Sygn. akt: KIO 1490/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 maj 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań,**Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Tuwima 28, 90-002 Łódź, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających wspólnych –**Pomorska Kolej Metropolitalna Spółka Akcyjna**, ul. Budowlanych 77. 80-298 Gdańsk, **Gmina Miasta Gdańska**, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk

przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Infra - Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,**ul. Leszno 14, 01-192 Warszawa, **Mosty Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,** ul. Jaśminowy Stok nr 12A, 80-177 Gdańsk,**Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Tadeusza Kościuszki 68, 61-891 Poznań

orzeka:

1Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień z dnia 17.04.2024 r.

2Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4.566 zł 91 gr (słownie: cztery tysiące pięćset sześćdziesiąt sześć złotych, dziewięćdziesiąt jeden groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i koszty jego dojazdu;

2.2zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19.566 zł 91 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt sześć złotych, dziewięćdziesiąt jeden groszy) stanowiącą koszty strony poniesione w związku z wpisem od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami jego dojazdu.

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:……

Sygn. akt: KIO 1490/24

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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających – Pomorska Kolej Metropolitalna Sp. z o.o. z/s w Gdańsku, Gmina Miasta Gdańsk, w trybie podstawowym dla zamówienia sektorowego na*opracowanie dokumentacji projektowej (wraz ze wsparciem technicznym) i uzyskanie decyzji zezwalających na realizację przedsięwzięcia pod nazwą „Rozwój infrastruktury transportowej w południowych dzielnicach Gdańska" z podziałem na zadania* (nr postępowania: PKM/DO/SP350/8/23), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.12.2023 r., S 244/2023 00769498 wobec czynności polegającej na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, wniesione zostało w dniu 29.04.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Sweco Polska Sp. z o.o. z /s w Poznaniu, Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. z/s w Łodzi (sygn. akt KIO 1490/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 224 ust. 1 oraz art. 16 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny (zarzut nr 1).

W przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1, Odwołujący zaskarżył czynności polegające na:

2)wezwaniu Odwołującego do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, obejmującego podział na części składowe ceny nieuwzględnione przez Zamawiającego w SWZ , polegającego na żądaniu żądanie przedłożenia wyjaśnień i kalkulacji dotyczących wyliczenia ceny w podziale na ETAPY oraz do przedstawienia kalkulacji, która będzie prezentować: wszystkie koszty osobowe dla każdej osoby od Koordynatora Projektu poprzez

projektantów, sprawdzających, asystentów, BIM Menadżera, ekspertów, specjalistów i innych osób, a także wszelkie inne koszty pozaosobowe: koszty związane z podwykonawcami, koszty rzeczowe, finansowe, koszty ubezpieczeń, koszty zabezpieczeń należytego wykonania umowy, dojazdów, delegacji, koszty stałe prowadzenia działalności w szczególności koszty utrzymania biura, koszty wykorzystywanego sprzętu lub urządzeń, oprogramowania oraz materiałów niezbędnych do sporządzenia dokumentacji, z jednoczesnym wymaganiem aby przedstawiona kalkulacja ceny wykazywała szczegółowy podział na poszczególne obiekty budowlane, a także była podzielona na zakresy prac projektowych i inne opracowania (w tym badania z dokładnym wskazaniem ich ilości i określonych miar), a także zaprezentowaniem kalkulacji w zakresie technologii BIM, w tym w szczególności zaprezentowaniem wyceny kosztów narzędzi cyfrowych, koordynacji międzybranżowej i wykrywania kolizji wraz z założeniem czasu ich zaangażowania, założeń czasowych i kosztowych wykonania opracowania numerycznego modelu terenu, założenia czasowego oraz kosztów opracowania modelu uwarstwienia podłoża, z jednoczesnym zażądaniem konkretnych dowodów w postaci:

− własnych kalkulacji cenowych, a w przypadku zamiaru korzystania z podwykonawców, również oferty podwykonawców zawierające szczegółową kalkulację tych prac lub umowy z podwykonawcami o takim samym zakresie szczegółowości;

− potwierdzenia poziomu zatrudnienia zgodnie z przepisami prawa pracy;

− zaświadczenia dotyczącego pomocy publicznej;

− wykazu sprzętu niezbędnego do świadczenia usług z potwierdzeniem kosztów dysponowania (leasing, najem, własność);

− informacji o poziomie nałożonej marży lub poziomie uzyskanych rabatów uwzględnionych w cenie złożonej oferty,

mimo iż Rozdział XVIII Specyfikacji Warunków Zamówienia opisujący sposób obliczenia ceny, nie przewidywał takich elementów oraz przepisy PZP nie dają Zamawiającemu uprawnienia do żądania przedłożenia konkretnych dowodów w zakresie wyliczenia ceny, a której to czynności zarzucam naruszenie art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 PZP oraz Rozdziału XVIII Specyfikacji Warunków Zamówienia, art. 16 pkt 1 i 3 PZP oraz art. 701 § 4 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (Zarzut nr 2);

3)wyznaczenie zbyt krótkiego, nieproporcjonalnego i nieadekwatnego do zakresu i szczegółowości wezwania, jak również nieuwzględniającego stopnia skomplikowania i zakresu oraz wartości przedmiotu zamówienia - terminu na udzielenie wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty Odwołującego, a której to czynności zarzucam naruszenie art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP (Zarzut nr 3);

4)odmowę przedłużenia terminu na złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty Odwołującego, pomimo złożenia przez Odwołującego wniosku w tym zakresie oraz pomimo tego, że pierwotnie określony w wezwaniu termin był zbyt krótki, nieproporcjonalny oraz nieadekwatny do zakresu i szczegółowości wezwania, jak również nieuwzględniający stopnia skomplikowania i zakresu oraz wartości przedmiotu zamówienia, a której to czynności i zaniechaniu zarzucam naruszenie art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP (Zarzut nr 4).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, ewentualnie nakazanie modyfikacji wezwania na takie, które będą odpowiadały opisanemu w dokumentacji postępowania sposobowi obliczenia ceny wraz ze zmianą terminu na złożenie wyjaśnień, wynoszącym co najmniej 10 dni od dnia dokonania modyfikacji wezwania.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Konsorcjum w składzie:Infra - Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z/s w Warszawie, Mosty Gdańsk Sp. z o.o. z/s w Gdańsku, Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. z/s w Poznaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 20.05.2024 r.),

Odwołujący po otrzymaniu wezwania w dniu 17.04.2024 r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu do dnia 8 maja 2024 r., a następnie wniosek ten ponownie skierował w dniu 22.04.2024 r. Zamawiający dwukrotnie odmówił zmiany terminu.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w terminie wskazanym w wezwaniu, jednak nie był w stanie sprostać oczekiwaniom Zamawiającego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także stanowiska stron i uczestnika prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.
Skład orzekający nie podzielił zastrzeżeń Zamawiającego i Przystępującego dotyczących braku wykazania przez Odwołującego naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, do jakiego prowadzić miało skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, jak również bezprzedmiotowości wniesionego odwołania. Podnosząc te kwestie Zamawiający i Przystępujący wskazywali na okoliczność złożenia wyjaśnień przez Odwołującego w terminie wskazanym w wezwaniu, co nastąpiło przed wniesieniem odwołania. Jednocześnie na posiedzeniu skład orzekający ustalił, iż zarówno na moment wniesienia odwołania, jak i na moment jego rozpoznania Zamawiający nie zakończył oceny złożonych wyjaśnień, jak również, iż sama treść wyjaśnień wraz z dowodami, w związku z zakresem zarzutów, nie może podlegać ocenie w ramach złożonego środka ochrony prawnej.

Izba oceniając skuteczność wniesionego odwołania uwzględniła stan istniejący na dzień jego złożenia, tj. zainicjowaną wezwaniem z 17.04.2024 r. procedurę wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez Odwołującego prowadzoną na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy. Samo złożenie wyjaśnień, bez zakończenia oceny jest okolicznością pozbawioną znaczenia, gdyż zasadniczo nie stanowi przedmiotu rozpoznania. Ocena wyjaśnień może natomiast w przyszłości stanowić o prawidłowości oferty lub jej odrzuceniu. Obie możliwości na moment wniesienia odwołania nie zostały wykluczone, zatem to w możliwości uznania, iż wyjaśnienia w zakresie w jakim zostały złożone w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego stanowić mogłyby podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 224 ust. 6 Ustawy, należy upatrywać uzasadnienia dla wniesienia odwołania. Zarzut podstawowy dotyczy uznania samego wezwania za pozbawione podstawy prawej, co miałoby ten skutek, iż ocena oferty Odwołującego nie mogłaby być wypadkową wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie z 17.04.2024 r.

W tych okolicznościach nie może budzić wątpliwości, iż wniesienie odwołania na czynność inicjującą całą procedurę, której zakończenie może prowadzić do uznania, iż Wykonawca nie złożył wystarczających wyjaśnień i dowodów, a w konsekwencji odrzucenia oferty, jest działaniem skutecznym i ukierunkowanym na uniknięcie niekorzystnych skutków prawnych.

Mając na uwadze skutki wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy, jakim jest przede wszystkim nałożony na wykonawcę obowiązek wykazania realności ceny i obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, poprawność samego wezwania, w tym stwierdzenie, iż zachodziła podstawa do podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny, może mieć istotne znaczenie dla podjętych w następstwie tej czynności decyzji w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień powinien mieć możliwość skorzystania z środków ochrony prawnej przeciwko czynności podjętej w postępowaniu, co w niniejszej sprawie prowadzić może do pozbawienia skutku wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, tj. domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Ustawodawca w sposób szczególny uregulował sytuację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wobec, którego uruchamiana zostaje tym wezwaniem procedura. Ma to również swoje konsekwencje na etapie ewentualnych sporów przed organami sądowymi. Należy również odnotować powszechnie podnoszony w sporach związanych z badaniem rażąco niskiej ceny oferty, w szczególności w sytuacji uznania, iż złożone wyjaśnienia były niedostateczne, argument braku zakwestionowania w drodze odwołania czynności samego wezwania do złożenia wyjaśnień. Wskazać w tym zakresie można na stanowisko Sądu Zamówień Publicznych wyrażone w wyrok z dnia 27.09.2023 r., sygn. akt XXIII Zs 6/23, potwierdzające istnienie interesu prawnego w złożeniu odwołania na samą czynność wezwania do złożenia wyjaśnień. Sąd wskazał, iż w sytuacji kwestionowania wezwania do wyjaśnień wykonawca winien zaskarżyć właśnie tę czynność, gdyż w momencie ewentualnego odrzucenia oferty w wyniku niezłożenia wyjaśnień, jego argumenty odnoszące się do wezwania mogłyby zostać uznane za spóźnione. W wyroku z dnia 19.12.2022, sygn. akt XXIII Zs 144/22, Sąd ten podkreślił, iż w sytuacji gdy zamawiający żąda wyjaśnień dotyczących ceny oferty, to po udzieleniu tych wyjaśnień podstawą oceny oferty tego wykonawcy nie jest wyłącznie cena z tej oferty w znaczeniu materialnym, ale uzasadnienie wartości stanowiące tę cenę w treści udzielonych wyjaśnień. Wyjaśnienia udzielane w trybie art. 224 Ustawy powinny być tego rodzaju, że eliminują wątpliwości dotyczące poprawności obliczenia ceny oferty wyrażone przez zamawiającego.

Izba nie podziela przy tym argumentu pełnomocnika Zamawiającego, iż Wykonawca mógł skutecznie złożyć dodatkowe wyjaśnienia już po terminie wyznaczonym w wezwaniu i żądać ich uwzględnienia przez Zamawiającego przy ocenie oferty. Wniosek ten nie ma żadnego uzasadnienia w przepisach regulujących czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, mając na uwadze dwukrotną odmowę Zamawiającego wydłużenia terminu wyznaczonego w samym wezwaniu uznanie, iż Wykonawca mógłby skutecznie domagać się uwzględnienia wyjaśnień „spóźnionych", wydaje się być nieracjonalne. Jednocześnie takie podejście również mogłoby spotkać się z negatywną

oceną mając na uwadze zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców, jak i postulat oceny wykonawcy przez pryzmat profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego.

Również podniesiony przez Przystępującego wniosek o uznanie odwołania za bezprzedmiotowe nie miał podstawy. Skarżona w odwołaniu czynność Zamawiającego nie została uchylona, np. w ramach czynności naprawczych Zamawiającego, a tym samym tak na moment wniesienia odwołania, jak i na moment jego rozpoznania, była i jest czynnością ważną i wywołującą skutki dla Wykonawcy w postaci obowiązku obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny w drodze wyjaśnień.

Izba uznała odwołanie za dopuszczalne i skuteczne, podlegające rozpoznaniu.

Izba ustaliła i zważyła.

Uwzględniając konstrukcję zarzutów, w których zarzuty od 2 do 4 podniesione zostały w sytuacji braku uwzględnienia zarzutu nr 1, w pierwszej kolejności należało rozpoznać odwołanie w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Ustawy oraz art. 16 ust. 3 Ustawy poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

W tym zakresie Odwołujący podnosił, iż jedyną podstawą na jakiej Zamawiający opierał podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny było porównanie ceny zaoferowanej przez Odwołującego do średniej cen ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, iż odwołanie zmierza do odebrania Zamawiającemu jego prawa i obowiązku do rzetelnego zbadania zaoferowanej ceny oraz zbadania, czy w zaoferowanej cenie zostały uwzględnione wszystkie aspekty wykonania zamówienia wynikające z OPZ. Uzasadniając podstawę do wezwania Zamawiający odniósł się do występującej różnicy ceny oferty Odwołującego do średniej zaoferowanych cen, która wynosi ponad 8,2 mln zł. Już sama ta kwota miała wymagać zainteresowania i podjęcia procedury z art. 224 ust. 1 Ustawy. W dalszej części stanowiska Zamawiający prezentował wnioski z orzecznictwa krajowego. Zamawiający odniósł się także do wartości szacunkowej zamówienia, która chociaż zbliżona do ceny oferty, to nie przesądza o braku rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego, ani tym bardziej nie uzasadnia odstąpienia od badania rażąco niskiej ceny, w sytuacji powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości w zakresie wysokości zaoferowanej ceny. Zamawiający uznał, iż dopiero po zapoznaniu się z pełną dokumentacją wykonawcy złożyli oferty o stosownie wyższych cenach w stosunku do tych jakie wskazywali pierwotnie w procedurze rozpytania. Z uwagi na trudność zadania i nowatorski charakter projektowanej inwestycji, Zamawiający uznał za konieczne wyjaśnienie, jak w trakcie tak długiego okresu, na jaki zawarta zostanie umowa (36 miesięcy), Wykonawca zaplanował wydatki.

Izba ustalił, iż w postępowaniu złożonych zostało sześć oferty z cenami: oferta nr 1 – 44.034.000,00 zł brutto, oferta nr 2 – 48.400.500,00 zł brutto; oferta nr 3 (Odwołującego) – 35.571.600,00 zł brutto; oferta nr 4 – 48.701.850,00 zł brutto; oferta nr 5 – 30.233.400,00 zł brutto; oferta nr 6 – 55.823.550,00 zł brutto.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 41.412.229,00 zł netto, uwzględniając wartość zamówień o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz art. 388 pkt 2 lit. c Ustawy, tj. 6.902.038,00 zł. Podstawą szacowania było rozeznanie rynkowe utrwalone w notatce służbowej (druk ZP).

Zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczona została kwota 35.629.507,00 zł brutto, w tym na zadanie kolejowe (nr 1) – 29.629.507,00 zł; zadanie drogowe (nr 1 i 2) – 6.000.000,00 zł. brutto (protokół ZP). Na rozprawie Zamawiający wskazał, iż w ramach rozeznania rynkowego skierował zapytania do 10 podmiotów projektujących i otrzymał odpowiedzi od pięciu.

Zamawiający pismem z 17.04.2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny – *w celu ustalenia czy złożona przez Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia.* Zamawiający dokonał porównania ceny oferty Odwołującego z cenami zaoferowanym w pozostałych ofertach niepodlegających odrzuceniu i ustalił, iż jest ona niższa o 18,76% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, tj. od kwoty 43.785.950,00 zł brutto.

Taki procentowy poziom odniesienia oferty Wykonawcy w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dał Zamawiającemu – zgodnie z art. 224 ust.1 ustawy Pzp – podstawę do przyjęcia, iż oferta mogła zostać przez Wykonawcę nienależycie skalkulowana lub zaniżona w stosunku do kosztów realizacji tego zamówienia oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący w piśmie z 19.04.2024 r. wystąpił o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do dnia 08.05.2024 r. W

związku z odmową Zamawiającego z dnia 19.04.2024 r. Wykonawca ponowił swój wniosek wskazując dodatkowe argumenty w piśmie z 22.04.2024 r. Zamawiający ponownie takiej zgody nie wyraził (pismo z 23.04.2024 r.).

Wykonawca złożył wyjaśnienia w raz z dowodami w dniu 24.04.2024 r. Na rozprawie wskazywał, iż nie zawierają one pełniej informacji jakiej wymagał Zamawiający.

Izba uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.

Mając na uwadze okoliczności przywołane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 17.04.2024 r., skład orzekający uznał, iż Zamawiający nie wykazał na etapie postępowania odwoławczego, istnienia obiektywnego uzasadnienia dla możliwości przyjęcia, iż zaoferowana przez Odwołującego cena może budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co uzasadniać miało uruchomienie procedury w oparciu o art. 224 ust. 1 Ustawy. Ponownie wskazując na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.12.2022, sygn. akt XXIII Zs 144/22, należy podkreślić, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień ma umożliwić wykonawcy rozwianie wątpliwości dotyczących poprawności obliczenia ceny wyrażonych przez zamawiającego w tym wezwaniu.

Jak słusznie wskazał Zamawiający, stanowiąca podstawę wezwania norma z art. 224 ust. 1 Ustawy nie zawiera wprost powiązania wątpliwości co do ceny z ustaleniem poziomu różnicy zaoferowanej ceny do średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert, wymaga natomiast istnienia obiektywnej podstawy do uznania, iż zamawiający mógł powziąć uzasadnione wątpliwości co do wyceny oferty. Już z cytowanych w odpowiedzi na odwołanie orzeczeń wynika taki wniosek, w szczególności z cytowanego fragmentu orzeczenia z 21.10.2021 r., w sprawie KIO 2833/21, *Jakkolwiek w omawianej regulacji ustawodawca użył sformułowań nacechowanych subiektywnie, o charakterze ocennym, jak „wydaje się rażąco niska" czy „budzi wątpliwości", to jednak stwierdzić należy, że w sytuacji gdy okoliczności sprawy w sposób obiektywny wskazują, że wątpliwości co do ceny oferty powinny się u Zamawiającego pojawić, to skierowanie wezwania do wykonawcy uznać należy za obligatoryjne*. Rozwijając argumentację w tym zakresie należy wskazać, iż przepis w obecnym brzmieniu nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania w sytuacji wyczerpującej przesłanki objęte normą art. 224 ust. 1, co oznacza, iż prawidłowość tej czynności poddaje się kontroli w ramach środków ochrony prawnej, a ta oznacza potrzebę wykazania, w razie zaistnienia sporu, przez zamawiającego istnienia uzasadnienia dla powzięcia wątpliwości co możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę (przesłanka pozytywna). Przyjęcie zatem, jako wystarczającego dla spełnienia tego obowiązku, złożenie oświadczenia zamawiającego o powzięciu wątpliwości, oznaczałoby brak możliwości poddania kontroli zasadności podjęcia obligatoryjnej czynności wpisanej w procedurę badania i oceny ofert. Również w sytuacji gdy przedmiotem zaskarżenia jest zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 224 ust. 1 Ustawy, to na stronie odwołującej spoczywa ciężar wykazania istnienia okoliczności uzasadniających przyjęcie, iż zamawiający powinien był w danych okolicznościach powziąć wątpliwości co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

Przenosząc powyższe na okoliczności wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 17.04.2024 r. do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, a także podniesione w odpowiedzi na zarzuty, skład orzekający ustalił, iż jedynym obiektywnym czynnikiem, który miałby uzasadniać powzięcie wątpliwości uzasadniającej wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, było wystąpienie różnicy w cenach ofert. Zamawiający w wezwaniu nie wskazał bowiem na istotne znaczenie jakiegoś elementu kalkulacji kosztów, a mając na uwadze charakter usługi, zakresem wyjaśnień miały być objęte wszystkie elementy przyszłej usługi. Jedynym zatem precyzyjnym wskazaniem, jako podstawy wezwania jest ustalona różnica w cenach ofertowych. Odnosząc się do tej podstawy należy zaznaczyć, iż różnica w cenach oferowanych w procedurze konkurencyjnej nie jest co do zasady niczym wyjątkowym, jest natomiast cechą postępowań przetargowych, w których uczestnicy konkurują ceną. Na etapie postępowania odwoławczego Zamawiający występującej różnicy próbował nadać szczególne znaczenie z uwagi na złożoność zadania i jego unikatowy charakter, co nie zostało w wezwaniu w żaden sposób zakomunikowane, jak również szerzej omówione na rozprawie.

Mając jednak na uwadze specyfikę usługi będącej przedmiotem zamówienia, niezależnie od zakresu prac projektowych i ich złożoności, na etapie sporządzenia oferty znaczenie ma sposób kalkulacji kosztów, w szczególności kosztów osobowych, jako zasadniczego elementu świadczenia opartego na pracy zespołu projektowego, a także przewidziany okres na realizację usługi. Argument ten w zasadzie powielany był w wypowiedziach wszystkich uczestników sporu w trakcie rozprawy, co pozwala uznać, iż nie jest to okoliczność sporna. W wezwaniu, jak i na rozprawie Zamawiający podkreślał znaczenie różnicy ceny sięgającej rzędu 8,2 mln w stosunku do średniej zaoferowanych cen, jako wystarczającej dla uznania istnienia uzasadnienia do wezwania o złożenie wyjaśnień.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie wykazał dlaczego taki poziom różnicy miałby uzasadniać podejrzenie

zaoferowania rażąco niskiej ceny, a w zestawieniu z zakresem wezwania, nie pozwala przyjąć, iż wątpliwość ta mogłaby być usunięta bez znajomości założeń przyjętych w innych ofertach. Stanowisko Zamawiającego w zasadzie sprowadzało się do przywołania tej kwoty i konieczności oceny oferty w odniesieniu do cen innych ofert złożonych w postępowaniu. Nie była bowiem podstawą wezwania różnica ceny Odwołującego do wartości szacowanej zamówienia, która była zbieżna z ceną, a to pozwala stwierdzić, iż uwzględnia zakres prac objętych zamówieniem. Samo wskazanie na wyższy poziom cen ofert złożonych w postępowaniu, w okolicznościach tego zamówienia, w ocenie składu orzekającego, nie było wystarczające dla stwierdzenia istnienia uzasadnienia dla powzięcia podejrzenia co do sposobu kalkulacji kosztów pozwalającej na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi opisanymi w dokumentacji zamówienia. Taka optyka oznaczała bowiem w badanej sprawie, iż wyznacznikiem właściwej kalkulacji kosztów były założenia poczynione przez konkurujących ze sobą ceną wykonawców. Nie można na tej podstawie przyjąć, iż kalkulacja najdroższej oferty (55,8 mln), jak i pozostałych wycenionych wyżej niż oferta Odwołującego, pozwala podejrzewać, że wykonawca w sposób nieprawidłowy kalkulował koszty realizacji prac. Podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny w zasadzie powinno mieć odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a skoro Zamawiający nie wykazał w jakim zakresie jego szacunki mogły być obarczone błędem, na etapie rozpoznania odwołania, skład orzekający nie miał podstaw do wskazania na poziom niedoszacowania tych kosztów.

W ocenie składu orzekającego należało mieć na uwadze praktykę branżową, w tym przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 2458). Należy w tym miejscu wskazać, iż przepisy rozporządzenia określają metody obliczania i podstawy planowanych kosztów prac projektowych, mające charakter wskaźnikowy odnoszony do wartości robót stanowiących przedmiot projektu. Wskaźniki te ustalane są różnie w zależności od złożoności projektu i rodzaju obiektów inżynieryjnych, które stanowić miałyby przedmiot projektowania.
W przypadku usług stanowiących przedmiot zamówienia, na potrzeby wyceny stosowane mogą być wskaźniki procentowe, co jest również praktyką powszechną przy sporządzaniu dokumentacji przetargowej dla robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj. Ponieważ na obecnym etapie postępowania nie było możliwe przyjęcie wspólnej wartości przyszłych robót budowlanych, oznaczało to, że dla wyliczenia kosztów sporządzenia dokumentacji projektowej wykonawcy mogli dość dowolnie kalkulować koszty, a różnica cen wykraczająca poza „ustawowe widełki", nie oznaczała niewłaściwego szacowania kosztów usługi. Zamawiający tylko na podstawie zestawienia cen w złożonych ofertach opierał uzasadnienie dla stwierdzenia podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny, wymagającego jej sprawdzenia w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy, jednocześnie umniejszając znaczenie rozeznania rynku i uzyskanych cen, które stanowiło podstawę do ustalenia wartości szacunkowej, w tym określenia kwoty środków przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w zasadzie odpowiadającej cenie zaoferowanej przez Odwołującego.

Zamawiający powołując się na skomplikowany charakter zadania wnioskował, iż wstępne rozeznanie cenowe nie może być wyznacznikiem, gdyż dopiero po zapoznaniu się z dokumentacją przetargową wykonawcy mogli w sposób prawidłowy określić zakres prac projektowych i właściwie oszacować wysokość kosztów. Przyjmując nawet ten argument jako przekonujący, to nadal dla wykazania uzasadnienia powzięcia wątpliwości co do ceny lub kosztów, konieczne było odniesienie się do przedmiotu wyceny. Zamawiający poza wskazaniem na poziom różnicy cen nie powołał żadnej okoliczności, która pozwalałaby zakwestionować cenę 35 mln. zł, jako podejrzaną z uwagi na konieczne zaangażowanie czasowe i osobowe.

Jednocześnie argumenty, jakie Zamawiający podnosił w odniesieniu do zakresu wezwania i stopnia jego szczegółowości, wskazują na dążenie do sprawdzenia tego jak wykonawca zamierza realizować usługę, jakim zasobem kadrowym, z udziałem jakich podwykonawców, a także właściwego rozeznania co do zakresu badań koniecznych do wykonania w trakcie umowy, co rodzi uzasadnioną obawę o kierunek badania, którym faktycznie nie jest sposób kalkulacji ceny, ale to czy cel zamówienia zostanie osiągnięty. Uwzględniając charakter świadczenia, na obecnym etapie nie jest możliwe tak szczegółowe sprawdzenie podstaw kalkulacji ceny, w sytuacji gdy pewnych założeń Zamawiający nie wymagał wskazania w formularzu oferty, a zapisy dokumentacji przetargowej nie są w tym zakresie precyzyjne, co można odnieść, np. kosztów jednostkowych wyceny prac projektowych w rozbiciu na poszczególne obiekty inżynieryjne, czy też kosztów pracy personelu zasadniczego i pozostałego personelu projektantów. Zamawiający na rozprawie sugerował, iż OPZ był jasny, co można odnosić do przedmiotu świadczenia, ale nie sposobu wykorzystania zasobów kadrowych. Takie rozszerzanie badania ceny na elementy świadczenia, które nie musiały być przygotowane już na etapie oferty, stawia niejasny kontekst wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy. Zamawiający nie kierował wezwania o wyjaśnienie treści oferty, ale zdecydował w oparciu o bliżej nieokreślone wątpliwości, iż cena może nie uwzględniać wszystkich niezbędnych elementów prac projektowych i towarzyszących przygotowaniu projektu, który

spełni wszystkie wymagania opisane w dokumentacji, lub wynikające z przepisów prawa.

W ocenie składu orzekającego nie jest przedmiotem zarzutu to, czy Zamawiający ma prawo do weryfikacji i sprawdzenia ceny oferty, ale ustalenie, czy takie działania były uzasadnione realną wątpliwością co do podstaw kalkulacji ceny ofertowej. Ponieważ na rozprawie Zamawiający nie przedstawił żadnego przekonującego argumentu, który pozwoliłby przyjąć, iż występująca różnica w cenie może czynić nierynkową kalkulację ceny lub kosztów wykonania usługi, dla której zasadniczym są koszty osobowe, skład orzekający uznał, iż Odwołujący słusznie kwestionował wezwanie, którego podstawą jest przepis art. 224 ust. 1 Ustawy.

W tym miejscu jedynie na marginesie należy zauważyć, że zapisy OPZ w zakresie odnoszącym się do personelu nie miały charakteru zamkniętego w tym znaczeniu, że wyznaczały wymagany poziom zatrudnienia, niezbędny do realizacji prac. Z uwagi zamieszczonej w pkt 7.2.4 OPZ wynika bowiem, iż*przedmiot zamówienia obejmuje zakres prac projektowych, do których Wykonawca musi zaangażować także projektantów i specjalistów innych branż niż osoby określone w niniejszym rozdziale. Przyjmuje się, że Wykonawca ma tego świadomość i zapewni odpowiednią liczbę i rodzaj personelu z odpowiednimi uprawnieniami, a lista personelu przedstawiona w ww. liście nie wyczerpuje i nie stanowi żadnego minimum dla Wykonawcy w tym zakresie.* Powyższe dodatkowo wskazuje, że sposób kalkulacji kosztów w ofertach mógł znacząco odbiegać z uwagi na ilość personelu i sposób zarządzania zasobami kadrowymi na potrzeby różnych zadań realizowanych w tym samym czasie.

Co istotne podstawą wezwania nie były inne wątpliwości, niż wynikające z porównania ceny oferty Odwołującego z pozostałymi cenami złożonymi w przetargu, a w sytuacji, gdy oferta ta odpowiadała kwocie, jaką sam Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia, dla tak szczegółowego wezwania do wyjaśnień ceny Zamawiający powinien był zakomunikować z czego wynikać miałyby wątpliwości dotyczące stwierdzonej różnicy w cenach. Wezwanie miało bardzo szeroki i otwarty charakter w zasadzie skierowane zostało do całości prac z podziałem na zadania, etapy i wszystkie elementy OPZ. Zamawiający wymagał, aby przedstawiona kalkulacja ceny ofertowej uwzględniała i wskazywała wprost wszystkie elementy opracowań, czynności i wymagania składające się na wykonanie przedmiotu zamówienia określone w swz. Zamawiający oczekiwał podziału na obiekty budowlane (dla prac projektowych), pozostałe prace, w tym m.in. badania podłoża gruntowego – w podziale na rodzaje badań wraz ze wskazaniem ich liczby i jednostek miary przyjętych do kalkulacji – metry bieżące, sztuki itd.

Można odnieść wrażenie, że Zamawiający miał potrzebę zweryfikowania podstaw kalkulacji w tak szczegółowym zakresie w celu stwierdzenia zgodności oferty z swz wykorzystując do tego celu mechanizm badania ceny. Ten jednak wymaga wykazania w razie sporu istnienia obiektywnego uzasadnienia dla powzięcia wątpliwości, które musi występować w momencie kierowania wezwania. Z uwagi na restrykcyjne zasady weryfikacji wyjaśnień, które mogą prowadzić do odrzucenia oferty, Wykonawca musi mieć możliwość zidentyfikowania przyczyn podejrzeń, jakie uzasadniały wątpliwości Zamawiającego. W przypadku samej różnicy ceny do innych ofert, Wykonawca nie jest w stanie odnieść się do założeń przyjętych w innych ofertach, stanowiących źródło wątpliwości co do kalkulacji ceny, tak aby wyjaśnić różnice w sposobie kalkulacji kosztów. Powyższe wskazuje na rozdźwięk pomiędzy podstawą podejrzenia uzasadniającą wątpliwość Zamawiającego, a zakresem wyjaśnień i możliwością ich odniesienia do źródła wątpliwości. Skoro te miały wyłącznie podstawy w cenie innych ofert, Wykonawca nie mógł na tej podstawie zidentyfikować podstawy wątpliwości związanej z przedmiotem wyceny. Zakres wezwania również prowadzi do wniosku, że Zamawiający tego nie zidentyfikował i dopiero złożone wyjaśnienia miałyby służyć do wskazania tych obszarów kalkulacji, które czynić miałyby uzasadnionym wezwanie. Mając zatem na uwadze zakres wezwania i brak możliwości ustalenia, jakie elementy świadczenia miałyby uzasadniać podejrzenie, iż wycena poniżej średniej cen złożonych w postępowaniu wskazuje na konieczność wezwania Wykonawcy w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy do złożenia wyjaśnień, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie tej czynności.

Zarzuty od 2 do 4 nie podlegały rozpoznaniu, jako podniesione na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podstawowego (zarzut nr 1).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł oraz uzasadnione koszty Odwołującego wykazane rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy w wysokości uwzględniającej koszty wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł), koszty dojazdu (966,91 zł) i obciążyła nimi w całości Zamawiającego. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów noclegu pełnomocnika uznając, iż w limicie 3.600 zł wskazanym w rozporządzenie mieszcząc się również te koszty. Zgodnie z § 5 pkt 2 lit b) rozporządzenie kwotę łączną 3600 zł wskazuje jako nieprzekraczalną dla wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika strony.

Przewodnicząca:……..…..