z ustawą co przedkłada się na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 22.10.2024 r.
2) powtórzenia procesu badania i oceny złożonych ofert;
3) odrzucenia oferty wybranego wykonawcy;
4) wybór najkorzystniejszej oferty w zgodzie z ustawą P.z.p., tj. wybór oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p., na skutek

czego odwołujący traci szansę na uzyskanie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że gdyby zamawiający po dokonaniu starannej analizy założonych wyjaśnień „rażąco niskiej ceny" z dnia 27.08.2024r (na pierwsze wezwanie z dnia 27.08.2204r.), oraz wyjaśnień „rażąco niskiej ceny" z dnia 20.08.2024r (na pierwsze wezwanie z dnia 29.08.2204r.), oraz złożonej oferty przez wybranego wykonawcę, który nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 ustawy P.z.p. tj. „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy" to wówczas oferta odwołującego miałaby szansę stać się ofertą najkorzystniejszą, a co za tym idzie miałaby szansę na wybór jako najkorzystniejsza oferta.

Odwołujący wskazał, że zamawiający na mocy art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. wezwał za pismem z dnia 27 sierpnia 2024 r. pn. „wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny" wybranego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie szczegółów zaoferowanej ceny. zamawiający w wezwaniu z dnia 27.08.2024r. (tj. pierwszym wezwaniu) wskazał dokładnie, czego wyjaśnienia mają dotyczyć, albowiem w wezwaniu z dnia 27.08.2024 r. zamawiający wskazał: „Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności okoliczności opisanych w art. 224 ust. 3 ustawy P.z.p."

Odwołujący podniósł, że w dniu 29.08.2024 r. pismem pn. „Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny" zamawiający dokonał ponownego wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie szczegółów zaoferowanej ceny, w zakresie przedstawienia składowych zaproponowanej w ofercie ceny w szczególności kosztów składowych usługi nadzoru, ilości pobytów na budowie itp.

Odwołujący stwierdził, że co prawda art. 224 ustawy P.z.p. nie stanowi, że zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień cenowych jednokrotnie, jednak przepis ten jest wykładany jednolicie przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz sądy, w tym również był wykładany jednolicie na tle poprzednio obowiązujących przepisów, a mianowicie przyjmuje się, że wezwać do wyjaśnień w ww. trybie można tylko raz. Za taką wykładnią przemawia profesjonalizm adresata wezwania oraz zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast o tym czy jest możliwość kierowania do wykonawcy dalszych wezwań do wyjaśnień cenowych decydują okoliczności danego postępowania. Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Wykazujące, że za tę cenę możliwe i realne jest wykonanie zamówienia z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych do tego elementów (wymagania zamawiającego/prawa/wiedzy technicznej). Wyjaśniające dlaczego wykonawca był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie danego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Ograniczeniem dla ponownego wezwania do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, gdy wykonawca na uprzednie wezwanie złożył wyjaśnienia ogólne, zdawkowe, niezgodne z wezwaniem, nienawiązujące do przedmiotu zamówienia, niezawierające żadnych konkretnych danych cenotwórczych umożliwiających weryfikację ceny oferty, bez przedstawienia wyliczeń (np. kosztorysu, czy szczegółowego rozbicia ceny oferty), które mogłyby przekonać zamawiającego o prawidłowości skalkulowania ceny oraz bez dowodów potwierdzających przyjęte wielkości. Nie stanowią wyjaśnień cenowych, a w każdym razie wystarczających do wykazania (uzasadniających cenę) wyjaśnienia, które mają charakter ogólnych informacji o firmie wykonawcy i pozycji wykonawcy na rynku. Taki opis warunków działalności wykonawcy w rzeczywistości nie może stanowić żadnego potwierdzenia prawidłowości skalkulowania danej oferty. Zatem kolejne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia poziomu ceny nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy (a przedmiotowe wezwanie z dnia 29.08.2204r. taką szansę tworzy, gdzie pomimo tego tej szansy wykonawca nie wykorzystuje). Innymi słowy, w sytuacji gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności przy składaniu wyjaśnień poziomu ceny, brak jest po stronie zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający poprzez dokonanie ponownego wezwania próbuje ratować ofertę wybranego wykonawcę.

W ocenie odwołującego, niezłożenie wystarczających wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś skierowaniem do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień. Ustawa P.z.p. w art. 224 ust. 6 wprost 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.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p.), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji (a taki mamy stan faktyczny w naszej sprawie), przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 224 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy P.z.p. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. Zapewne zamawiający przedstawi argumentację, iż w drugim wezwaniu z dnia 29.08.2024r. nie wskazał przywołanej podstawy prawnej, to niemniej jednak z treści wezwania wynika wprost, że wezwanie dalej dotyczy tej samej podstawy prawnej i faktycznej, co zapewne zostało celowo pominięte w drugim wezwaniu z dnia 29.08.22024r, aby nie naprowadzać innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu na fakt próby wyciągania (ratowania) oferty wybranego wykonawcy, tak naprawdę nie wiadomo z jakich przyczyn, zapewne wiadomych tylko zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, iż mamy tak naprawdę dwa wyjaśnienia, tj. pierwsze wyjaśnienie z dnia 27.08.2024 r. (na wezwanie zamawiającego z dnia 27.08.2024r.) oraz drugie wyjaśnienie z dnia 29.08.2024 r. (na wezwanie zamawiającego z dnia 29.08.2024r.).

W ocenie odwołującego wyjaśnienia wykonawcy z dnia 30.08.2204r. (drugie wyjaśnienia) nic nie wnoszą do sprawy, są jedynie powieleniem wyjaśnień wykonawcy z dnia 27.08.2024r. (pierwsze wyjaśnienia). Mając zaś na względzie treść wezwania z dnia 29.08.2024r. (drugiego wezwania) zamawiający oczekiwał kosztów składowych usługi, czyli tak naprawdę kosztów jakie już zostały podane w wyjaśnieniach z dnia 27.08.2024 r. (pierwsze wezwanie). Odwołujący przy tym wskazał, pomijając już fakt, iż wyjaśnienia wykonawcy z dnia 30.08.2024r. (drugie wyjaśnienia) powielają wyjaśnienia z dnia 27.08.2024r. (pierwsze wyjaśnienia) to tak naprawdę wyjaśnienia z dnia 30.08.2024r. (drugie wyjaśnienia) nie wnoszą nic do sprawy, zamawiający dalej nie ma wiedzy, jakie złożenia wykonawca poczynił celem należytej kalkulacji kosztów a tym samym jak wspomniano powyżej wykonawca nie wyjaśnienia zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny oferty, co więcej wyjaśnienia nie zawierają żadnych konkretnych danych cenotwórczych umożliwiających weryfikację ceny oferty, bez przedstawienia wyliczeń (np. kosztorysu, czy szczegółowego rozbicia ceny oferty), które mogłyby przekonać zamawiającego o prawidłowości skalkulowania ceny oraz bez dowodów potwierdzających przyjęte wielkości, zatem nie stanowią wyjaśnień poszczególnych pozycji cenowych (kosztowych), a w każdym razie nie są wystarczające do wykazania (uzasadnienia) ceny oferty.

Odwołujący wskazał na błędny mechanizm ustalania ceny przez wybranego wykonawcę, albowiem zgodnie z ofertą dla części 1 mamy kwotę brutto 38.000,00 zł, tj. w tym VAT 23% w kwocie 7.105,69zł, a co z kolei daje kwotę netto: 30.894,31 zł.

Odwołujący podniósł, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wskazuje:

1) skąd biorą się koszty dojazdu (brak metodyki ich wyliczenia),

2) co wchodzi w koszty ogólne (brak podania, co wchodzi w skład tych kosztów i jak zostały wyliczone),

3) co wchodzi w koszty dodatkowe (brak podania, co wchodzi w skład tych kosztów i jak zostały wyliczone);

4) co wchodzi w pojęcie wszystkie wymagane podatki, opłaty i ubezpieczenia (brak podania, co wchodzi w skład tych kosztów i jak zostały wyliczone);

5) dlaczego wykonawca dodaje pozycje, które nie zawierają podatku vat z pozycjami które zawierają vat.

Odwołujący wskazał, iż skoro zamawiający dokonał w dniu 29.08.2024r. drugiego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przy tym wskazał „zamawiający wzywa do przedstawienia składowych zaproponowanej w ofercie ceny w szczególności kosztów składowych usługi nadzoru, ilości pobytów na budowie itp." to dziwnym trafem nie potrafi dokonać prostej oceny czy te składowe są czy ich nie ma. Dla przykładu odwołujący wskazał proste zaniechanie wykonawcy, a mianowicie zmawiający wezwał w dniu 29.08.2024r. (drugie wezwanie) do przedłożenia informacji ilości pobytów, na co wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 30.08.2024 r. podaje jedynie wzmiankę iż będzie 5 razy w tygodniu na budowie, ciężko można nazwać to ilością pobytów w kontekście ceny oferty, albowiem zamawiający nie pytał się w wezwaniu, ile pobytów będzie miał wykonawca w ciągu tygodni, lecz pytał o ilość pobytów na budowie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 listopada 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu 1. i wnosi o jego oddalenie.

Zamawiający podkreślił, że postępowanie zostało przeprowadzone z zachowaniem fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający stwierdził, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób zgodny z przepisami. Dokonał badania i oceny ofert, a następnie, w oparciu o wyrok KIO 3495/2024 z dnia 18 października 2024 dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym udostępnienia odwołującemu dokumentów z postępowania.

Zamawiający zauważył, że odwołujący podważa zasadność ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wystosowanego do Rin - invest R.D. , Dziewięcioły, 32-200 Miechów. Ponadto wskazuje, iż wybrany wykonawca nie sprostał obowiązkowi wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie zamawiającego przepis art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. nie ogranicza ilości możliwych wezwań. Zamawiający wystosował kolejne wezwanie do wykonawcy, który rzetelnie złożył obszerne pierwsze wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i załączył dowody na jej potwierdzenie.

Zamawiający nadmienił, że wyjaśnienia te były przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej na posiedzeniu KIO 3495/2024, gdzie w wyroku Izba wskazała iż „ Zamawiający dokonał prawidłowej oceny otrzymanych wyjaśnień. Treść złożonych przez Przystępującego (RIN – Invest) dokumentów i oświadczeń można było uznać za wystarczające do wskazania , że cena nie jest rażąco niska".

Zamawiający stwierdził, że w wyjaśnieniach wykonawca obszernie rozwinął każdy z przywołanych aspektów, wykazał, jakie okoliczności wpływają na możliwość obniżenia ceny oraz udowodnił, że spełnił wszystkie wymagania ustawowe, w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług nadzoru inwestorskiego;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;

3) oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207, z 2023 poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

W ocenie zamawiającego odwołujący podważa powyższe w sposób nieupoważniony, usiłuje wykazać iż, wykonawca RIN -Invest nie udowodnił braku rażąco niskiej ceny oferty, podczas gdy odwołanie w tym zakresie zostało oddalone (KIO 3495/24). Na posiedzeniu Izba badała pierwsze wyjaśnienia „ (…) biorąc pod uwagę, że Odwołujący zapoznał się jedynie z pierwszą częścią złożonych wyjaśnień, ocenie nie podlega treść dodatkowych wyjaśnień złożonych przez Przystępującego".

Wyjaśnienia te uznano za „wyczerpujące i wystarczające by udowodnić prawidłowy poziom ceny ofertowej. Złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kalkulacja i wyjaśnienia obrazują rzeczywistość kosztów i przyjętą przez Wykonawcę 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."

Zamawiający zauważył, że powodem wystosowania ponownego wezwania nie było ratowanie oferty RIN – Invest, lecz rozwianie wątpliwości zamawiającego w zakresie uszczegółowienie składowych zaproponowanej ceny oferty w szczególności kosztów składowych usługi nadzoru, ilości pobytów na budowie. Uszczegółowienie tych kwot wraz informacjami podanymi w wyjaśnieniach rozwiało wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny ofert. Zamawiający wystosowując kolejne wezwanie dot. rażąco niskiej ceny nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający stwierdził, że możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11 z 2013 r., oraz orzeczeniach sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r., V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., V Ga 122/10), w których sądy jednoznacznie wskazywały, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną. Stanowisko to nie jest również kwestionowane w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że po pierwsze, gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest zbyt ogólne, to wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia, a po drugie, że nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą jeszcze wątpliwości (np. wyrok z dnia 23 czerwca 2015 r., KIO 1143/15 oraz wyrok z dni 18 lutego 2016 r., KIO 150/16).

Zamawiający stwierdził, że nie naruszył art. 226 ust. 1, pkt 8, pkt 10 ustawy P.z.p. Dokonał wyboru oferty wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu nie podlega wykluczeniu, którego oferta jest ofertą najkorzystniejszą a cena oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający wykonał dyspozycję wyroku KIO 3945/2024 z dnia 18 października 2024 r. - dokonał ponownego badania i oceny ofert, udostępnił odwołującemu dodatkowe wyjaśnienia RIN-

Invest dot. rażąco niskiej ceny. Złożone w postępowaniu przez RIN -invest wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami zamawiający uznał jako wyczerpujące, potwierdzające że zaproponowana cena za pełnienie usługi nadzoru inwestorskiego nad zadaniami nie jest rażąco niska oraz że nie ma żadnych podstawy do uznania jej za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i tym samym do odrzucenia oferty. Powyższe potwierdza też sentencja wyroku KIO 3945/2024.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia sformułował następujące zadania dla inspektora nadzoru dla obu zadań:

- znajomość dokumentacji technicznej oraz treści umowy zawartej przez Zamawiającego z Wykonawcą robót budowlanych dla nadzorowanego zadania

-bieżąca kontrola na etapie opracowywania dokumentacji projektowej w zakresie zgodności dokumentów z Decyzją scaleniową oraz PFU nadzorowanego zadania

-reprezentowanie Zamawiającego na budowie poprzez bieżącą kontrolę robót w zakresie ich zgodności z dokumentacją techniczną, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, SWZ, ofertą wykonawcy robót ,zasadami wiedzy technicznej, sztuką budowlaną, obowiązującymi Polskimi Normami oraz przepisami Prawa budowlanego, i ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

-dokonania wpisów w dzienniku budowy w tym wpisu stwierdzającego fakt podjęcia pełnienia funkcji Inspektora

-uczestniczenia w przekazaniu terenu budowy Wykonawcy robót;

-wydawania Wykonawcy poleceń związanych z jakością robót, które są niezbędne do prawidłowego wykonania w/w inwestycji;

-weryfikacji i zatwierdzania złożonych przez Wykonawcę robót deklaracji, kart materiałowych oraz certyfikatów wraz z wymaganymi załącznikami, świadectwami dopuszczenia do obrotu na rynku polskim;

-sprawdzania i odbioru robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających,

-żądania od Kierownika budowy dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót (jeżeli dotyczy) ;

-żądania od Kierownika budowy wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła wywołać zagrożenie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia lub spowodowała niedopuszczalną niezgodność z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, przepisami, normami oraz zasadami wiedzy technicznej;

-uzgadniania koniecznych zmian z autorami projektu;

-weryfikacji ewentualnych kosztorysów robót zamiennych i dodatkowych pod względem merytorycznym i rachunkowym oraz zatwierdzania protokołów odbioru robót, protokołów robót zamiennych czy protokołów konieczności; z zastrzeżeniem że, bez zgody Zamawiającej Inspektor nie jest upoważniony do wydawania Wykonawcy polecenia wykonania robót dodatkowych lub zamiennych,

-potwierdzania faktycznie wykonanych robót, kontrolowania rozliczeń budowy;

-informowania na piśmie Zamawiającej o wszystkich faktach mających znaczenie dla realizacji inwestycji, a zwłaszcza o wszystkich zagrożeniach terminu zakończenia robót;

-prowadzenia nadzoru inwestorskiego również w przypadku wystąpienia robót dodatkowych lub zamiennych, bez żądania dodatkowego wynagrodzenia;

-organizowania i prowadzenia rad budowy w cyklach min. 2 razy w miesiącu oraz na każde żądanie Zamawiającego, w strategicznych fazach inwestycji, w przypadku zaistniałych problemów lub wątpliwości , na żądanie organów kontrolnych

-przygotowywanie , na bieżąco, szczegółowych protokołów z każdej rady budowy opisujących omawiane problemy wraz z określeniem ustaleń jakie zapadły

-przygotowanie stosownych dokumentów formalnych i prawnych do rozpoczęcia robót, zgłoszenie zamiaru rozpoczęcia prac do właściwych organów

-przygotowania i udział w czynnościach odbioru końcowego;

-uczestniczenia w odbiorze usuniętych usterek, wad ujawnionych w trakcie odbioru końcowego;

-udział w czynnościach przeglądów gwarancyjnych w okresie gwarancji udzielonej przez Wykonawcę robót budowlanych tj. 78 miesięcy

-weryfikacji złożonej przez Wykonawcę robót inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej i dokumentacji powykonawczej;

-Inspektor zobowiązany jest do złożenia w imieniu Zamawiającego do organ nadzoru budowlanego zawiadomienia o zakończeniu budowy

-liczba pobytów Inspektora Nadzoru na budowie nie mniej niż ... razy w tygodniu (zgodnie z ofertą wykonawcy) z zastrzeżeniem iż Inspektor musi zapewniać prawidłowy nadzór nad przebiegiem robót wynikający z bieżących uzasadnionych potrzeb i zgłoszeń Zamawiającego, Wykonawcy robót budowlanych lub podmiotów kontrolujących *(dowody: obowiązki Inwestora i Inżyniera Kontraktu dla obu zadań)*

W dniu 27 sierpnia zamawiający poinformował o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: zadanie nr 1 - 200 000 zł, zadanie nr 2 - 200 000 zł *(dowód: komunikat z dnia 27 sierpnia 2024 roku)*

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 27.08.2024 r. o godz. 9:05 w Starostwie Powiatowym w Miechowie za pośrednictwem:https://platformazakupowa.pl/pn/sp_miechow/proceedings - do wyznaczonego terminu składania ofert, oferty złożyli następujący wykonawcy:

I.na Zadanie nr 1- „Usługa nadzoru inwestorskiego nad zadaniem pn. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zadania pn. „Zagospodarowanie poscaleniowe wsi Tczyca, gmina Charsznica":

1)RIN-invest R.D.

-cena brutto - 38 000,00 zł;

-ilość pobytów inspektora nadzoru na budowie – 5 w tygodniu

-czas reakcji tj. Czas przybycia inspektora/inżyniera kontraktu na budowę – 0,5 h

2)Arkadis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s4 spółka komandytowa

-cena brutto - 197 483,00 zł;

-ilość pobytów inspektora nadzoru na budowie – 3 pobyty

-czas reakcji tj. Czas przybycia inspektora/inżyniera kontraktu na budowę – 2 godziny

II.na Zadanie nr 2- „Usługa nadzoru inwestorskiego nad zadaniem pn. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zadania pn. „Zagospodarowanie poscaleniowe wsi Jelcza gmina Charsznica":

3)RIN-invest R.D.

-cena brutto - 34 000,00 zł;

-ilość pobytów inspektora nadzoru na budowie – 5 w tygodniu

-czas reakcji tj. Czas przybycia inspektora/inżyniera kontraktu na budowę – 0,5 h

4)Arkadis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s4 spółka komandytowa, NIP: 8191673641, ul. Słoneczna 47, 38-120 Czudec

-cena brutto - 197 483,00 zł;

-ilość pobytów inspektora nadzoru na budowie – 3 pobyty

-czas reakcji tj. Czas przybycia inspektora/inżyniera kontraktu na budowę – 2 godziny

(dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 27 sierpnia 2024 roku)

Pismem z dnia 27 sierpnia 2024 zamawiający wezwał wykonawcę RIN-invest R.D. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wskazując, co następuje:

Ze względu na to, że cena Państwa Oferty złożonej w w/w postępowaniu w zakresie:

-zadania nr 1- „Usługa nadzoru inwestorskiego nad zadaniem pn. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zadania pn. „Zagospodarowanie poscaleniowe wsi Tczyca, gmina Charsznica"

-zadania nr 2- „Usługa nadzoru inwestorskiego nad zadaniem pn. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zadania pn. „Zagospodarowanie poscaleniowe wsi Jelcza gmina Charsznica

jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu oraz jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania Zamawiający - Powiat Miechowski, w trybie art.224 ust 2 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp, (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zmianami) zwanej dalej ustawą. zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności okoliczności opisanych a art. 224 ust 3 ustawy (dowód: pismo z dnia 27 sierpnia 2024 roku)

Pismem z dnia 27 sierpnia 2024 roku wykonawca RIN-invest R.D. udzielił wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny *(dowód: pismo z dnia 27 sierpnia 2024 roku).*

Pismem z dnia 29 sierpnia 2024 roku zamawiający skierował kolejne wezwanie do wykonawcy RIN-invest R.D., wskazując:

W nawiązaniu do otrzymanych w dniu 27.08.2024 r. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający wzywa do przedstawienia składowych zaproponowanej w ofercie ceny w szczególności kosztów składowych usługi nadzoru, ilości pobytów na budowie itp.

Powyższe wezwanie zgodne jest z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2023 r. KIO 3474/22 – „wystosowanie ponownego wezwania do tego samego wykonawcy jest możliwe w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu zamawiający nie doprecyzował, jakie informacje i dotyczące jakich kosztów wykonawca powinien w szczególności przedstawić. Uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w

sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu.

Wyjaśnienia wraz z dowodami w formie elektronicznej, opatrzonej podpisem elektronicznym osób upoważnionych do reprezentowania Wykonawcy należy złożyć za pośrednictwem platformy zakupowej udostępnionej pod adresem (dowód: pismo z dnia 29 sierpnia 2024 roku).

Pismem z dnia 30 sierpnia 2024 roku wykonawca RIN-invest R.D. udzielił kolejnych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny *(dowód: pismo z dnia 30 sierpnia 2024 roku).*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne, aczkolwiek żądanie odrzucenia oferty wykonawcy RIN-invest R.D. Izba uznała za przedwczesne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba wskazuje, że odwołujący w treści odwołania skupił się w dużej mierze na argumentowaniu, iż zamawiający niezasadnie wezwał wykonawcę RIN-invest R.D. do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Ponadto odwołujący podniósł, iż drugie wyjaśnienia nie dają podstaw do stwierdzenia, że cena oferta wykonawcy RIN-invest nie jest rażąco niska

Izba nie podziela stanowiska odwołującego w zakresie możliwości ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wskazać należy, że – co do zasady – wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinno mieć miejsce jeden raz wobec danego wykonawcy, niemniej jednak z ugruntowanego w tym zakresie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że wystosowanie ponownego wezwania do tego samego wykonawcy jest możliwe w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu zamawiający nie doprecyzował, jakie informacje i dotyczące jakich kosztów wykonawca powinien w szczególności przedstawić. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 150/16, powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p. (obecnie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.) może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często.

Izba podziela natomiast stanowisko odwołującego, iż ponowne wyjaśnienia złożone przez wykonawcę RIN-invest nie dają podstaw do stwierdzenia, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te w istocie stanowią powtórzenie wyjaśnień złożonych w wyniku pierwszego wezwania. Niemniej jednak nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy RIN-invest byłoby przedwczesne. Analizując treść wezwań z dnia 27 i 29 sierpnia 2022 roku Izba doszła do przekonania, że wezwania te są zbyt ogólne, by wykonawca mógł powziąć wystarczającą wiedzę, jakie w szczególności obszary zamówienia interesują zamawiającego pod względem dokonanej wyceny. Jeśli chodzi o wezwanie z dnia 27 sierpnia 2024 roku, zamawiający najwyraźniej doszedł do takiego właśnie przekonania, skoro zdecydował się na wezwanie wykonawcy RIN-invest do złożenia ponownych wyjaśnień. Niemniej jednak, wezwanie z dnia 29 sierpnia 2024 roku charakteryzuje się równie wysokim poziomem ogólności i nie daje wiedzy w zakresie tego, co w istocie wykonawca miałby wyjaśnić. Zamawiający w wezwaniu wskazał jedynie, iż wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w zakresie (cyt.): „w szczególności kosztów składowych usługi nadzoru, ilości pobytów na budowie itp.”. Zamawiający nie wyszczególnił, które konkretnie koszty i w jaki sposób miałby wyjaśnić wykonawca. Nie wiadomo również, jak należy rozumieć żądanie wyjaśnienia „ilości pobytów na budowie” w sytuacji, w której ilość taka została przez wykonawcę wskazana w formularzu ofertowym.

Podkreślenia wymaga, że wezwanie nie może być ogólnikowe. Zamawiający powinien wskazać elementy oferty, które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Takie działanie wynika z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., który wymaga, aby zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów, w sytuacji, gdy zamawiający w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jednocześnie wskazać należy, że wykonawca nie może ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie zamawiającego.

Wskazując na powyższe Izba nakazała zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawcy RIN-invest R.D. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. W wystosowanym wezwaniu zamawiający winien sprecyzować obszary i elementy zaoferowanej ceny, które budzą jego zastrzeżenia i które powinny być wyjaśnione i dowiedzione. Elementy te muszą odnosić się w sposób realny do sposobu szacowania ceny w przedmiotowym postępowaniu, z

uwzględnieniem tych kosztów, które mają realny wpływ na wysokość ceny oferty.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 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).

Przewodniczący:……