

WYROK

Warszawa, dnia 12 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Marek Bienias

Anna Wojciechowska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę Sweco Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji INŻYNIER A.K. w Opolu

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sweco Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.

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:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Nadzór inwestorski nad realizacją zadania inwestycyjnego pn.: Ochrona przeciwpowodziowa i osiągnięcie korzystnego bilansu wodnego w rejonie Odry Środkowej – cofka stopnia wodnego Malczyce” (postępowanie numer WR.ROZ.2710.69.2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 lipca 2023 r. pod nr 2023/S 130-415022

Dnia 25 marca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 pkt 1) i pkt 2) oraz art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Sweco Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na czynności i zaniechania Zamawiającego tj.:

1/ niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę: Biuro Obsługi Inwestycji INŻYNIER A.K., ul Budowlanych nr 101A, 45-005 Opole (dalej jako: „INŻYNIER” lub „wykonawca INŻYNIER”),

2/ niezgodną z przepisami Pzp czynność oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny przekazanych przez wykonawcę INŻYNIER w dniu 29 grudnia 2023 r. jako prawidłowych i terminowo przedłożonych, a w konsekwencji powyższego na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INŻYNIER w sytuacji, w której:

wykonawca INŻYNIER wbrew treści wezwania z dnia 21 grudnia 2023 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny i wyznaczającym termin udzielenia tychże wyjaśnień: do dnia 31 grudnia 2023 r. nie przekazał Zamawiającemu wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, bowiem przekazał Zamawiającemu w naznaczonym

terminie (konkretnie w dniu 29 grudnia 2023 r.) tylko:

-/ pismo datowane na dzień 27 grudnia 2023 r.: plik .pdf o nazwie własnej „1_0_wyjasnienia_-_razaco_niska_cena_cofkamalczyce_12_2023_2_” (gdzie na ostatniej stronie wystawiono, że załącznikami do niego są dokumenty / załączniki ponumerowane od numeru 1 do numeru 8, gdzie wyszczególniono, że załącznikiem nr 8 jest tabela kalkulacyjna),

-/ dokumenty stanowiące załączniki do w/w pisma, ale tylko załączniki od numeru 1 do numeru 7, które to załączniki były tylko i wyłącznie dowodami potwierdzającymi wysokości kosztów jednostkowych/miesięcznych: wynagrodzeń personelu i czasokresu wykonywania przez te osoby ich czynności (załączniki od nr 1 do nr 4) oraz wysokości kosztów miesięcznych najmu biura i urządzeń biurowych (załączniki od nr 5 do nr 7),

a przy tym:

-/ w w/w piśmie datowanym na dzień 27 grudnia 2023 r. wykonawca INŻYNIER opisując jak została skalkulowana cena jego oferty wyszczególniał i określał (w kwotach netto, bez podatku VAT) poszczególne rodzaje kosztów ujęte przez siebie i ich wartości – odpowiednio albo całkowite, albo tylko jednostkowe (na 1 miesiąc realizacji usługi), co spowodowało, że dysponując tylko treścią tego pisma i załącznikami od nr 1 do nr 7 nie można było (bez pozyskania od wykonawcy w nowym terminie zupełnie nowych informacji) dokonać oceny, czy jest możliwe wykonanie usługi za zaoferowaną cenę na warunkach określonych w dokumentach zamówienia i wynikających z treści złożonej oferty, realnie bowiem treść pisma wraz z przekazanymi dowodami dotyczyła abstrakcyjnej kwoty łącznej netto 841.630,30 PLN nie będącej ceną netto oferty wykonawcy INŻYNIER, bowiem cena netto tego wykonawcy zamyka się w kwocie 1.074.480,00 PLN (cena brutto: 1.321.610,40 PLN),

3/ dokonanie przez Zamawiającego niewłaściwej oceny stanu faktycznego zaistniałego w Postępowaniu poprzez nieprawidłowe przyjęcie przez Zamawiającego, że dopuszczalne było skierowanie w dniu 4 stycznia 2024 r. wezwania wykonawcy INŻYNIER do złożenia brakującego załącznika nr 8 do pisma z dnia 27 grudnia 2023 r. – tabeli kalkulacyjnej i wyznaczenia terminu przekazania tego załącznika do dnia 10 stycznia 2024 r., które to wezwanie co do zasady nie było (nie może być) traktowane jako wezwanie dla potrzeb uszczegółowienia informacji zawartych w wyjaśnieniach i dowodach dotyczących wyliczenia ceny i przekazanych w dniu 29 grudnia 2023 r., ani też jako wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie nie objętym wezwaniem pierwotnym, bowiem odnosi się do zakresu informacji i danych kalkulacyjnych, których wbrew treści wezwania z dnia 21 grudnia 2023 r. w pierwszych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawcy INŻYNIER zabrakło,

czyli:

- nie było dopuszczalne w ramach przeprowadzanych w Postępowaniu czynności badania i oceny ofert uwzględnienie przez Zamawiającego przedmiotowej tabeli przy ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę INŻYNIER,

a w sytuacji, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała czynności Zamawiającego opisane w pkt 1, pkt 2 i pkt 3 jak powyżej za prawidłowe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

4/ zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INŻYNIER jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z powodu tego, że nie ujęto w niej następujących niżej wymienionych kosztów opisanych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia oraz wynikających wprost z treści oferty wykonawcy INŻYNIER oraz z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy INŻYNIER przedłożonych w dniu 29 grudnia 2023 r. plik .pdf o nazwie własnej „1_0_wyjasnienia_-_razaco_niska_cena_cofkamalczyce_12_2023_2_” oraz z Załączników od nr 1 do nr 8, w szczególności w zbiorczej tabeli kalkulacyjnej (Załączniku nr 8) przekazanej Zamawiającemu przez tego wykonawcę w dniu 4 stycznia 2024 r.:

-/ kosztów wniesienia i utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

-/ kosztów ponoszonych przez wykonawcę w 96-cio miesięcznym okresie gwarancji i rękojmi,

-/ kosztów wsparcia Zamawiającego w nadzorowaniu wykonawcy robót budowlanych w zakresie przejmowania i zwracania nieruchomości zajmowanych czasowo na okres realizacji inwestycji, -/ rzeczywistych (prawdziwych) kosztów nadzoru przyrodniczego w związku z realizowaną inwestycją,

5/ zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INŻYNIER jako niezgodnej z warunkami zamówienia, względnie jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny, które to niezgodności i błędy wynikają wprost z wyjaśnień rażąco niskiej ceny i przedłożonego załącznika nr 8 – tabeli kalkulacyjnej, w której to tabeli, w pozycji 3-ciej okres pełnienia nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi zdefiniowano jako okres 36 m-cy (tożsamy z 36-cio miesięcznym okresem realizacji inwestycji), gdy z dokumentów zamówienia wynikało, że:

-/ długość zaoferowanego okresu gwarancji i rękojmi stanowiła pozacenowe kryterium oceny ofert w przedmiotowym Postępowaniu i musiała, wg wymogów Zamawiającego mieścić się w przedziale okresu czasu od 60-ciu do 96-ciu miesięcy liczonym od zakończenia inwestycji,

w konsekwencji powyższego:

-/ wykonawca INŻYNIER określił w swojej ofercie (w Formularzu Ofertowym) długość okresu gwarancji i rękojmi na 96 miesięcy,

a wobec wykazanych powyżej nieprawidłowych czynności i zaniechań Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

6/ prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, z nieuprawnionym preferowaniem i „ochroną” wykonawcy INŻYNIER, co ma doprowadzić do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz

7/ zaniechanie wyboru oferty Sweco jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1/ Art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, w związku z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 pkt 1), pkt 2) i pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INŻYNIERA z uwagi na nieudzielenie przez niego prawidłowych i kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (tj. do dnia 31 grudnia 2023 r.), w zakresie określonym w treści wezwania z dnia 21 grudnia 2023 r., że wyjaśnienia mają dotyczyć zaoferowanej przez wykonawcę ceny, w sytuacji, gdy w przedłożonych w dniu 29 grudnia 2023 r. wyjaśnieniach i dowodach wykonawca INŻYNIER ograniczył się do wyjaśnienia kwoty innej (o ok. 20% niższej) niż zaoferowana w Postępowaniu cena,

co powoduje, że:

- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy INŻYNIER należy traktować jako niekompletne, nieskuteczne i nieuzasadniające należycie ceny zaoferowanej przez wykonawcę w Postępowaniu;
- wykonawca INŻYNIER nie dochował spoczywającego na nim obowiązku złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2/ Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1), pkt 2) i pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uznanie, że złożone w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (tj. do dnia 31 grudnia 2023 r.), wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odnoszące się do innej kwoty niż zaoferowana cena można było następnie, po upływie tego terminu, konwalidować, zastąpić lub uzupełnić, a zatem, że możliwym i prawidłowym było skierowanie do wykonawcy INŻYNIER w dniu 4 stycznia 2024 r. (tj. 4 dni po upływie wyznaczonego terminu na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny) wezwania do dostarczenia Załącznika nr 8 – tabeli kalkulacyjnej, który to załącznik nie był dołączony do wyjaśnień wykonawcy INŻYNIER przedłożonych w dniu 29 grudnia 2023 r.,

a w konsekwencji powyższego, że można było uwzględnić taki dokument w ramach dokonywanej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz oceny, czy oferta wykonawcy INŻYNIER nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INŻYNIER w sytuacji, gdy wykonawca ten nie złożył w wyznaczonym terminie kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nie wykazał należycie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

a w związku z zarzutami nr 1 i nr 2 jak powyżej, Odwołujący zarzucił również naruszenie:

3/ Art. 16 pkt 1), pkt 2) oraz pkt 3) Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione preferowanie przez Zamawiającego oferty wykonawcy INŻYNIER i pozbawione podstaw prawnych sanowanie bądź ignorowanie uchybień tego wykonawcy w ramach sporządzenia i przekazywania przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co stanowi zachowanie Zamawiającego niezgodne z fundamentalnymi zasadami Pzp nakazującymi Zamawiającemu przeprowadzenie Postępowania z dochowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności, szczególnie w sytuacji, gdy w Postępowaniu Zamawiający z powodu nieudzielenia stosownych wyjaśnień w wyznaczonym terminie (z powołaniem się na przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp) odrzucił ofertę innego wykonawcy, a jednocześnie braki w wyjaśnieniach wykonawcy INŻYNIER dotyczących zaoferowanej ceny, powodujące, że wyjaśnienia dotyczyły realnie innej kwoty niż zaoferowana przez tego wykonawcę cena, sanował skierowaniem do tego wykonawcy (już po upływie wyznaczonego terminu na udzielenie wyjaśnień) wezwania do uzupełnienia brakującego dokumentu,

a w sytuacji, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutów jak pkt 1/, pkt 2/ i pkt 3/ powyżej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

4/ Art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy INŻYNIER i uznanie, że przedłożone przez wykonawcę INŻYNIER wyjaśnienia są prawidłowe i uzasadniają podaną w ofercie cenę, pomimo tego, że wyjaśnienia te co najmniej budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę i przyjęcie bezkrytyczne wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez INŻYNIERA jako prawidłowych w sytuacji, gdy z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy INŻYNIER przedłożonych w dniu 29 grudnia 2023 r. oraz z Załącznika nr 8 - tabeli kalkulacyjnej przekazanej Zamawiającemu przez tego wykonawcę w dniu 4 stycznia 2024 r. wynika wprost, że nie ujęto w cenie następujących niżej wymienionych kosztów:

-/ kosztów wniesienia i utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, -/ kosztów czynności wykonywanych w 96-cio miesięcznym okresie gwarancji i rękojmi,

-/ kosztów wsparcia Zamawiającego w nadzorowaniu wykonawcy robót budowlanych w zakresie przejmowania i zwracania nieruchomości zajmowanych czasowo na okres realizacji inwestycji,

-/ rzeczywistych (prawdziwych) kosztów nadzoru przyrodniczego w związku z realizowaną inwestycją,

5/ Art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz pkt 10) ustawy Pzp poprzez nieodrzućcenie oferty wykonawcy INŻYNIER pomimo tego, że wykonawca ten uwzględnił w swojej cenie okres gwarancji wynoszący 36 miesięcy zamiast 96-ciu miesięcy (co wynika wprost z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy INŻYNIER przedłożonych w dniu 29 grudnia 2023 r. oraz z Załącznika nr 8 – z pozycji 3-ciej tabeli kalkulacyjnej przekazanej Zamawiającemu przez tego wykonawcę w dniu 4 stycznia 2024 r.), gdy z dokumentów zamówienia wynikało, że:

-/ długość zaoferowanego okresu gwarancji i rękojmi stanowiła pozacenowe kryterium oceny ofert w przedmiotowym Postępowaniu i musiała, wg wymogów Zamawiającego mieścić się w przedziale okresu czasu od 60-ciu do 96-ciu miesięcy liczonym od zakończenia inwestycji,

w konsekwencji powyższego:

-/ wykonawca INŻYNIER określił w swojej ofercie (w Formularzu Ofertowym) długość okresu gwarancji i rękojmi na 96 m-cy,

a w związku ze wszystkimi zarzutami wg pkt od 1/ do 5/ jak powyżej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu ponownie naruszenie:

6/ Art. 16 pkt 1), pkt 2) oraz pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione preferowanie przez Zamawiającego oferty wykonawcy INŻYNIER i pozbawione podstaw prawnych sanowanie bądź ignorowanie uchybień tego wykonawcy zaistniałych w Postępowaniu, co stanowi zachowanie Zamawiającego niezgodne z fundamentalnymi zasadami Pzp nakazującymi Zamawiającemu przeprowadzenie Postępowania z dochowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy INŻYNIER i wybieranie tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy w stanie faktycznym Postępowania oferta INŻYNIER nie jest ofertą najkorzystniejszą i winnabyć ofertą odrzuconą, przez co następuje naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. Uwzględnienie odwołania w całości,

2. Nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INŻYNIER,

b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert w przedmiotowym Postępowaniu,

c) odrzucenie oferty wykonawcy INŻYNIER z Postępowania,

d) dokonanie wyboru oferty Sweco jako oferty najkorzystniejszej.

3. Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wnosił również o dopuszczenie do rozpoznania przez KIO dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą w zakresie okoliczności wskazanych w odwołaniu i zarzutów w nim stawianych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem złożył w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę oraz spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu. Oferta Odwołującego sklasyfikowana została przez Zamawiającego na drugiej pozycji w końcowym rankingu ofert. Odwołujący liczy zatem na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, a zaniechania wykonania przez Zamawiającego czynności, do których jest on zobligowany przepisami ustawy Pzp i dokonanie z naruszeniem wymienionych wyżej przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wybór oferty złożonej przez wykonawcę INŻYNIER jako oferty najkorzystniejszej, pozbawia Odwołującego tej możliwości. W przypadku bowiem, gdyby Zamawiający nie zaniechał wykonania czynności, do których jest obligowany przepisami ustawy Pzp oraz gdyby prawidłowo dokonał czynności badania i oceny ofert, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najwyższej ocenioną, a oferta wykonawcy INŻYNIER byłaby ofertą odrzuconą.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 15 marca 2024r. - Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej (czynność powtórzona po wyroku KIO 365/24). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 25 marca 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na

rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyznaczył wykonawcy INŻYNIER termin przedłożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny do dnia 31 grudnia 2023 r. i termin ten nigdy nie został przedłużony, ani na wniosek wykonawcy INŻYNIER, ani z inicjatywy własnej samego Zamawiającego. Zamawiający zatem zdaniem Odwołującego dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy INŻYNIER dotyczących zaoferowanej ceny, badając czy wykonawca należycie udowodnił, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską powinien był dokonywać takiej oceny tylko z uwzględnieniem tych dokumentów, które otrzymał od tego wykonawcy do dnia 31 grudnia 2023 r. włącznie. Nie był natomiast według Odwołującego uprawniony do tego, by swoje analizy i badania prowadzić z uwzględnieniem dokumentu, który został mu przekazany po upływie wyznaczonego terminu przedłożenia wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego przekazane przez INŻYNIERA w dniu 29 grudnia 2023 r. dokumenty, tj. pismo przewodnie datowane na dzień 27 grudnia 2023 r. oraz załączniki od nr 1 do nr 7 nie dotyczą ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę w tym Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te dotyczą jakiejś abstrakcyjnej kwoty 841.630,30 PLN netto, a nie ceny oferty zaoferowanej przez INŻYNIERA i wynoszącej 1.074.480,00 PLN netto (1.321.610,40 PLN brutto). Skoro wyjaśnienia przedłożone przez Wykonawcę INŻYNIER w dniu 29 grudnia 2023 r. nie dotyczą kwoty będącej ceną ofertową tego wykonawcy, a taki obowiązek przedłożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny literalnie wynikał z treści wezwania z dnia 21 grudnia 2023 r., to należy te wyjaśnienia uznać za niezłożone w ogóle albo, odpowiednio, nieuzasadniające podania tejże ceny. Tym samym oferta wykonawcy INŻYNIER winna być odrzucona w ocenie Odwołującego bez przeprowadzania jakichkolwiek innych analiz. Zdaniem Odwołującego kluczowym dokumentem dla wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę INŻYNIER ceny jest Załącznik nr 8 – tabela kalkulacyjna, która została przez wykonawcę przekazana dopiero 4 dni później niż wyznaczony przez Zamawiającego termin przedłożenia wyjaśnień. O kluczowym znaczeniu tego dokumentu dla wyjaśnienia ceny rażąco niskiej zaświadcza zdaniem Odwołującego fakt, że jest to jedyny dokument, w którym wykonawca INŻYNIER prezentuje całościowo rodzaje kosztów, jakie uwzględnił w swojej ofercie, sposób ich wyliczenia oraz w którym drogą sumowania tychże poszczególnych kosztów „wychodzi” on na kwotę stanowiącą cenę jego oferty. Załącznik nr 8 – tabela kalkulacyjna stanowiła zatem według Odwołującego dokument o kluczowym znaczeniu z perspektywy oceny kompletności i wiarygodności złożonych wyjaśnień. Niezłożenie Załącznika nr 8 – tabeli kalkulacyjnej w terminie, w którym wykonawca INŻYNIER zobowiązany był złożyć wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, skutkuje jak wskazał Odwołujący koniecznością potraktowania tego dokumentu tak, jak gdyby nie zaistniał on w postępowaniu, a tym samym niedopuszczalnością jego przyjęcia przez Zamawiającego do badania i oceny prawidłowości i wiarygodności wyjaśnień. Odwołujący wskazał również, że skierowanie przez Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2024 r. wezwania do dostarczenia przez wykonawcę INŻYNIER brakującego Załącznika nr 8 – tabeli kalkulacyjnej należy uznać za nieuprawnione i niewywołujące żadnych skutków prawnych, co oznacza, że dostaną w dniu 4 stycznia 2024 r. tabelę kalkulacyjną należy uznać za niebyłą, a przez to informacje w niej zawarte nie mogą być brane pod uwagę w ramach dokonywanej oceny, czy wyjaśnienia przedłożone przez wykonawcę INŻYNIER w dniu 29 grudnia 2023 r. należycie dowodzą, że cena tego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zweryfikowania dokumentów przedkładanych mu w trakcie postępowania i podjęcia stosownych rozstrzygnięć w postępowaniu, kierując się koniecznością przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. Zdaniem Odwołującego za niedopuszczalne należy uznać dążenie przez Zamawiającego do wyboru konkretnej oferty „za wszelką cenę” (np. z uwagi na to, że jest ona ofertą o najniższej cenie), pomijając jednocześnie ewidentne uchybienia tejże oferty i wykonawcy, który ją złożył, w toku postępowania, które ofertę tę dyskwalifikują i skutkują koniecznością jej odrzucenia z postępowania. Takie działania w szczególności nie mogą być uznane za zgodne z wymogami prawidłowego wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego. Tymczasem, analiza całości działań i zaniechań Zamawiającego, które wykazane zostały w treści uzasadnienia wskazują, iż oferta wykonawcy INŻYNIER jest właśnie w sposób nieuprawniony, naruszający ww. reguły postępowania, w ocenie Odwołującego preferowana przez Zamawiającego.

Uzasadniając kolejny z zarzutów Odwołujący wskazał, że wszystkie poszczególne rodzaje kosztów, jakie zostały zdefiniowane przez wykonawcę INŻYNIER, zarówno w piśmie datowanym na dzień 27 grudnia 2023 r., jak i w Załączniku nr 8 – tabeli kalkulacyjnej są katalogami zamkniętymi, do których nie można już „wprowadzić” innych kosztów, nie wyartykułowanych literalnie, a wymaganych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Odwołujący wskazał, że wszystkie pozycje kalkulacyjne zawarte w Załączniku nr 8 – tabeli kalkulacyjnej oraz w treści pisma – wyjaśnień datowanych na dzień 27 grudnia 2023 r. nie zawierają także (albo odpowiednio nie wyjaśniają), czy i w której pozycji / w których pozycjach kalkulacji wykonawca INŻYNIER ujął koszty:

-/ wniesienia i utrzymania wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

-/ pracy specjalisty ds. nieruchomości (zgodnie z SWZ, projektem Umowy oraz odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 16),
oraz, że

-/ koszty zatrudnienia przyrodnika wg kalkulacji wykonawcy INŻYNIER zostały znacznie zaniżone i nie odpowiadają wymogom SWZ. Zadeklarowane koszty nie zostały też poparte przez wykonawcę INŻYNIER żadnymi dowodami.

Odwołujący wskazał również na rozbieżności w ilości miesięcy udzielonej gwarancji i rękojmi (okres ten stanowił kryterium pozacenowe oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu):

a/ wykonawca INŻYNIER zadeklarował w formularzu ofertowym czasokres 96-ciu m-cy okresu gwarancji

b/ natomiast w Załączniku nr 8 – tabela kalkulacyjna, w pozycji 3 określił ten czasokres na 36 m-cy.

Odwołujący zauważył, że w swojej kalkulacji wykonawca INŻYNIER uwzględnił jedynie okres gwarancji 36-cio miesięczny (zamiast 96-cio miesięcznego), tym samym uzasadnionym jest twierdzenie, że oferta wykonawcy INŻYNIER powinna być odrzucona albo z powodu błędu w obliczeniu ceny, albo z powodu jej niezgodności z dokumentami zamówienia.

W dniu 4 kwietnia 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

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

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszej pozycji w rankingu ofert w związku z czym Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji INŻYNIER A.K. w Opolu. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły też opozycji, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji INŻYNIER A.K. w Opolu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wraz z załącznikami, pisma procesowego zawierającego przystąpienie oraz dowodu (formularza cenowego) przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Nadzór inwestorski nad realizacją zadania inwestycyjnego pn.: Ochrona przeciwpowodziowa i osiągnięcie korzystnego bilansu wodnego w rejonie Odry Środkowej – cofka stopnia wodnego Malczyce”. W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego oferty złożyło 8 wykonawców, w tym Odwołujący i wykonawca INŻYNIER. Pierwotna łączna cena brutto za realizację zamówienia zaoferowana przez wykonawcę INŻYNIER wynosiła 690 610 zł 40 gr brutto. Kwota ta nie była spójna z kwotą wynikającą z Załącznika nr 1a: „Szczegółowego formularza cenowego”. Na skutek wyroku z dnia 27 listopada 2023 r. wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. 3367/23 cena oferty wykonawcy INŻYNIER została skorygowana po dokonaniu poprawy omyłek rachunkowych na kwotę 1 321 610 zł 40 gr brutto. Pismem z dnia 21 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawcę INŻYNIER o dokonaniu poprawy omyłek rachunkowych, jednocześnie wzywając tego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej na realizację zamówienia, w kontekście nowych okoliczności (zmiany wartości oferty) wyznaczając termin na udzielenie wyjaśnień na dzień 31 grudnia 2023 r. Wykonawca INŻYNIER w dniu 27 grudnia 2023 r. udzielił odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie. W odpowiedzi wskazano na 8 załączników, podczas gdy do pisma załączonych zostało 7 załączników oznaczonych numerami od 1 do 7. Do odpowiedzi nie został dołączony załącznik nr 8 – tabela kalkulacyjna. Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez wykonawcę INŻYNIER za wystarczające, w związku z czym dokonał w dniu 24 stycznia 2024 r. ponownie wyboru oferty wykonawcy INŻYNIER jako najkorzystniejszej. Odwołujący kilkakrotnie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu dokumentacji postępowania. Część danych zawartych w złożonych przez

wykonawcę INŻYNIER wyjaśnieniach została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. W dniu 05 lutego 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sprawa o sygn. akt: KIO 365/24). Odwołanie zostało uwzględnione w części tj. w zakresie zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego utrzymania statusu tajemnicy przedsiębiorstwa dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W dniu 26 lutego 2024 r. Odwołujący wniósł kolejne odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sprawa o sygn. akt: KIO 627/24), które zakończyło się wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 12 marca 2024 r. postanowienia o umorzeniu postępowania z uwagi na to, że postępowanie stało się zbędne, ponieważ Zamawiający dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 21 marca 2024 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie z dnia 4 stycznia 2024 r. skierowane do wykonawcy INŻYNIER dotyczące dostarczenia załącznika nr 8 – tabeli kalkulacyjnej. W dniu 4 stycznia 2024 r. wykonawca INŻYNIER przesłał Zamawiającemu żądany dokument. W dniu 15 marca 2024 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty wykonawcy INŻYNIER jako oferty najkorzystniejszej. Z tak dokonanym wyborem nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie z dnia 25 marca 2024 r.

Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji INŻYNIER A.K. w Opolu z uwagi na nieudzielenie przez niego prawidłowych i kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, jak również nieuprawnione uznanie przez Zamawiającego, że złożone w wyznaczonym przez niego terminie, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odnoszące się do innej kwoty, niż zaoferowana cena można było następnie, po upływie tego terminu, konwalidować, zastąpić lub uzupełnić, a w konsekwencji nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INŻYNIER w sytuacji, gdy wykonawca ten nie złożył w wyznaczonym terminie kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nie wykazał należycie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba dokonała również oceny, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. czy prowadził on postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności.

Odnosząc się z kolei do postawionych przez Odwołującego zarzutów ewentualnych Izba dokonała ustalenia, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy INŻYNIER i uznanie, że przedłożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia są prawidłowe i uzasadniają podaną w ofercie cenę, jak również nieodrzućenie oferty wykonawcy INŻYNIER pomimo tego, że wykonawca ten uwzględnił w swojej cenie okres gwarancji wynoszący 36 miesięcy zamiast 96-ciu miesięcy.

Odnosząc się do zarzutów nr 1 i 2 odwołania należy wskazać, że wykonawca INŻYNIER w terminie wskazanym przez Zamawiającego udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania postawione przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 21 grudnia 2023 r. Zamawiający formułując wezwanie powtórzył elementy wymienione w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca INŻYNIER udzielając odpowiedzi odnosił się do każdego z punktów, wskazując, jakie elementy jego zdaniem wpływają na wysokość zaproponowanej przez niego ceny realizacji zamówienia. Wskazał m.in. na jakiej podstawie będzie on dysponował osobami dedykowanymi do realizacji zamówienia, jak również wskazał poszczególne składowe zaproponowanej ceny. Wyjaśnił również na podstawie własnego wieloletniego doświadczenia oraz wypracowanych umów z kontrahentami, że jest on w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę. Zauważył również, że nie dokonał on obniżenia ceny, a dokonał jedynie jej rzetelnej kalkulacji w oparciu o wieloletnie doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień. Twierdzenia swoje poparł on dowodami w postaci umów przedwstępnych oraz faktur. W ocenie Izby wyjaśnienia te wraz z załączonymi do nich dowodami są spójne. Wykonawca INŻYNIER wykazał w nich, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Punktem odniesienia do tego, aby można było cenę uznać za rażąco niską jest przedmiot zamówienia. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z usługą, której cenę wykonawca w sposób dostateczny uzasadnił. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że nie dołączenie przez wykonawcę INŻYNIER załącznika nr 8 (tabeli kalkulacyjnej) należy uznać za nieudzielenie prawidłowych i kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie narzucił wykonawcy sposobu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nie wymagał również przedłożenia konkretnych dokumentów. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia, również z pominięciem załącznika nr 8, pozwalały Zamawiającemu na uznanie, że cena zaoferowana przez wykonawcę INŻYNIER nie jest rażąco niska. Co prawda, argumentacja Odwołującego dotycząca możliwości uzupełnienia wyjaśnień o załącznik nr 8 jest prawidłowa, jednak nie uzasadnia to możliwości odrzucenia oferty wykonawcy INŻYNIER. Zdaniem Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę INŻYNIER wskazują na realność zaoferowanej ceny. Nie można w związku z tym mówić, że złożone wyjaśnienia są niekompletne. Tabela kalkulacyjna stanowi zbiór zebranych danych zawartych w części opisowej złożonych wyjaśnień. Jediną informacją, która nie została tam zawarta jest zysk wykonawcy INŻYNIER, jednak jak słusznie zauważył zarówno ten wykonawca, jak

Zamawiający informację tę można w prosty sposób uzyskać odejmując od ceny oferty pozostałe dane wymienione w złożonych wyjaśnieniach.

Mając na uwadze powyższą argumentację również zarzut nr 3 i tożsamy z nim zarzut nr 6 nie zasługiwały na uwzględnienie. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę INŻYNIER wskazują, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Bez wpływu na tę ocenę pozostaje treść załącznika nr 8 W ocenie Izby nie jest potwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych to, że odrzucił on ofertę innego wykonawcy, podczas gdy ten wykonawca nie złożył stosownych wyjaśnień. Co więcej wskazać należy, że podmiot ten nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej, gdyby faktycznie Zamawiający nie zastosował zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 odwołania Izba wskazuje, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawca nie jest zobowiązany do rozbicia ceny na czynniki pierwsze. Powinien on jedynie wskazać na elementy istotnie wpływające na zaoferowaną przez niego cenę. Na wstępie odpowiedzi z dnia 27 grudnia 2023 r. wykonawca INŻYNIER złożył oświadczenia dotyczące tego, że złożona przez niego oferta zawiera wszystkie wymagania opisane w dokumentach zamówienia, uwzględnia wszystkie związane z tym koszty, jak również uwzględnia wszystkie wymagania SWZ oraz obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca usługi nadzoru. Izba nie podziela w związku z tym stanowiska Odwołującego, że wykonawca INŻYNIER nie ujął w cenie m.in. kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kosztów czynności wykonywanych w 96-cio miesięcznym okresie gwarancji i rękojmi, kosztów wsparcia w zakresie przejmowania i zwracania nieruchomości zajmowanych czasowo na okres realizacji inwestycji, jak również kosztów nadzoru przyrodniczego. Zamawiający nie wzywał bowiem tego wykonawcy do wskazania wszystkich kosztów składających się na zaoferowaną cenę.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 odwołania należy wskazać, że wykonawca INŻYNIER w złożonych wyjaśnieniach okres 36 miesięcy określa jako okres realizacji umowy, a nie jako okres gwarancji stanowiącej, jak słusznie zauważył Odwołujący, pozacenowe kryterium oceny ofert. Nie sposób w związku z tym zgodzić się z Odwołującym, że wykonawca INŻYNIER nie uwzględnił w swojej ofercie okresu gwarancji (i kosztów z tym związanych) wskazanego w formularzu ofertowym. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że czym innym jest okres realizacji umowy, a czym innym okres gwarancji i rękojmi, który rozpoczyna się dopiero po zakończeniu realizacji umowy.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyla się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....