Sygn. akt: KIO 4715/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolant:Tomasz Skowroński
po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Akbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach
w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg i Autostrad Oddział
w Katowicach

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Akbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Akbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 złotych (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), obejmującą poniesiony przez zamawiającego – Generalną Dyrekcję Dróg i Autostrad Oddział w Katowicach koszt wynagrodzenia pełnomocnika.
3.Zasądza od wykonawcy Akbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg i Autostrad Oddział w Katowicach kwotę 3 600,00 złotych (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg i Autostrad Oddział w Katowicach, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

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 4715/24

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, dalej: *„zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: ”Budowa obwodnicy miejscowości Pradła w ciągu drogi krajowej nr 78””, dalej: „*postępowanie*”.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 5 sierpnia 2024 r. pod numerem 468888 - 2024.
12 grudnia 2024 r. wykonawca Akbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Katowicach, dalej „*odwołujący*” zaskarżył czynności podjęte przez zamawiającego polegające na:
1) dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) dokonaniu odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę;
3) dokonaniu odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta odwołującego nie powinna zostać odrzucona z postępowania, a przez to powinna być najwyżej oceniona w postępowaniu;
2) art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę, podczas gdy odwołujący przedstawił rzetelne i udowodnione wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny potwierdzające, że złożona przez odwołującego oferta nie jest rażąco niska;
3) art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP poprzez dokonanie odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta odwołującego spełnia wszystkie warunki zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności powrotu do badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
5. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Zamawiający w piśmie z 9 stycznia 2025 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron, zawartych w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba ustaliła, że Odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty i jej istotnych części składowych oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ.

Wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SWZ wzbudziła cena oferty odwołującego ogółem oraz „Ceny jednostkowe netto w PLN" (kolumna 5 Formularza Cenowego), dotyczące następujących pozycji rozliczeniowych:

1. Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia;
2. Usługa nadzoru i zarządzania;
4. Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.

Zamawiający wskazał, że z porównania cen wynika, iż zaoferowane przez odwołującego ceny jednostkowe w ww. zakresie znacząco odbiegają od cen jednostkowych, ustalonych przez Zamawiającego oraz w części pozycji od średniej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu, co poddaje w wątpliwość realność kalkulacji oraz zgodność z wymaganiami zawartymi w SWZ.

Zamawiający wskazał, że szczegółowe wymagania Zamawiającego dot. biura Konsultanta, biura Zamawiającego, Personelu Konsultanta, organizacji pracy Konsultanta oraz środków transportu i łączności zostały zawarte w OPZ (SWZ TOM III).

Zgodnie z SWZ TOM I pkt 17.3 Zamawiający wymagał:

„Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym".

Zgodnie z definicją „dniówki" określoną w SWZ TOM II § 1 Umowy, jako dniówkę należy przez to rozumieć: „jednostkę rozliczeniową czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazaną w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi, zgodnie z Umową, pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obwiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta".

Dodatkowo, w PPU (SWZ TOM II) Zamawiający wskazał:

- w § 13 ust. 4: „Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na podstawie stosunku pracy były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel biurowy i pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt 2.1. OPZ."
- w § 27: „Konsultant jest zobowiązany tak zorganizować codzienną pracę Personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawcy w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu".

Wobec powyższego, Zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień w zakresie we wskazanym wraz z przedłożeniem dowodów:

1. Jakie elementy (czynniki) dostępne Wykonawcy miały wpływ na wysokość ceny oferty ogółem?

2. Czy i na podstawie jakich założeń w kosztach administracyjnych dla pozycji od 1.1 do 1.5 i od 4.1 do 4.5 oraz w zakresie usług nadzoru i zarządzania dla pozycji od 2.1.1 do 2.1.5 i od 2.2.1 do 2.2.6 Formularza Cenowego – został uwzględniony całkowity koszt związany ze stawianymi przez Zamawiającego wymogami i obowiązkami wynikającymi z OPZ (SWZ TOM III) i Umowy (SWZ TOM II)?

Zamawiający wezwał również do przedstawienia dla wskazanych pozycji Formularza Cenowego szczegółowej kalkulacji cenowej w rozbiciu na poszczególne elementy składowe uwzględniające w szczególności przyjęte przez Wykonawcę:

a) <u>w zakresie kosztów administracyjnych</u>:

- w ramach biura Konsultanta (poz. 1.1 i 4.1) wszystkie elementy składowe szczegółowo o: koszty zorganizowania, urządzenia, wyposażenia, utrzymania i likwidacji biura Konsultanta.
- w ramach środków transportu Konsultanta (poz. 1.2 i 4.2): koszty wyposażenia Personelu Konsultanta w odpowiednią ilość środków transportu (samochodów), zapewniającą sprawne pełnienie Usługi przez wszystkich ekspertów i specjalistów.

Wykonawca winien udowodnić, iż przyjęta do kalkulacji ilość samochodów oraz ich ..... miesięczny założony przebieg kilometrów uwzględnia wszystkie obowiązki Konsultanta wynikające z SWZ TOM II (PPU), w tym. m.in.: § 15 ust. 1, ust. 2, ust. 3, § 16 ust. 3, § 17 ust. 13, § 18 ust. 1 pkt 1), 2), 3), 4), 10), 13), § 18 ust. 2, § 20 ust. 2-4, ust. 11, ust. 15, § 21, § 25 pkt 5 oraz deklarację złożoną przez Wykonawcę w Formularzu 2.2. Kryteria Pozacenowe – Podkryterium 1.2. Kontrola jakości.

Zamawiający poprosił o wskazanie planowanego sposobu dysponowania pojazdami wraz z przedłożeniem niezbędnych dowodów, np. ofert wynajmu, dowodów posiadania pojazdów, itp. Ponadto prosimy o określenie odległości (w km) planowanej lokalizacji biura Konsultanta od placu budowy;

- w ramach biura Zamawiającego (poz. 1.3 i 4.3): koszty zorganizowania, urządzenia, wyposażenia, utrzymania i likwidacji biura Zamawiającego.
- w ramach środków transportu Zamawiającego (poz. 1.4 i 4.4): koszty użyczenia Zamawiającemu 1 szt. środków transportu.

Wykonawca winien udowodnić, iż przyjęty do kalkulacji koszt samochodu oraz jego ..... miesięczny założony przebieg kilometrów uwzględnia wszystkie obowiązki Konsultanta wynikające z OPZ pkt. 2.4 (SWZ TOM III)

- w ramach Personelu biurowego (poz. 1.5 i 4.5): koszty zatrudnienia pracowników biurowych zgodnie z wymaganiami OPZ (SWZ TOM III), PPU SWZ TOM II) oraz z uwzględnieniem obowiązujących przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Kalkulacja winna obejmować wszystkie koszty pracodawcy zgodnie z obowiązującymi stawkami dla ubezpieczeń.

b) w zakresie usług nadzoru i zarządzania: eksperci kluczowi i inni eksperci (poz. od 2.1.1 do 2.1.5 i od 2.2.1 do 2.2.17 Formularza Cenowego) wszystkie elementy składowe „dniówki". Kalkulacja winna obejmować całkowity koszt związany ze stawianymi przez Zamawiającego wymogami i obowiązkami wynikającymi z OPZ (SWZ TOM III) Umowy (SWZ TOM II), w szczególności:

- planowaną formę zatrudnienia,
- wysokość kosztów zatrudnienia,
- wysokość wynagrodzenia za pracę dla poszczególnych osób wchodzących w skład personelu Konsultanta,
- przyjęty wymiar czasu pracy,
- narzuty,
- przewidywany zysk,
- urządzenie stanowiska pracy, szkolenia, zakwaterowanie i delegacje,
- wyposażenie bhp, transport, urlopy i wszelkie inne koszty związane
- z zatrudnieniem i pracą poszczególnych osób.

Zamawiający poprosił o wykazanie, że przyjęte ceny są realne i wystarczające do pokrycia kosztów związanych z zatrudnieniem ekspertów i realizacją zamówienia.

3.Czy i w jakim zakresie na wyliczenie istotnych części składowych ceny miały wpływ w szczególności takie elementy jak:

a)zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz.

2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie (wraz ze wskazaniem w jaki sposób ww. aspekty wpłynęły w niniejszym przypadku na wyliczenie ceny);

b)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (wraz ze wskazaniem w jaki sposób ww. aspekty wpłynęły w niniejszym przypadku na wyliczenie ceny).

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia są konieczne do oceny przez zamawiającego, czy cena oferty lub jej istotne części składowe nie są rażąco niskie oraz czy oferta jest zgodna
z warunkami zamówienia określonymi w SWZ lub czy nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Zamawiający wezwał do udzielenia odpowiedzi na pytania oraz o przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które wykonawca uznał za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny oferty oraz istotnych części składowych, a których zamawiający nie wymienił powyżej.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

W piśmie z 7 października 2024 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, które zawierały kalkulacje oraz załączył do nich dowody.

2 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert, w tym oferty odwołującego.

W uzasadnieniu Informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że jego ocenie złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz jej istotnych części składowych. Wykonawca nie wykazał, że cena jaką zaoferował za realizację zamówienia jest ceną rynkową i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Zamawiający podał w uzasadnieniu, że wykonawca w piśmie z 7 października 2024 r. wskazał w sposób bardzo ogólny i lakoniczny, że czynnikami mającymi wpływ na wysokość ceny oferty są m. in.:

- doświadczenie, które firma posiada w prowadzeniu usług nadzoru inwestorskiego;
- lokalizacja inwestycji,
- opracowany podział obowiązków osób wchodzących w skład Zespołu Konsultanta
i opracowany system kontroli pracy;
- planowane zatrudnienie do realizacji do realizacji usługi asystentów w ramach praktyk studenckich na podstawie umowy o staż czy umowy o praktyki zawodowe;
- dotychczasowa współpraca z osobami, które będą pracować na kontrakcie z ramienia nadzoru i które są dobrze znane wykonawcy,
- łączenie niektórych obowiązków np. specjalistę d.s. nadzoru geotechnicznego.

Wykonawca nie wykazał i nie przedstawił żadnych dowodów, w jaki sposób wskazane aspekty przekładają się w rzeczywistości na obniżenie wysokości ceny oferty oraz dlaczego są to okoliczności wyjątkowe w stosunku do tego wykonawcy.

Zamawiający wskazał także, że wymagał przedłożenia informacji wraz z dowodami na potwierdzenie przyjętych założeń w kosztach administracyjnych dla pozycji od 1.1 do 1.5 i od 4.1 do 4.5 oraz w zakresie usług nadzoru i zarządzania dla pozycji od 2.1.1 do 2.1.5 i od 2.2.1 do 2.2.6 Formularza Cenowego, w tym przedstawienie dla tych pozycji Formularza Cenowego szczegółowej kalkulacji cenowej w rozbiciu na poszczególne elementy składowe.

Zamawiający podkreślił, że wykonawca na powyższe pytania udzielił ogólnych i lakonicznych odpowiedzi, bez odnoszenia się do szczegółów, o które prosił zamawiający i bez przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej w rozbiciu na wszystkie poszczególne elementy składowe. Ponadto odpowiedź wykonawcy wraz z dowodami zawiera również szereg rozbieżności, które zamawiający szczegółowo przedstawił w uzasadnieniu.

Odnosząc się do drugiej z podstaw odrzucenia oferty odwołującego – art. 226 ust. 1 pkt
5 ustawy Pzp, zamawiający wskazał, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w piśmie
z 7 października 2024 r. w zestawieniu z wymogami określonymi w SWZ w zakresie sposobu zapewnienia pracy i dostępności personelu Konsultanta wskazują, że oferta jest niezgodna
z warunkami zamówienia.

Zamawiający, w szczególności, zwrócił uwagę na fakt, że z wyjaśnień nie wynikało, aby każda cena jednostkowa określona przez wykonawcę w ofercie obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym, mając na uwadze wymagania postawione w SWZ przez zamawiającego.

Z treści oświadczeń specjalistów, załączonych do wyjaśnień, wynika, że ceny jednostkowe netto za dniówkę

deklarowane przez osoby na stanowisku specjalista ds.: nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych, nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni, inżynierii ruchu, kontaktów ze społecznością, promocji, prawnik, zawierają ceny wyższe niż ceny jednostkowe ujęte przez wykonawcę w Formularzu cenowym złożonym z ofertą.

Zamawiający stwierdził również, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na przedstawieniu przez wykonawcę oferty w zakresie sposobu obliczenia ceny oraz sposobu zapewnienia pracy i dostępności personelu Konsultanta: „*wiele z obowiązków Konsultanta będzie wykonywana zdalnie, poza biurem Konsultanta bez konieczności osobistego stawienia się na placu budowy* (…)" oraz „*(…) specjalista ds. sprawozdawczości, umów z podwykonawcami i gestorami sieci nie będzie niezbędny przez cały czas, ponieważ takie czynności będzie można powierzyć personelowi biurowemu. Do obowiązków personelu pomocniczego będzie należało robienie zdjęć naziemnych i pomoc inspektorom w sprawach formalnych czy organizacyjnych, dlatego zaangażowanie asystentów inspektorów będzie niewielkie w niektórych miesiącach…"; łączenie niektórych obowiązków, np. specjalistę d.s. nadzoru geotechnicznego ze specjalistą d.s. nadzoru geologicznego, czy w ramach obsługi geodezyjnej geodeta będzie wykonywał również filmy z powietrza (….)*" w sposób niezgodny z wymaganiami wynikającymi z postanowieniami SWZ:

„*Personel Konsultanta powinien wykonywać swoją pracę w biurze Konsultanta oraz na Placu Budowy*" (Tom I pkt 17.3 oraz Tom III, pkt 2.2.1 SWZ), a także:

„*Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, postanowienia dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na Roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, dostosowaniem zakresu i intensywności prac w okresach zimowych itp. Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby Personelu powinny być dostępne na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót. Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia* (…)" - punkt 2.1 SWZ Tom III OPZ.

Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu, że w Formularzu cenowym określił ilość dniówek dla poszczególnego personelu Konsultanta, biorąc pod uwagę zakres wykonywanych robót dla poszczególnych branż oraz określił obowiązki personelu biurowego i pomocniczego w pkt SWZ Tom III OPZ.

Definicja „*dniówki*" wynikała z SWZ- Tom II §1 Umowy (IPU):

„*jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowane w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obowiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta*."

W SWZ Tom II §27 Umowy (PPU) zamawiający wskazał:

„*Konsultant jest zobowiązany tak zorganizować codzienną pracę Personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawcy w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu*".

Zamawiający stwierdził, że w pkt. 2.1. SWZ Tom II został określony zakres obowiązków osób tworzących Personel biurowy, z którego wynika, że do obowiązków personelu biurowego nie należało robienie zdjęć, jak również wykonywanie obowiązków asystentów.

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

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa, zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, na wykonawcy.

Art. 537 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, proporcjonalny.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zamawiający w Informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z 2 grudnia 2024 r. uzasadniając swoją czynność wskazał, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny oraz jej istotnych części składowych, a wykonawca nie wykazał, że cena jaką zaoferował za realizację zamówienia jest ceną rynkową i nie nosi znamion ceny

rażąco niskiej.

Odnosząc się do informacji zawartych w wyjaśnieniach odwołującego w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności wskazał, że:

- wykonawca w sposób bardzo ogólny i lakoniczny przedstawił, jakie czynniki miały wpływ na wysokość ceny oferty: m.in. doświadczenie, które firma posiada w prowadzeniu usług nadzoru inwestorskiego, lokalizacja inwestycji, opracowany podział obowiązków osób wchodzących

w skład Zespołu Konsultanta i opracowany system kontroli pracy, planowane zatrudnienie do realizacji usługi asystentów w ramach praktyk studenckich na podstawie umowy o staż czy umowy o praktyki zawodowe, dotychczasowa współpraca z osobami, które będą pracować na kontrakcie z ramienia nadzoru i które są dobrze znane wykonawcy, łączenie niektórych obowiązków np. specjalisty d.s. nadzoru geotechnicznego ze specjalistą d.s. nadzoru geologicznego. Zamawiający podkreślił, że wykonawca nie wykazał i przedstawił żadnych dowodów, w jaki sposób wskazane aspekty przełożą się w rzeczywistości na obniżenie wysokości ceny oferty;

- wykonawca w odpowiedzi na pytania dotyczące przyjętych założeń w kosztach administracyjnych dla pozycji od 1.1 do 1.5 i od 4.1 do 4.5 oraz w zakresie usług nadzoru

i zarządzania dla pozycji od 2.1.1 do 2.1.5 i od 2.2.1 do 2.2.6 Formularza Cenowego, w tym wobec obowiązku przedstawienia dla tych pozycji szczegółowej kalkulacji cenowej w rozbiciu na poszczególne elementy składowe, udzielił ogólnych i lakonicznych odpowiedzi, bez odnoszenia się szczegółów, o które prosił zamawiający i bez przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej w rozbiciu na wszystkie poszczególne elementy składowe;

- odpowiedź wykonawcy wraz z dowodami zawierała szereg rozbieżności z wartościami wskazanymi w Formularzu cenowym, w szczególności:

- wykonawca przedstawił koszt związany z wynajęciem biura Konsultanta i Biura Zamawiającego obejmujący czynsz za umeblowane biuro w tym wywóz śmieci, korzystnie z internetu, media, ubezpieczenie, art. biurowe i inne elementy eksploatacyjne, na powiedzenie powyższego przedstawił dowód nr 2 – ofertę na wynajem biura o łącznej powierzchni co najmniej 30 m^2, która była jedyne oświadczenie podmiotu, który dysponował powierzchnią biurową. Została wskazana koszt związany z najmem, bez określenia, czy obejmuje ona wszystkie wymagania dotyczące biura Konsultanta, zamawiającego, personelu Konsultanta, organizacji pracy Konsultanta, środków transportu i łączności, które wskazane zostały w OPZ,
- w odniesieniu do kosztów mediów, wykonawca wskazał w sposób ogólny, że: „*szacunkowe koszty za media zostały ustalone w oparciu o przedstawione przez wynajmującego rachunki za energię elektryczną i wodę za ubiegłe lata*", jednak wyjaśnienia nie zawierały żadnych konkretnych danych,
- oświadczenie dotyczące kosztu najmu datowane jest na dzień 30 września 2024 r., natomiast termin składania ofert upłynął 9 września. Zamawiający wyraził wątpliwość, czy kalkulacja ceny oferty nastąpiła z uwzględnieniem informacji zawartych w dowodzie nr 2 – ofercie na wynajem biura;
- faktura za artykuły biurowe przedstawiona jako dowód na brak konieczności doliczenia kosztów zakupu urządzeń wielofunkcyjnych, komputerów pochodzi z dnia przypadającego po terminie złożenia oferty,
- wykonawca zadeklarował, że w dyspozycji wykonawcy pozostaje 6 samochodów, z wyliczeń dotyczących kosztów pojazdów wynika, ze uwzględniono w nich jedynie 3,
- zamawiający powziął wątpliwość, czy odwołujący rzeczywiście uzyska refundację kosztów zatrudnienia osób bezrobotnych po 50 roku życia, ponieważ przedstawił jedynie aktualny program Powiatowego Urzędu Pracy, zawierający ogólnodostępne informacje na temat usług rynku pracy oferowanych przez Powiatowy Urząd Pracy w Katowicach w 2024 r. z odesłaniem do stron internetowych z wzorami druków na dofinasowanie kosztów pracy osób 50+ oraz na prace interwencyjne,
- koszt zatrudnienia dwóch osób bezrobotnych po 50 roku życia (6076,28 zł) różni się od przyjętego w Formularzu Cenowym (6000 zł miesięcznie),
- brak informacji o kosztach dalszego zatrudniania osoby bezrobotnej po 50 roku życia, zgodnie z komunikatem Powiatowego Urzędu Pracy w Katowicach,
- zamawiający podkreślił, że usługi nadzoru i zarzadzania to najbardziej kosztotwórczy element oferty, w szczególności koszt ekspertów i specjalistów,
- oświadczenia poszczególnych osób stanowiących personel wykonawcy – dowód nr 9 dotyczące wysokości kwoty, za jaką świadczyć będą usługi pochodzą z dat przypadających po terminie składania ofert, zamawiający powziął wobec tego wątpliwość, czy przy kalkulowaniu oferty wykonawca dysponował informacjami dotyczącymi kwot – stawek za dniówkę deklarowanymi przez poszczególne osoby,
- wśród ww. oświadczeń brak jest oświadczeń: głównego specjalisty ds. roszczeń, głównego specjalisty ds. rozliczeń – wchodzących w skład ekspertów kluczowych oraz innych ekspertów – nadzoru geotechnicznego, archeologa i

zespołu geodetów,

- oświadczenia specjalistów ds.: nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych, nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni, inżynierii ruchu, kontaktów ze społecznością, promocji, prawnika, zawierają ceny wyższe niż ceny jednostkowe ujęte przez wykonawcę w Formularzu cenowym złożonym z ofertą,
- wykonawca nie wyjaśnił, dlaczego maksymalne stawki miesięczne (w przypadku osób świadczących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych) w niektórych miesiącach mogą być niższe i jak ta okoliczność przekłada się na cenę oferty.

Izba mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, wskazuje, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreślano, że obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie zamawiającemu wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, które są wyjaśnieniami konkretnymi, spójnymi, jasnymi, logicznymi i wyczerpującymi wraz z dowodami, które potwierdzają zawarte w wyjaśnieniach informacje. Wyjaśnienia mają na celu uzasadnienie podanej w ofercie ceny oraz rozwianie wątpliwości zamawiającego co do wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Izba uznała, że wyjaśnienia odwołującego w zakresie wyliczenia ceny oferty nie posiadały ww. walorów. Były wyjaśnieniami: niespójnymi, jak chociażby kwoty wynikające z oświadczeń specjalistów ds.: nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych, nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni, inżynierii ruchu, kontaktów ze społecznością, promocji, prawnika, na które powołał się odwołujący w wyjaśnieniach
oraz kwoty wynikające z Formularza cenowego, wyjaśnieniami niewyczerpującymi,
w wyjaśnianych zabrakło dla przykładu oświadczeń dotyczących wysokości kosztu zatrudnienia wszystkich specjalistów.

Niektóre z dowodów przedstawionych wraz z wyjaśnieniami wzbudziły wątpliwości zamawiającego, czy w rzeczywistości stanowiły podstawę przyjętej ceny oferty, ponieważ pochodziły z okresu, który przypadał już po terminie złożenia ofert (oświadczenia specjalistów, oferta najmu biura, faktura za artykuły biurowe), a odwołujący powyższych wątpliwości nie usunął.

Odwołujący nie odniósł się do konkretnych zastrzeżeń zamawiającego podniesionych
w Informacji o odrzuceniu jego oferty.

Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę zastrzeżenia zamawiającego wobec wyjaśnień odwołującego oraz przedstawionych przez niego dowodów, że wyjaśnienia wraz z dowodami, złożone przez odwołującego nie spełniły swojego zadania. Nie dostarczyły zamawiającemu rzetelnego, jasnego i spójnego uzasadnienia podanej w ofercie ceny.

Izba zgodziła się z odwołującym w pewnych aspektach: z dokumentów postępowania nie wynikał obowiązek zatrudnienia osób, stąd przedstawianie dowodów zatrudnienia nie było niezbędne.

Izba stwierdziła jednak, biorąc pod uwagę nieprawidłowości i nieścisłości w wyjaśnieniach oraz dowodach, złożonych przez odwołującego, ze nie można uznać ich za nieistne. Ich charakter i liczba, w ocenie Izby, uzasadniały wątpliwości zamawiającego co od przyjętej w ofercie ceny, których odwołujący nie usunął.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, decyzja zamawiającego o odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, oferty odwołującego była prawidłowa.

Odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 podlegało oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania, Izba wskazuje:

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wynika ze stanowisk wyrażonych w orzecznictwie i doktrynie, na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych.

Uzasadniając zarzut nr 3 odwołania, odwołujący wskazał, że zamawiający dostrzegał, że
w jakimś zakresie (choć ciężko odwołującemu wskazać w jakim, bowiem zamawiający nie wskazał tego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego) przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia ceny przedstawiają informacje dotyczące niezgodności oferowanego świadczenia z warunkami zamówienia oraz poddawał w wątpliwość, czy za określone stawki możliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego zaoferowane przez niego świadczenie było zgodne z treścią warunków zamówienia, a wydaje się być niezgodne wyłącznie z niewyrażonymi
w dokumentach zamówienia wyobrażeniami zamawiającego, które nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty.

Wbrew twierdzeniu odwołującego, zamawiający wskazał w Informacji o odrzucenie oferty odwołującego, na czym polegała niezgodność oferty odwołującego z warunkami zamówienia:
- z treści złożonych oświadczeń wynika, że cena jednostkowa netto za dniówkę deklarowane przez osoby na stanowisku specjalista ds.: nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych, nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni, inżynierii ruchu, kontaktów ze społecznością, promocji, prawnik zawierają ceny wyższe niż ceny jednostkowe ujęte przez wykonawcę w Formularzu cenowym złożonym z ofertą, wobec powyższego brak jest podstaw do przyjęcia, że każda cena jednostkowa określona przez wykonawcę obejmuje całkowity koszt wykonania danej pozycji w jednostce czasu/ilości.
Zgodnie z pkt 16.5 Tom I IDW ofertę stanowi mi.in. Formularz cenowy (Tom IV SWZ).
Zgodnie z pkt 17.1 i 17.3 Tom I IDW, Zamawiający wskazał:
„17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ – Tom IV.
17. 3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym."
- wykonawca w piśmie z 7 października 2024 r. oświadczył m.in.:
„*wiele z obowiązków Konsultanta będzie wykonywana zdalnie, poza biurem Konsultanta bez konieczności osobistego stawienia się na placu budowy* (…)" oraz „(…) *specjalista ds. sprawozdawczości, umów z podwykonawcami i gestorami sieci nie będzie niezbędny przez cały czas, ponieważ takie czynności będzie można powierzyć personelowi biurowemu. Do obowiązków personelu pomocniczego będzie należało robienie zdjęć naziemnych i pomoc inspektorom w sprawach formalnych czy organizacyjnych, dlatego zaangażowanie asystentów inspektorów będzie niewielkie w niektórych miesiącach…"; łączenie niektórych obowiązków, np. specjalistę d.s. nadzoru geotechnicznego ze specjalistą d.s. nadzoru geologicznego, czy w ramach obsługi geodezyjnej geodeta będzie wykonywał również filmy z powietrza* (….)".
Natomiast Tom I pkt 17.3 oraz Tom III, pkt 2.2.1 SWZ przewidywał:
„*Personel Konsultanta powinien wykonywać swoją pracę w biurze Konsultanta oraz na Placu Budowy*" (), a także:
Z punktu 2.1 SWZ Tom III OPZ wynika: „*Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego, aby uwzględnić godziny pracy określone*
w Umowie, postanowienia dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na Roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, dostosowaniem zakresu i intensywności prac w okresach zimowych itp. Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby Personelu powinny być dostępne na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót. Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia (…)".
Obowiązki personelu biurowego i pomocniczego zostały określone w pkt 2.1 SWZ Tom III OPZ.
Definicja „*dniówki*" wskazano w SWZ- Tom II §1 Umowy (IPU):
„*jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana*
w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowane w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obowiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta."
W SWZ Tom II §27 Umowy (PPU) zamawiający wskazał:
„*Konsultant jest zobowiązany tak zorganizować codzienną pracę Personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawcy w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu*".
Zamawiający stwierdził, że w pkt. 2.1. SWZ Tom II został określony zakres obowiązków osób tworzących Personel biurowy, z którego wynika, że do obowiązków personelu biurowego nie należało robienie zdjęć, jak również wykonywanie obowiązków asystentów.
Zgodnie z § 11 ust. 5 i ust. 14 SWZ Tom II:
-„*HPPK z zastrzeżeniem § 13 ust. 5 określa planowaną liczbę Personelu Konsultanta*
w każdym miesiącu świadczenia Usług przez Konsultanta w odniesieniu do Harmonogramu Wykonawcy";
-„*Osoby stanowiące Personel Konsultanta przystąpią do wykonywania swoich obowiązków zgodnie z obowiązującym HPPK*".
Zamawiający wskazał odpowiednio postanowienia Specyfikacji Warunków zamówienia oraz informacje pochodzące z wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego, które były,
w jego ocenie, niezgodne z przytoczonymi warunkami zamówienia.
W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, dlaczego decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jest nieprawidłowa.
Ograniczył się jedynie do twierdzeń, że zaoferowane przez odwołującego świadczenie wydaje się być niezgodne

wyłącznie z niewyrażonymi w dokumentach zamówienia wyobrażeniami zamawiającego, a zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego z tylko sobie znanych powodów w zakresie zgodności z warunkami zamówienia (niewyrażonych w treści dokumentów zamówienia).

Jedynie w odniesieniu do wskazanej przez zamawiającego niezgodności wyjaśnień odwołującego z postanowieniem SWZ, zgodnie z którymi *„personel Konsultanta powinien wykonywać swoją pracę w biurze konsultanta oraz na placu budowy*" odwołujący stwierdził, że słowu „*powinien*" nie należy nadawać treści „*jest zobowiązany*", tak jak czyni to zamawiający, jednak nie wyjaśnił, jaką treść należałoby mu nadać.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, była nieprawidłowa.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba oddaliła zarzut nr 3 odwołania, a w konsekwencji także zarzut nr 1, ponieważ nie potwierdziły się okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:……