

WYROK

Warszawa, dnia 30.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Bartosz Stankiewicz

J.S.

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A.w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

B.w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Prokom Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu

w postępowaniu w którym zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Legionów 20 (35-959 Rzeszów)

przy udziale:

1. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1172/24

A. wykonawcy Prokom Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu

B. wykonawcy ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu

2. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1188/24

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

B. wykonawcy ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu

orzeka:

KIO 1172/24

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez ww. wykonawców z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 1188/24

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Prokom Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu oraz ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Prokom Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Prokom Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez ww. wykonawcę z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1172/24

KIO 1188/24

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Legionów 20 (35-959 Rzeszów), zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *„Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa obwodnicy Sanoka – etap II w ciągu DK nr 28 Zator – Medyka (dł. ok. 3,0 km) wraz z infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi”* o numerze referencyjnym: O/RZ.D-3.2410.2.2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 września 2023 r. pod numerem 2023/S 188 –584462.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

KIO 1172/24

W dniu 8 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym I” lub „Eksametr”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 239 i nast. Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego I, mimo że jej treść nie jest niezgodna z warunkami zamówienia,
2. naruszenie art. 239 i nast. Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego I, mimo że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. naruszenie art. 239 i nast. Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego I, mimo że nie zawiera ona błędów w obliczeniu ceny.

Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego I oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia dokonania tych czynności.

Odwołujący I wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania. W tym kontekście Odwołujący I podniósł, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący I złożył ważną ofertę w niniejszym postępowaniu, o treści zgodnej z wymogami SWZ. Oferta Odwołującego I zawiera najniższą cenę i jest ona najkorzystniejsza stosując łącznie kryteria oceny ofert, spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu. W przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy, tj. przy braku odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego I – oferta Odwołującego I, stosując kryteria oceny ofert, zostanie sklasyfikowana na pierwszym miejscu i

wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący I zamierza zawrzeć z Zamawiającym umowę i wykonać ją, zatem poniesie szkodę na skutek udzielenia zamówienia podmiotowi wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy i zaniechania udzielenia zamówienia Odwołującemu I.

W uzasadnieniu dla zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, Odwołujący I wyjaśnił, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego I w oparciu o przesłankę rzekomej niezgodności treści oferty Odwołującego I z warunkami zamówienia, wywodząc tą okoliczność z treści wyjaśnień Odwołującego I odnoszących się do wątpliwości Zamawiającego co do potencjalnie rażąco niskiego charakteru ceny oferty Odwołującego I i zgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ. W wyjaśnieniach tych, Odwołujący I wskazał oszacowany rząd wielkości kosztów wykonania zamówienia odnoszący się do konieczności zapewnienia personelowi Odwołującego I

(oraz Zamawiającego) powierzchni biurowej do wykonywania obowiązków związanych z wykonaniem zamówienia. Na potrzeby tego szacunku Odwołujący I poczynił założenia pozwalające mu ocenić potencjalny, uśredniony koszt tego elementu zamówienia, a dotyczący w szczególności powierzchni wynajmowanych biur oraz czynszu najmu. Odwołujący I jako podstawę wyceny przyjął możliwość wynajęcia lokalu o powierzchni ok. 70 m², położonego w Sanoku lub okolicach, w całym okresie świadczenia usługi, uwzględniając jednak różnicę w poziomie kosztów najpierw w okresie projektowania, następnie samej budowy.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że „na potrzeby zapewnienia biura Konsultanta zamierza wynająć lokal w miejscowości Sanok o powierzchni 70m²”, co nie jest prawdą. Wykonawca wielokrotnie wskazywał w swoich wyjaśnieniach, że „na etapie sporządzenia wyceny Wykonawca przyjął (...) lokal o powierzchni ok 70mkw”

Te założenia co do poziomu potencjalnych kosztów wykonania usługi nie oznaczały jednak, iż Odwołujący I zaoferował Zamawiającemu, iż wykona zamówienie wykorzystując lokal o parametrach i czynszu, wskazanych w pismach Odwołującego I z 18 grudnia 2023 r. i 24 stycznia 2024 r. Należy podkreślić, iż rodzaj lokalu oraz będąca jego pochodną wysokość czynszu, miały charakter abstrakcyjny, pozwalający jedynie wycenić tę część oferty Odwołującego I w sposób uśredniający tj. uwzględniający:

a. zróżnicowaną liczbę personelu korzystających z lokalu na różnych stadiach wykonywania usługi (inaczej ta liczba kształtowała się w okresie projektowania, inaczej w okresie budowy, jeszcze inaczej w okresie gwarancji i rękojmi),

b. okoliczność, iż – tam gdzie nie stało to w sprzeczności z rodzajem pracy – Odwołujący I dopuści pracę zdalną zaangażowanego przez siebie personelu (a do czego został częściowo również zobligowany przepisami dwóch nowelizacji Kodeksu pracy z 2023 r. – o czym dalej),

c. okoliczność, iż praca znacznej części nadzorujących budowę inspektorów nie będzie się ze sobą pokrywać czasowo,

d. okoliczność, iż czynności ww. personelu w znacznej części wykonywane będą na placu budowy.

Zatem, z faktu przyjęcia przez Odwołującego I jako podstawy wyceny kosztu wynajęcia lokalu wskazanego w oświadczeniach Odwołującego I z grudnia 2023 r. i stycznia 2024 r. nie wynikało zobowiązanie Odwołującego I do wykonania zamówienia przy wykorzystaniu pomieszczenia

o wskazanych tam właściwościach, a które to zobowiązanie Zamawiający mógłby oceniać pod kątem zgodności z warunkami zamówienia. W ofercie Odwołujący I w sposób jasny i stanowczy zobowiązał się do zapewnienia lokalu zgodnego z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ (w tym w OPZ

i wzorze umowy) i wynikającymi z przepisów prawa, a co zresztą Odwołujący I wyraźnie podkreślił

w wyjaśnieniach (por. m.in. oświadczenia na stronie 4 pisma z 18 grudnia 2023 r.): „Zaplecze Konsultanta będzie odpowiadać wymaganiom zawartym w OPZ”. Natomiast, założenie dotyczące parametrów lokalu miało jedynie pozwolić Odwołującemu I skalkulować uśredniony koszt zapewnienia lokalu zgodnie

z warunkami zamówienia. Odwołujący I w treści rzeczonych pism wyraźnie wskazywał, iż założenia

co do wielkości i rodzaju biura czynione są tylko i wyłącznie dla zobrazowania przyjętego poziomu kosztu obejmującego czynsz najmu i eksploatację lokalu - w celu wykazania, że nie ma on charakteru rażąco niskiego – oraz, że nie oznaczają one zobowiązania do udostępnienia konkretnego lokum, czy nawet odpowiadającego założeniom przedstawionym w wyjaśnieniach. Odwołujący I podkreślił, że *jedynie zobowiązuje się do zapewnienia biura zgodne ze specyfikacją Zamawiającego w przyszłości, podczas wykonywania zamówienia*” (punkt 1.1.1. na stronie 5 wyjaśnień z 18 grudnia 2023 r.).

Z tego względu dokonana przez Zamawiającego ocena tych hipotetycznych i (co jeszcze raz należy podkreślić) uśrednionych założeń kosztowych pod kątem ich zgodności z warunkami zamówienia była obarczona błędem logicznym. W żadnym fragmencie oferty i późniejszych wyjaśnień Odwołujący I nie zadeklarował wykonania zamówienia

niezgodnie z treścią wymagań Zamawiającego. Zatem decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego I w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jest niezasadna.

Niemniej, nawet przy założeniu, iż wskazane w wyjaśnieniach cechy lokalu biurowego wyznaczają treść zobowiązania Odwołującego I do wykonania zamówienia – a co, jak wyżej wykazano, byłoby niezasadne – nie powoduje to niezgodności treści oferty Odwołującego I z warunkami zamówienia, w szczególności odnoszącymi się do Biura Konsultanta.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego I stwierdził, że „z doświadczenia Zamawiającego nabytego w trakcie realizacji innych tego typu usług (te same postanowienia SWZ oraz podobna ilość pracowników) wynika, że Biuro Konsultanta powinno zajmować powierzchnię między 130 – 150 m²”. Odwołanie się do „doświadczenia Zamawiającego”, poparte go znalezionym przez Zamawiającego w internecie blogiem pt. „ogólnopolskie zalecenie dotyczącym organizacji biur” (sic!), do którego to opracowania Zamawiający nie odsyłał w opisie przedmiotu zamówienia, jest czynnością, która, w oczywisty i niestety rażący sposób, narusza podstawowe zasady prawa zamówień publicznych: zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasadę przejrzystości (art. 16 Pzp). „Doświadczenie Zamawiającego” jest pojęciem obcym polskiemu prawu, kategorią nieostrą, oceną, prowadzącą do rozstrzygnięć o charakterze arbitralnym. Jeszcze bardziej negatywnie ocenić należy próbę selekcji wykonawców w oparciu o bliżej nieznaną – i nie wskazywaną w SWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu – opracowania o charakterze publicystycznym.

W tym miejscu Odwołujący I wskazywał, że z doświadczenia Wykonawcy nabytego w trakcie realizacji innych tego typu usług (te same postanowienia SWZ oraz podobna ilość pracowników) wynika, że skalkulowanie biura o powierzchni ok 70mkw jest wystarczające.

Dodatkowo należy wskazać, że z informacji dostępnych na platformie zakupowej eB2B wynika, że Zamawiający co prawda ma doświadczenie, jednak przy realizacji inwestycji związanej z budową dróg ekspresowych (klasa S), w tym S19, a nie budowa dróg krajowych (klasa GP)

Przedmiotem zamówienia jest nadzór nad budową obwodnicy miasta Sanok na trasie drogi krajowej. Inwestycja ta obejmuje budowę obiektu mostowego na rzekę san, oraz budowę drogi krajowej jednojezdniowej. Wartość robót to ok 150mln.

Inwestycje realizowane przez Zamawiającego obejmowały budowę drogi ekspresowej S19, która znacząc różni się długością, parametrami oraz wartością nadzorowanych robót. Wartość tych Inwestycji opiewały niejednokrotnie na 1-2mld. Przetarg na ostatnią realizowaną usługę nadzoru dotyczącą rozbudowy drogi krajowej o porównywalnych parametrach miał miejsce w 2019 r.

Tym samym, w ocenie Odwołującego I, błędna ocena jego oferty przez Zamawiającego, wynika właśnie z faktu braku doświadczenia Zamawiającego w realizacji inwestycji o podobnych parametrach, lub na ocenie jego oferty na podstawie inwestycji dotyczących budowy drogi ekspresowej o znacznych wartościach robót.

Obowiązkiem Zamawiającego było – jeżeli uważał, iż do wykonania zamówienia niezbędne będzie dysponowanie na potrzeby Biura Konsultanta lokalem biurowym o powierzchni 130-150 m² - wskazanie tego wymogu w sposób bezpośredni i precyzyjny, tak jak to Zamawiający uczynił w przypadku Biura Zamawiającego (punkt 2.2.2 OPZ), gdzie wyraźnie przewidziano minimalną powierzchnię lokalu (30 m²). Tylko taki – kwantyfikowany – opis przedmiotu zamówienia, zawierający konkretne wskazanie minimalnego arealu „Biura Konsultanta”, mógłby stanowić podstawę dla Zamawiającego, w oparciu

o którą mógłby on odrzucić ofertę wykonawcy deklarującego wykorzystanie mniejszego lokalu (art. 99 ust. 1 Pzp). Dokonane w tym zakresie przez Zamawiającego zaniechanie nie może stanowić podstawy do obciążania negatywnymi skutkami prawnymi wykonawców nie dzielących „doświadczeń” Zamawiającego, ani nie śledzących na bieżąco internetowej publicystyki na temat wyposażenia biur.

Odwołujący I posiada bogate doświadczenie w realizacji tego typu zamówień, obejmujących obowiązek zapewnienia lokalu biurowego dla personelu wykonującego usługę tak z ramienia wykonawcy jak i zamawiającego. Wszystkie te zamówienia – w tym również wykonywane na rzecz Skarbu Państwa – GDDKiA – zostały zrealizowane zgodnie z treścią umów oraz przepisami prawa. Bazując na pozyskanym w ten sposób know-how, Odwołujący I oszacował – z braku ostrych wymogów Zamawiającego w tym zakresie – iż wynajęcie biura o parametrach podobnych do tych podanych

w wyjaśnieniach z 18 grudnia 2023 r. i 24 stycznia 2024 r. będzie, spełniając wymogi opisu przedmiotu zamówienia, z jednej strony pozwalało realizować personelowi nadzorującemu budowę swoje czynności w sposób komfortowy, z drugiej uniknąć zbędnych i nieproporcjonalnych kosztów wynikających

z wynajęcia zbyt pojemnego lokalu, zwłaszcza w okresie projektowania oraz czasu przypadającego po odbiorze robót budowlanych.

Zamawiający próbuje uzasadnić sprzeczność oferty Odwołującego I z warunkami zamówienia rzekomą

niezgodnością założeń Odwołującego I co do powierzchni lokalu z przepisami rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy. Taka niezgodność nie występuje.

Po pierwsze, niczym nie poparte (oprócz tez z ww. bloga internetowego) jest wnioskowanie o obowiązku zachowania 6,5 m² – 7,5 m² przestrzeni biurowej dla każdego pracownika (przy czym użyte przez Zamawiającego pojęcie „przestrzeni biurowej” nie zostało nigdzie zdefiniowane i nie występuje w rozporządzeniu) w sytuacji gdy przepis § 19 pkt 2 rzeczonoego rozporządzenia (zresztą przywoływany przez Zamawiającego) nakazuje zapewnić pracującemu 2 m² wolnej przestrzeni podłogi.

Po drugie, ową powierzchnię 130-150 m² Zamawiający wyliczył opierając się na błędnym założeniu, że w biurze będzie pracowało w jednym czasie i to w całym okresie wykonywania zamówienia, co najmniej 20 osób. Teza ta jest wadliwa; jest ona bądź wynikiem sięgnięcia przez Zamawiającego do nieistniejących wymogów bądź machinalnej analizy przedłożonego przez Odwołującego I wstępnego harmonogramu, a który nie odnosił się do liczby pracowników wykonujących swe obowiązki stacjonarnie w biurze, lecz do terminów wykonania poszczególnych etapów zamówienia. Odwołujący I nie deklarował, ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach z grudnia 2023 r. i stycznia 2024 r., czy tym bardziej w przedmiotowym harmonogramie, iż dana grupa pracowników będzie wykonywać swoją pracę w biurze w określonym dziennym wymiarze, w szczególności 8 godzin dziennie, a co mogłoby wywołać u Zamawiającego błędne przekonanie o świadczeniu pracy jednocześnie przez 20 osób w tym lokalu.

Wykonawca ma swobodę do planowania pracy personelu. W żadnym miejscu umowy, nie ma obowiązku pracy przez daną osobę w wymiarze 8h dziennie. Personel Inżyniera może pracować dowolną ilość godzin, czy to 4 godziny czy to 12 godzin. Zamawiający jedynie narzucił sposób rozliczania takiej pracy, poprzez zawartą w Umowie definicję „Dniówki” i „Półdniówki”

Dniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie 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.

Półdniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem półdniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie od 4 ale poniżej 8 godzin. W każdym przypadku wynagrodzenie za półdniówkę przysługuje za przepracowane pełne 4 godziny bez względu na rzeczywistą liczbę przepracowanych godzin. Wynagrodzenie za półdniówkę przysługuje w wysokości połowy wynagrodzenia za odpowiednią Dniówkę wskazaną w Formularzu Cenowym.

Dodatkowo Zamawiający założył, jakby każdy z personelu pracował w godzinach 8-16, co nie jest zostało poparte żadnymi wymaganiami w tym zakresie. Personel Konsultanta ma możliwości pracy w dowolnych godzinach, w tym również w godzinach 16-22.

Taka możliwości została uregulowana w zapisach Umowy (§11 ust. 23):

Konsultant zobowiązany jest do przekazywania Kierownikowi Projektu w wersji papierowej oraz elektronicznej wraz z Raportem (zależnie od okresu realizacji) oryginałów List obecności do zatwierdzenia. Dodatkowo Konsultant zobowiązany jest do przekazywania drogą elektroniczną do Kierownika Projektu skanu Listy obecności z dnia bieżącego, w terminie: do godz. 12.00 w dniu bieżącym. W przypadku Personelu Konsultanta rozpoczynającego pracę po godz. 12.00, lista obecności powinna zostać podpisana i przesłana do Kierownika Projektu ponownie, najpóźniej do godz. 16.00 tego samego dnia. Konsultant jest zobowiązany przechowywać kopie List obecności na zasadach określonych dla Dokumentacji Kontraktowej.

Tym samym, założenie Zamawiającego, że wszystkie planowane osoby, pracować będą po 8 godzin w danych dniach oraz że będą pracować w godzinach 8-16, nie tylko nie ma uzasadnienia z zapisach SWZ, ale stoi w sprzeczności z tymi zapisami.

Kluczową kwestią, powodującą niezasadność decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego I, jest okoliczność, iż w żadnym dokumencie określającym treść przedmiotu zamówienia nie znalazł się wymóg konieczności zapewnienia stacjonarnego miejsca pracy w Biurze Konsultanta określonej liczbie osób wykonującej usługę. Zatem, o ewentualnej sprzeczności oferty Odwołującego I

z wymogami rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy można by mówić tylko i wyłącznie w sytuacji gdyby Zamawiający jednocześnie określił minimalną liczbę stanowisk pracy w biurze, którą wykonawca zobligowany będzie zapewnić. Taki warunek nie został przewidziany. Co więcej Zamawiający pozostawił wykonawcom w tym zakresie luz decyzyjny, pozwalając im tak zorganizować codzienną pracę personelu świadczącego usługę, aby z jednej strony, zapewniając należyte i terminowe

wykonanie zamówienia, pozostawić tym osobom elastyczność co do zakresu pracy stacjonarnej w biurze. Stosownie do § 27 wzoru umowy (stanowiącego załącznik do SWZ): „Konsultant jest zobowiązany tak zorganizować codzienną pracę Personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawców w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa jak i Kontraktu”.

Zamawiający zarzucając Odwołującemu I rzekomą sprzeczność jego oferty z warunkami zamówienia, w tym z przepisami ww. rozporządzenia, ignoruje również obiektywne okoliczności – które z braku zawarcia w SWZ konkretnego, wyrażonego liczbą, wymogu – powodują brak możliwości oczekiwania od wykonawców jednoczesnej pracy w biurze danej liczby osób, a przez to – zapewnienia lokalu biurowego o określonej powierzchni. Truizmem byłoby przytaczanie też o zwiększającej się roli pracy zdalnej (świadczonej za pomocą elektronicznych środków komunikacji), zwłaszcza po doświadczeniach pracodawców i pracowników związanych ze skutkami pandemii COVID-19. Nie ulega wątpliwości, iż gro pracy inspektorów nadzoru, weryfikatorów projektu czy osób rozliczających inwestycję budowlaną, może być bez uszczerbku dla jej jakości i terminowości świadczona w sposób zdalny. Niemniej, zjawisko pracy zdalnej, na skutek przede wszystkim dwóch nowelizacji ustawy Kodeks pracy z 2023 r., zyskało wymiar prawny, kreując obowiązki po stronie pracodawców, a które muszą być brane przez zamawiających redagujących opisy przedmiotów zamówienia. Stosownie do art. 67¹⁹ § 6 Kp (wprowadzonego do porządku prawnego w dniu 7 kwietnia 2023 r.), pracodawca jest zobligowany do uwzględnienia wniosku pracownika o wykonywanie pracy zdalnie, jeżeli wniosek ten został złożony m.in. przez pracownicę w ciąży, pracownika wychowującego dziecko do ukończenia przez nie 4. roku życia czy sprawującego opiekę nad niepełnosprawnym członkiem rodziny. Dodatkowo na podstawie art. 188¹ Kp (wprowadzonego do porządku prawnego w dniu 26 kwietnia 2023 r.), pracodawca jest zasadniczo zobowiązany do wprowadzenia tzw. elastycznej organizacji pracy, zakładającej na wniosek pracownika pracę zdalną, wobec pracowników wychowujących dziecko do ukończenia przez nie 8. roku życia. Zatem, wykonywanie części pracy poza Biurem Konsultanta, będzie nie tylko kwestią wewnętrznych potrzeb wykonawcy, lecz nakazem wynikającym z przepisów prawa.

Zamawiający zresztą zdaje się częściowo dostrzegać tę okoliczność, bowiem w punkcie 2.2.1 ostatni akapit, zdanie pierwsze Opisu Przedmiotu Zamówienia, wskazuje, iż „Zamawiający dopuszcza, po uprzednim uzgodnieniu z Kierownikiem Projektu, pracę każdego z Weryfikatorów dokumentacji projektowej (Inni Eksperti) poza Biurem Konsultanta”, co zostało przez Wykonawcę skalkulowane w ofercie.

Wymaganie ażeby wykonawcy utrzymywali określoną liczbę pracujących stacjonarnie, a co stanowiło podstawę do żądania Zamawiającego zapewnienia przez Odwołującego I biura o określonej powierzchni, jawnie z tymi wymogami stoi w sprzeczności.

Sztuczne domaganie się przez Zamawiającego stacjonarnej pracy określonej liczby pracowników usługodawcy, a czego pochodną jest zapewnienie lokalu o określonej powierzchni, nie współgra również ze specyfiką zamówienia i pracy wykonywanej przez Personel wykonawcy. Inwestycje infrastrukturalne charakteryzują się wielobranżowością, a co przekłada się na skład personelu nadzorującego takie budowy, który musi obejmować specjalistów z wielu dziedzin, wykonujących pracę niezależnie od siebie i w różnych, niepokrywających się przedziałach czasowych. W celu wykonania inwestycji drogowej niezbędne jest wykonanie szeregu robót dotyczących wielu branż czy – nawet szerzej – wielu dziedzin np. wykopaliśk archeologicznych, świadczenia nadzoru przyrodniczego, przebudowy sieci elektroenergetycznych, wodnych, gazowych, budowy kanału technologicznego czy wykonania nasadzeń zieleni. Realizacja tych poszczególnych czynności nigdy nie jest realizowana przez cały okres budowy. Sprawą oczywistą jest, że przeprowadzenie prac archeologicznych czy przebudowa np. sieci elektroenergetycznej nie są wykonywane przez cały okres realizacji robót, tylko w pierwszym okresie budowy. Analogicznie, nasadzenia zieleni czy montaż ekranów akustycznych wykonywane są pod koniec realizacji robót, a nie przez cały okres ich wykonywania. Oznacza to, iż zaangażowanie poszczególnych specjalistów zatrudnionych w celu nadzoru nad inwestycją będzie diametralnie różne na poszczególnych jej etapach.

Dodatkowo Zamawiający ocenił wymagania dotyczące biura nadzoru z własnego „doświadczenia”, co sam wskazał w uzasadnieniu odrzucenia. Należy jednak wskazać, że przedmiotem zamówienia jest nadzór nad budową drogi. Taki charakter zamówienia, wiąże się z koniecznością nadzorowania robót budowlanych, które nadzoruje się na budowie a nie w biurze. Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego I, nie uwzględniając charakterystyki usługi. Rzeczą oczywistą jest, że inspektorzy danych branż, archeolodzy, geodeci itp. wykonują swoją pracę na budowie, nadzorując wykonywane roboty oraz dokonując ich odbioru. Tym samym, założenie przez Zamawiającego, że każdy z personelu Konsultanta spędza 8 godzin pracy wyłącznie w biurze siedząc przy biurku, jest założeniem błędnym.

Część czynności osób nadzorujących proces budowy, z samej swej istoty, będzie wykonywana na placu budowy. Z kolei, na etapie projektowania, przewidzianym na czas 17 miesięcy, nie będzie świadczona usługa nadzoru nad wykonywaniem robót budowlanych, a co implikuje okoliczność,

iż Personel wykonawcy będzie o ponad połowę mniejszy, niż w pozostałym okresie wykonywania zamówienia. Analogicznie zmniejszony stan liczebny specjalistów nadzorujących inwestycję będzie niezbędny w stadium między wystawieniem ostatniego Świadectwa Przejścia a uzyskaniem przez wykonawcę robót Ostatecznego Świadectwa Płatności.

Pozycja 1.1 formularza ofertowego, dotyczy Biura Konsultanta w okresie 45 miesięcy.

Na te 45 miesięcy składa się okres projektowania oraz okres realizacji robót. Zamawiający ową powierzchnię 130-150 m² wyliczył opierając się na błędnym założeniu, że w biurze będzie pracowało jednocześnie 20 osób w całym okresie wykonywania zamówienia. 20 osób, które Zamawiający przyjął do swoich wątpliwych wyliczeń na podstawie „wstępnego harmonogramu pracy” z okresu realizacji.

Po raz kolejny należy wskazać, że założenie Zamawiającego jest błędne. Na założone w pozycji 1.1. formularza ofertowego 45 miesięcy, składa się okres projektowania i okres realizacji. Zamawiający pominął fakt, że w okresie Projektowania zaangażowaniu są inni specjaliści i ilość pracujących osób wskazanych w „wstępnych harmonogramie pracy” jest znacznie mniejsza.

Z doświadczenie Wykonawcy wynika, że okres projektowania trwa minimum 17 miesięcy, a niejednokrotnie okres ten wydłuża się do 25 miesięcy. Zwyczajowo, Wykonawcy tego typu usług, w okresie projektowania wynajmują mniejsze biuro, adekwatne do ilości osób pracujących w tym okresie. Następnie po uzyskaniu decyzji ZRID, Wykonawcy albo zwiększają biuro już wynajęte (wynajmują dodatkowe pokoje) lub zmieniają lokalizację biura na inne (wynajmują inne biuro). I również w tym przypadku Wykonawca, w celu ograniczenia kosztów planował wynajęcie biura z uwzględnieniem etapowania jego powierzchni. Przyjęte w swoich wyjaśnieniach ok 70mkw, dotyczyło wyłącznie założeń na etapie kalkulowania swojej oferty i uwzględniało skalkulowaną średnią powierzchnię biura w okresie projektowania i realizacji.

Okoliczności te powodują możliwość Odwołującego I elastycznego kształtowania wielkości wykorzystywanej powierzchni biurowej (a co oznacza opcję zawarcia np. dwóch różnych umów najmu lokali: mniejszego w okresie projektowania i rękojmi oraz gwarancji oraz większego w czasie nadzoru nad budową czy takiego ustaleniu grafiku pracy w biurze, by biurka miały charakter przechodni, były dzielone pomiędzy większą liczbę użytkowników).

Zatem, zważywszy, że:

a) Odwołujący I nie zaoferował wykonania zamówienia przy użyciu lokalu o konkretnej powierzchni, zaś opisanie przez Odwołującego I w wyjaśnieniach treści oferty parametrów Biura Konsultanta miało na celu jedynie określenie średniego kosztu tego elementu zamówienia,

b) Zamawiający nie określił w dokumentacji przetargowej minimalnej liczby członków Personelu wykonawcy, którzy mają pracować jednocześnie w sposób stacjonarny w biurze,

c) wymogi prawne, charakter zamówienia, specyfika czynności wykonywanych przez Personel wykonawcy determinują konieczność wykonywania znacznej ich części poza Biurem Konsultanta, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego I, z powołaniem się na rzekomą sprzeczność jego oferty z warunkami zamówienia, z uwagi na zaproponowanie przez Odwołującego I wykorzystania zbyt małego lokalu, jest w sposób oczywisty niezasadna.

W zakresie zarzutu dotyczącego zawierania przez ofertę rażąco niskiej ceny w odwołaniu wskazano, iż Zamawiający nie miał również podstaw, ażeby odrzucić ofertę Odwołującego I w oparciu o przesłankę zawierania przez nią ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Oferta Odwołującego I została skalkulowana rzetelnie, z uwzględnieniem wszystkich identyfikowalnych ryzyk i obejmowała cały przedmiot zamówienia. Cena oferty pozwoli Odwołującemu I odnieść, skutek wykonania zamówienia, zakładany zysk. Odwołujący I, wykazał, iż zaproponowana przez niego wysokość wynagrodzenia za wykonanie usługi objętej zamówieniem, nie ma charakteru rażąco niskiego: w pismach z 18 grudnia 2023 r. i 24 stycznia 2024 r. Odwołujący I złożył obszernie wyjaśnienia w tym zakresie, przedstawiając kalkulacje cenowe poszczególnych elementów składających się na zamówienie, odnosząc się tak co do ceny globalnej za wykonanie całego zamówienia jak i szczegółowo do aspektu dotyczącego biura Konsultanta, a co do którego Zamawiający zażądał wyjaśnień.

W pierwszej kolejności, zwrócić należy uwagę na cel, dla którego ustawodawca wprowadził do porządku prawnego pojęcie rażąco niskiej ceny, a której stosowania zabronił na rynku zamówień publicznych. Funkcją tej instytucji jest ochrona zamawiających przed składaniem ofert zawierających ceny nierealistyczne, niewiarygodne w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień

(por. np. wyrok KIO z 5 marca 2021 r. (KIO 443/21)), tak ażeby zapewnić wyeliminowanie albo przynajmniej istotne ograniczenie sytuacji, w których wykonawcy, nie doszacowawszy kosztów, nie są w stanie dokończyć realizacji zamówienia bądź działają jedynie w zamiarze wyeliminowania konkurentów. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, odrzuceniu podlega oferta zawierająca cenę rażąco niską, tj. taką, co do której z góry i bez żadnej wątpliwości wiadomo, że jej wysokość wyklucza możliwość wykonania zamówienia bez poniesienia straty. Hipotezą tego przepisu nie jest

zatem objęte złożenie oferty zawierającej cenę jedynie niską, nawet jeżeli różni się ona znacząco od wartości innych ofert złożonych w danym postępowaniu (a co nie występuje w odniesieniu do oferty Odwołującego I).

Z tego względu badanie wysokości zaproponowanego przez Odwołującego I wynagrodzenia w kontekście jego rażąco niskiego charakteru Zamawiający powinien dokonać, biorąc za podstawę całe wynagrodzenie – odpowiadające pełnemu przedmiotowi zamówienia. Tylko bowiem rażąco niska cena całego przedmiotu zamówienia niesie za sobą zagrożenie niewykonania umowy lub wypełnia znamiona czynu ograniczającego konkurencję. *„Nawet jeśli niektóre oferowane ceny jednostkowe znacząco odbiegają od przyjętych w obrocie, to nie mają one wpływu na ocenę zaoferowanej ceny jako realnej czyli nie noszącej znamion rażąco niskiej”* (por. wyrok KIO z 21 stycznia 2021 r.). Teza ta jest obecnie jednolicie aprobowana tak w orzecznictwie KIO jak i w doktrynie prawa, przykładowo: *„Cena rażąco niska to cena za całość oferowanego świadczenia. Wynika to z samej definicji ceny (por. art. 2 p.z.p.), a także z odniesienia do przedmiotu zamówienia (tj. całości świadczenia). Nie może więc być powodem odrzucenia na podstawie tej przesłanki zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru ceny rażąco niskiej, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę”* W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 226.

Zamawiający ten nakaz w sposób oczywisty naruszył, koncentrując się na nieznacznym (kosztowo i przedmiotowo) wycinku zakresu zamówienia. W zamówieniach obejmujących świadczenie usługi nadzoru nad inwestycją budowlaną, kluczowym jej elementem – mającym fundamentalne znaczenie dla kosztu i ceny zamówienia – jest zaangażowanie poszczególnych specjalistów. Koszt ich pracy stanowi, jak wynika z wieloletnich doświadczeń Odwołującego I – nierzadko około 90% budżetu całego zamówienia. Zatem, to założenia kosztowo poczynione w tym zakresie przez wykonawców mają decydujący wpływ na cenę globalną wykonania całego zamówienia i determinują jej rynkowy (albo nie) charakter. Tymczasem Zamawiający zarzuca Odwołującemu I, iż ten nie doszacował kosztów najmu pomieszczenia biurowego o kwotę 950 zł / m2 miesięcznie (3250 zł / m2 (adekwatna w opinii Zamawiającego stawka miesięczna czynszu) minus 2.300 zł / m2 (stawka miesięczna zawarta w ofercie Zamawiającego). Przy przemnożeniu tej stawki przez liczbę 45 miesięcy świadczenia usługi (a co byłoby zresztą wielkością zawyżoną, z uwagi na okres projektowania), daje to kwotę 42.750 zł, czyli nieznaczną w kontekście rozmiarów zamówienia.

Co bowiem absolutnie kluczowe, nawet przy przyjęciu, iż Przystępujący nie doszacował ceny swojej oferty o rzeczoną kwotę 42.750 zł - co byłoby twierdzeniem oczywiście niezasadnym - nie powodowałoby to w żadnym razie, iż oferta ta zawierałaby cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 224 Pzp. Kwota rzekomego niedoszacowania wg twierdzeń Odwołującego I stanowi 0,54% ceny oferty Przystępującego brutto (7.867.695 zł) (sic!), a zatem wartość absolutnie pomijalną z perspektywy globalnej ceny za wykonanie całego zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp jak i bogatym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, odrzuceniu podlega oferta zawierająca cenę rażąco niską – a nie tylko zaniżoną - w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. taką co do której już na pierwszy rzut oka wiadomo, iż nie pozwoli ona wykonać zamówienia bez poniesienia istotnej straty, czy znacznie poniżej cen rynkowych. Rzeczona wartość 42.750 zł nie stanowi istotnej części składowej ceny oferty, a co warunkowałoby możliwość rozpatrywania ceny Przystępującego lub elementu tej ceny jako rażąco niskiej. Istotna część składowa ceny, to taka, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki generuje koszty po stronie wykonawcy (por. wyrok KIO z 8 kwietnia 2019 r. (KIO 468/19). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku

z 24 czerwca 2021 r. (KIO 1564/21) orzekła, iż pozycje formularza cenowego wykonawcy usługi nadzoru nad robotami budowlanymi odnoszącymi się do personelu pomocniczego i biurowego a wynoszące odpowiednio: 5%, 7,5% i 8% nie stanowią istotnych części składowych ceny, a co wykluczyło możliwość uznania całej ceny za rażąco niską. Nie ulega zatem żadnej wątpliwości, iż ewentualne niedoszacowanie oferty przez Przystępującego w wymiarze 0,54% i w zakresie elementów nieistotnych z punktu widzenia głównego przedmiotu zamówienia, nie może stanowić podstawy do uznania, iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę i z tego względu podlega odrzuceniu.

Nie wystarczy zatem zakwestionowanie jakiegoś elementu wyceny, czy nawet kilku, jako zaniżonego, o ile nie wpływa to na ocenę ceny jako całości lub jej istotnego kosztu. Powyższe potwierdza dość liczne i ugruntowane orzecznictwo KIO, w tym np.: wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r. (KIO 820/21) czy wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2019 r. (KIO 468/19), w którym wskazano, iż nawet *„samo wyodrębnienie ceny w formularzu ofertowym nie może przesądzać o istotności tej części składowej”*. W konsekwencji, aby uznać, że dany koszt jest istotnym, a tym samym którego kwestionowanie może ewentualnie doprowadzić do odrzucenia oferty, niezbędne jest aby był on istotny wartościowo i od

niego zależało spełnienie zasadniczych celów umowy.

Niezależnie od kwestii rynkowego charakteru zawartej w ofercie Odwołującego I ceny, traktowanej jako całość, należy podkreślić, iż Odwołujący I wycenił prawidłowo również każdy z elementów oferty, w tym w szczególności koszty wynajęcia Biura Konsultanta. Jak wskazano już wyżej, w uzasadnieniu zarzutu odnoszącego się do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Odwołujący założył wykorzystanie biura o powierzchni adekwatnej do wymogów zamówienia, uwarunkowań Kodeksu pracy oraz specyfiki pracy poszczególnych członków Personelu wykonawcy.

Podkreślić jeszcze raz jednak należy, iż założenia Odwołującego I co do kosztów najmu oparta była na kosztach wynajmu hipotetycznego lokalu. Te założenia miały pozwolić Odwołującemu I określić projekcję co do średniego kosztu najmu w całym okresie świadczenia usługi. Jak już wspomniano wyżej, usługa ta ma charakter niejednorodny co do intensywności zaangażowania poszczególnych osób wchodzących w skład Personelu wykonawcy. W okresie projektowania ich liczba będzie stanowiła około połowę ilości pracujących w biurze w okresie nadzoru nad budową. Oznacza to, iż Odwołujący I mógł założyć wynajęcie w tych okresach lokalu o mniejszej powierzchni, niż wskazanej w wyjaśnieniach, natomiast w trakcie budowy – o powierzchni większej niż owe 70 m², tak ażeby średni koszt czynszu najmu takich lokali oscylował wokół przyjętej w ofercie kwoty 2.300 zł miesięcznie. Ponownie należy wskazać, że zawarty w wyjaśnieniach opis lokalu nie stanowił deklaracji wynajęcia podobnego pomieszczenia w okresie realizacji zamówienia; miał on jedynie pomóc oszacować średni koszt zapewnienia Biura Konsultanta w całym okresie świadczenia usługi.

O ile jednak powyższe okoliczności świadczą o niezasadności czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego I w oparciu o rzekome zawieranie przez nią ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, to okoliczność ustalenia przez Zamawiającego limitu wydatków na koszty administracyjne (w której to kategorii mieszczą się koszty zapewnienia lokalu) w kwocie 15% wartości całej oferty, brana pod uwagę łącznie z okolicznością, iż Zamawiający nie zakwestionował rynkowego charakteru ceny całej oferty, powoduje, iż niezasadność działania Zamawiającego ma charakter oczywisty.

Ustalając wiążąco treść formularza ofertowego, Zamawiający narzucił wykonawcom konieczność takiego skalkulowania ceny oferty za wykonanie całego zamówienia oraz poszczególnych jego składowych, ażeby cena „Kosztów administracyjnych” (biura Konsultanta i Zamawiającego, środków transportu, personelu biurowego i pomocniczego) nie przekraczała sumy będącej równoważnością kwoty 15% ceny za wykonanie całej usługi. Tego typu ingerencje zamawiających w strategię wyceny zamówień przez oferentów (zwłaszcza gdy rozliczenie następuje ryczałtem) powinny być dokonywane rzadko,

z ostrożnością i przede wszystkim ze identyfikacją skutków jakie będą one kreowały w procesie oceny ceny oferty w ramach art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zamawiający powinien zatem być świadomy, iż uznanie przez niego globalnej ceny wykonania usługi zaoferowanej przez wykonawcę za wynagrodzenie rynkowe, będzie zarazem oznaczać akceptację wyceny „Kosztów administracyjnych” w wysokości bliskiej 15% ogólnej ceny jako nie naruszającej art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Tak też się stało w przypadku oferty Odwołującego I: w wezwaniach kierowanych do Odwołującego I, by ten wyjaśnił aspekt potencjalnie rażąco niskiej ceny oferty, Odwołujący I nie kwestionował prawidłowości oszacowania ceny jako całości, a swoje wątpliwości wyraził względem kosztów administracyjnych. Co więcej,

w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego I, Zamawiający podał argumentację jedynie odnoszącą się do wyceny czynszu najmu lokalu, uznając zatem cenę globalną w wysokości 6.396.500 zł netto za rynkową, nie będącą ceną rażąco zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Tym samym, z większą lub mniejszą świadomością, Zamawiający automatycznie uznał też zaproponowaną przez Odwołującego I kwotę 958.000 zł netto tytułem „Kosztów administracyjnych” –

a stanowiącą 14,98 % ceny globalnej netto – za sumę wycenioną zgodnie z prawem. Sam bowiem Zamawiający „przesądził” już, że taki odsetek ceny ogólnej oferty będzie uznawany za poprawnie oszacowany. Tym samym, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego I na podstawie art. 226 ust. 8 Pzp, jest zatem nie tylko niezgodna z prawem, ale również nielogiczna i wewnętrznie sprzeczna.

Skoro zatem Zamawiający sam „nie pozwolił” Odwołującemu I wycenić kosztów administracyjnych, w tym kosztów najmu lokalu biurowego, na kwotę wyższą niż 15% wynagrodzenia ogólnego netto, nie może on czynić zarzutów Odwołującemu I, iż ten wycenił ten element usługi za nisko. Zwiększenie przez Odwołującego I kwoty przeznaczonej na sfinansowanie kosztów najmu biura o sumę 42.750 zł, spowodowałoby konieczność sztucznego podwyższenia wartości całej oferty (netto) o kwotę aż 285.000 zł, a co mogłoby dezawuować ją w kontekście uznania jej za najkorzystniejszą i co w efekcie byłoby niekorzystne dla finansów publicznych. Takie oczekiwanie Zamawiającego byłoby w sposób oczywisty pozbawione podstawy prawnej.

Zamawiający w formularzu ofertowym w kosztach administracyjnych, które łącznie nie mogły przekraczać 15% wartości całej oferty, wymagał zatrudnienia Personelu Biurowego (poz. 1.5) i Personelu Pomocniczego (poz. 1.6). Jednocześnie Zamawiający wymaga, aby osoby te zatrudniony były na podstawie umowy o pracę, których koszt zatrudniania, w przypadku minimalnego wynagrodzenia o pracę, wynosi min. ok 5.200,00 (poz. 1.5 – 1 osoba) oraz ok 10.400,00 (poz. 1.6 – 2 osoby).

Sformułowane przez Zamawiającego wymagania dotyczące zatrudniania, narzucony limit 15%, jak również stanowisko Zamawiającego, że powierzchnia biura nie może być mniejsza niż 130mkw, a koszt najmu nie może być mniejszy niż 3.250,00 powoduje, że automatycznie odrzuceniu podlegają wszystkie oferty, które są niższe niż 8,2 mln brutto.

Mając zatem na względzie powyższe okoliczności, tj.:

- a) fakt, iż Zamawiający zakwestionował poprawność wyceny oferty Odwołującego I w nieistotnym, pomijalnym elemencie z punktu widzenia całego zamówienia, tj. o wartości 0,54 % ceny całej oferty,
 - b) Odwołujący I założył wykorzystanie biura o powierzchni adekwatnej do wymogów zamówienia, przepisów Kodeksu pracy oraz specyfiki pracy poszczególnych członków Personelu wykonawcy i oszacował czynsz najmu odpowiedni dla tych uwarunkowań,
 - c) dorozumianą akceptację przez Zamawiającego „Kosztów administracyjnych” w wysokości 958.000 zł netto (tj. 14,98 % zaakceptowanej kwoty globalnej oferty),
- czynność Zamawiającego obejmująca odrzucenie oferty Odwołującego I w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp jest niezasadna.

W zakresie ostatniego z zarzutów oferta Odwołującego I nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, a co sprawia, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego I z powołaniem na podstawę prawną z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp była również niezasadna. Zamawiający zdaje się nie rozumieć znaczenia semantycznego „błędu w obliczeniu ceny”, stąd warto przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 stycznia 2020 r. (KIO 97/20), który trafnie definiuje tę instytucję: *„z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno – lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SIWZ, i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego”*.

Wbrew temu co twierdzi Zamawiający, Odwołujący I przewidział w ofercie konieczność ponoszenia kosztów mediów związanych z najmem lokalu. Odwołujący I wyraźnie wskazał, iż koszty te (*koszty ogrzewania, wody, miejsc parkingowych, wywozu nieczystości, ubezpieczenie, utrzymanie czystości oraz zapewnienie ochrony*) ujęte zostały już w kosztach czynszu najmu. Zatem będą one stanowiły składową w wysokości planowanego czynszu płatnego wynajmującemu, a który w ramach umowy najmu może się zobowiązać do wykonywania innych czynności niż samo udostępnienie lokalu do używania, lecz związanych z korzystaniem z tego lokalu. Tego typu umowy, w których w zamian za sam czynsz, najemca, oprócz prawa do używania lokalu, otrzymuje od wynajmującego inne świadczenia, są na rynku powszechne. Mimo to Zamawiający, w sposób absolutnie dowolny i nie poparty żadnym dowodem ani obiektywnie prawdziwą tezą, twierdzi, że *„kwoty najmu lokali biurowych nie obejmują przedmiotowych kosztów oraz opłat za miejsca postojowe”*, co więcej dalej konstatuje,

że: *„z rozeznania rynku wynika, że do ofert, na które powołał się Wykonawca w każdym przypadku do czynszu za najem powierzchni użytkowej należy doliczyć koszty ogrzewania, prądu, wody, odwozu nieczystości (ogólne media)”*. Zamawiający, popełnia zatem po raz kolejny błąd logiczny, przyjmując,

iż Odwołujący I zaoferował Zamawiającemu wykonanie usługi z wykorzystaniem jednego z konkretnie wskazanych w wyjaśnieniach z 18 grudnia 2023 r. lokali i to na warunkach określonych w załączonym do wyjaśnień ogłoszeniu z internetowego portalu ogłoszeniowego. Tymczasem, po raz kolejny to podkreślając, lokale te zostały przedstawione jedynie jako przykłady, by zobrazować rząd wielkości potencjalnego kosztu, który został oszacowany w sposób nie powodujący że globalna cena usługi ma charakter rażąco niski. Z praktyki wiadomo, że rzeczywiste ceny transakcyjne są niższe, niż te wynikające z ogłoszeń, a kwestie tego typu, czy czynsz pokrywa koszty np. korzystania z zewnętrznej toalety, zaplecza kuchennego itd. są między stronami każdorazowo uzgadniane w drodze negocjacji. Niezależnie jednak od okoliczności, czy Odwołujący I będzie w stanie zapewnić by w zamian za czynsz w wysokości zbliżonej do kwoty 2.300 zł miesięcznie otrzymać prawo do korzystania z lokalu z węzłem sanitarnym czy też dostęp do niego będzie osobno płatny, za niewielką dodatkową opłatą, nie powinno to stanowić podstawy dla Zamawiającego, racjonalnie działającego i równo traktującego wykonawców, by dopatrywać się uchybień w ofertach odnoszących się do świadczenia

usługi wartej kilka milionów złotych.

Oferta Odwołującego I nie zawiera też innych uchybień o charakterze rachunkowym, w szczególności wadliwych działań arytmetycznych, czy przyjęcia niewłaściwej stawki podatku VAT, a co teoretycznie mogłoby stanowić podstawę do oceny oferty pod kątem „błędu w obliczeniu ceny” w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Z tych powodów, czynność Zamawiającego odrzucająca ofertę Odwołującego I na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp była niezasadna.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili: wykonawca Prokom Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu oraz wykonawca ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu.

W dniu 24 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku. Tego samego dnia również wykonawca ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu, zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe wraz z dowodami, które zawierało argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

KIO 1188/24

W dniu 8 kwietnia 2024 r. wykonawca PROKOM Consulting Sp. z o.o. (zwany dalej: „Odwołującym II” lub „PROKOM”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty ZDI Sp. z o.o. (dalej: "ZDI"), w sytuacji, w której to oferta Odwołującego II powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą;
- 2) czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego II z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z błędnym przyjęciem, że oferta Odwołującego II jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego II z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z błędnym przyjęciem, że oferta Odwołującego II zawiera rażąco niską cenę;
- 4) czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego II z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w związku z błędnym przyjęciem, że oferta Odwołującego II zawiera błąd w obliczaniu ceny.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego II z Postępowania w związku z błędnym przyjęciem, że oferta Odwołującego II jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego II z Postępowania w związku z błędnym przyjęciem, że oferta Odwołującego II zawiera rażąco niską cenę;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego II z Postępowania w związku z błędnym przyjęciem, że oferta Odwołującego II zawiera błąd w obliczaniu ceny.

Odwołujący II wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty ZDI jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego II z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5), 8) oraz 10) ustawy Pzp.
- 3) powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego II.

Odwołujący II wyjaśnił, że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający ich nie naruszył, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Co za tym idzie, Odwołujący II mógłby uzyskać zamówienie objęte Postępowaniem. Odwołujący II posiada interes w uzyskaniu zamówienia

w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Interes Odwołującego II w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący II oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania szanse Odwołującego II na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta Odwołującego II, która została odrzucona z Postępowania – zostanie przywrócona do Postępowania.

Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu II szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z nieuzyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący II wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Na wstępie Odwołujący II wskazał, że zaoferowana przez niego cena nie odbiega zarówno od budżetu Zamawiającego (8% różnicy), jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w Postępowaniu. W takiej sytuacji trudno mówić o nierynkowości czy też nierealności ceny oferty Odwołującego II. Skoro sam Zamawiający ustalił wartość zamówienia na poziomie analogicznym do ceny Odwołującego II to znaczy, że przyjęte przez Odwołującego II koszty zostały skalkulowane na takim samym lub podobnym poziomie.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego II na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia jednakże w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego nie wskazano, które konkretnie fragmenty oferty Odwołującego II są niezgodne z SWZ. Zamawiający nie wskazał na zidentyfikowane przez siebie sprzeczności w tym zakresie. Wskazanie ich na etapie postępowania przed Izbą będzie działaniem spóźnionym, gdyż Zamawiający jest związany przyjętą przez siebie podstawą prawną i faktyczną wyeliminowania wykonawcy z postępowania.

Zamawiający wskazuje, że:

"Ponadto, zgodnie z pkt 17.3 IDW każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Zamawiający zauważa, że Oferta Wykonawcy w związku z przyjęciem w poz. 1.1 i 1.4, 4.1, 4.4 Formularza cenowego stawek nieuwzględniających realnych kosztów wykonania usług w przyjętej jednostce czasu/ilości, zawiera błąd w obliczeniu ceny. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu."

Odwołujący II wskazuje, że rzekome nieuwzględnienie realnych kosztów w formularzu cenowym nie stanowi błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO:

"Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmiennosć sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki." (KIO 777/23)

Z opisaną powyżej sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. Pomiedzy stronami nie ma sporu co do tego, jakie koszty powinny zostać uwzględnione w cenie oferty (zatem Odwołujący II właściwie ustalił czynniki kosztotwórcze), ale jaki powinien być ich poziom. Oferta w tym zakresie podlega ocenie na podstawie zupełnie innej regulacji, tj. przesłanek określonych w art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp stanowiących podstawę do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego II, Odwołujący II wskazuje, co następuje:

Rzekome niedoszacowanie kosztów Biura Konsultanta – koszty podatku od nieruchomości oraz amortyzacji.

Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego II podlega odrzuceniu, ponieważ Odwołujący II rzekomo pominął w kalkulacji ceny oferty koszty (i) najmu biura oraz (ii) amortyzacji. W konsekwencji koszty wykonania zamówienia miały zostać niedoszacowane. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego II wskazano, że:

"Wykonawca przyjmując założenia na etapie kalkulacji oferty w pozycji 1.1 oraz 4.1 Formularza cenowego, nie uwzględnił kosztów najmu biura. Konsultant celem zmniejszenia kosztów planuje zakup lokalu usługowego pod biuro za posiadane środki finansowe. Niemniej jednak w kalkulacji nie uwzględnił takich kosztów stałych jak coroczny podatek od nieruchomości, czy obciążenia w postaci kosztów amortyzacji budynku."

Ze wstępnej analizy Zamawiającego wynika, że lokal o powierzchni min. 150 m² i cenie zakupu min. 350 000,00 zł (zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 25.01.2024 r.) będzie generował dodatkowe koszty w wysokości: – 4 149 zł/rok (27,66 zł x 150 m²) tytułem podatku od nieruchomości.

Stawkę podatku za 1 m² powierzchni zajętej na prowadzenie działalności gospodarczej przyjęto zgodnie z Uchwałą nr LXVIII/603/22 Rady Miasta Sanoka z dnia 25.10.2022 r. – 8 750 zł/rok amortyzacja (przy założeniu najniższej stawki 2,5% rocznie).

Po zsumowaniu obu ww kwot dodatkowy, miesięczny koszt dla Wykonawcy (nieuwzględniony na etapie kalkulacji oferty) z tytułu funkcjonowania biura wynosił będzie ok. 1 074,92 zł/miesiąc $((4\ 149 + 8\ 750) / 12)$."

Stanowisko Zamawiającego jest niezasadne.

Po pierwsze, Odwołujący II w wyjaśnieniach z dnia 18 grudnia 2023 r. wskazał jednoznacznie, że zarówno Biuro Konsultanta, jak i Zamawiającego, zostaną zorganizowane w lokalach własnych Odwołującego II. Odwołujący II zamierza bowiem kupić, na potrzeby świadczenia przedmiotowej usługi, lokal spełniający wymagania OPZ. Po zakończeniu inwestycji Odwołujący II zamierza sprzedać go z zyskiem. Taki zabieg pozwoli na uniknięcie kosztów związanych z wynajmem lub dzierżawą pomieszczeń od podmiotu trzeciego (jak i kosztów pośrednictwa w wynajmie lokalu). W konsekwencji zarzut, że Odwołujący II nie wkalkulował w cenę oferty "*kosztów najmu*" wydaje się całkowicie nieuzasadniony oraz oderwany od przyjętej przez Odwołującego II koncepcji wykonania zamówienia.

Po drugie, Odwołujący II w wyjaśnieniach poinformował także Zamawiającego, że przyjmuje, że zakup i sprzedaż wyżej wskazanej nieruchomości to odrębny "*projekt deweloperski*" nastawiony na wygenerowanie odrębnego zysku. Innymi słowy: Odwołujący II kupi lokal na potrzeby realizacji inwestycji (z własnych środków, bez konieczności zaciągania kredytu, a więc bezkosztowo) i odpowiednio go zaadoptuje. Następnie lokal będzie użytkowany w trakcie realizacji zamówienia. Po zakończeniu realizacji inwestycji lokal zostanie sprzedany z zyskiem (biorąc pod uwagę stały wzrost wartości nieruchomości, poczynione nakłady zwiększające jego wartość etc.). Lokal będzie zatem pełnił dwie funkcje: (i) środek stanowiący możliwość wywiązania się Odwołującego II z zobowiązań kontraktowych, jak i (ii) inwestycję na przyszłość.

Powyższe zostało potwierdzone również w wyjaśnieniach z dnia 25 stycznia 2024 r., gdzie Odwołujący II wskazał wprost, że ewentualna amortyzacja nieruchomości i jej rozliczenie związane są z "*projektem deweloperskim*", a nie z realizacją przedmiotowego zamówienia. Nawet jeśli koszty te zostaną przez Odwołującego II poniesione, to zostaną pokryte w całości z zysku otrzymanego z tytułu sprzedaży lokalu.

Z wyjaśnień Odwołującego II wynika, że do zysku z tytułu realizacji zamówienia nie jest wliczany zysk z "*projektu deweloperskiego*". Zatem, przyjmując zasadę konsekwencji i jednolitości agregacji pozycji w bilansach i księgach rachunkowych Odwołującego II, również i koszty związane z nieruchomością zostały wyłączone z kalkulacji kosztów wykonania zamówienia. Jedynymi kosztami, które zostały wliczone w cenę oferty to koszty eksploatacyjne, które są ściśle powiązane z realizacją zamówienia.

[Podatek od posiadania nieruchomości jest również kosztem "*projektu deweloperskiego*" przypisanym do rodzaju *kosztów ogólnych*. Podatek ten jest nakładany na nieruchomości włączając w to budynki i grunty. Nie jest on nakładany na poszczególne pomieszczenia biurowe czy lokale i dotyczy całej nabywanej nieruchomości. Wyjątek stanowią wydzielone lokale w budynkach wielolokalowych, dla których na przykład prowadzone są odrębne księgi wieczyste i połączone są częściami wspólnymi.

Koszt podatków jest kosztem "*projektu deweloperskiego*" podobnie jak inne nieprodukcyjne (stałe bądź ogólne leżące jedynie po stronie kosztów), takie jak podatki od czynności cywilnoprawnych, koszty administrowania nieruchomością, koszty zarządzania nieruchomością, koszty zarządzania projektem deweloperskim.

"*Projekt deweloperski*" zawiera również koszty produkcyjne, czyli takie których wydatkowanie stanowi inwestycję która zostanie zwrócona z zyskiem. Przykładem tego rodzaju kosztów są nakłady budowlane, takie jak remonty, przebudowy, termomodernizację, wyposażenie w instalacje np. fotowoltaiczne, grzewcze, klimatyzacyjne p.poż, a także nakłady administracyjne np. zmiana sposobu użytkowania, wydzielenie lokali. Koszty te służą do podniesienia wartości nieruchomości i w efekcie do zwiększenia zysku projektu deweloperskiego.]

Amortyzacja zakupu nieruchomości jest prawem, a nie obowiązkiem podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Polega ona na dopisywaniu po stronie kosztów części wartości nabycia nieruchomości w dopuszczalnej wysokości regulowanej przez przepisy podatkowe.

Konsekwencją tego jest zmniejszenie „księgowej” wartości nieruchomości. Po jej sprzedaży podatek dochodowy jest obliczany od zysku, jaki wynika z różnicy wartości faktycznego zbycia nieruchomości, do wartości „księgowej”. Decyzja o amortyzacji nieruchomości w trakcie trwania "*projektu deweloperskiego*" jest więc zabiegiem księgowym i prowadzi do rozłożenia płatności podatku od dochodów w czasie i jego optymalizacji co do wysokości w danym okresie (vide pkt 1.1. wyjaśnień Odwołującego II z dnia 18 grudnia 2023 r.; pkt 3 wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2024 r.).

Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego II całkowicie pomijając złożone przez Odwołującego II wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny. Zamawiający nie kwestionuje prawidłowości przyjętej przez Odwołującego II koncepcji świadczenia usługi, a zatem przyjmuje że czyni ona zadość wymaganiom określonym w OPZ. W konsekwencji niezrozumiałym wydaje się przyjęta przez Zamawiającego retoryka.

Po trzecie, nawet jeśli przyjąć wnioski Zamawiającego za zasadne to należy uznać, że koszt podatku od lokalu oraz amortyzacja nie stanowią istotnej części składowej ceny. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że:

"Nie podziela się poglądu, że o istotności części składowej ceny oferty w rozumieniu art. 224

ust. 1 p.z.p. mowa jest o istotnej części składowej ceny lub kosztu. Oznacza to, że ocena, czy mamy do czynienia z istotną częścią składową ceny lub kosztu, nie może być dokonywana w oderwaniu od tych wartości, a jedynie z uwzględnieniem jej wpływu na przedmiot zamówienia. (...)

Pojęcie "istotnej części składowej ceny lub kosztu" należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy. Aby zatem ustalić, czy zakres zamówienia objęty prawem opcji stanowi istotną część składową ceny oferty, należy ustalić, czy w odniesieniu do tego zakresu zachodzą przesłanki powodujące, że zakres ten w sposób znaczny przyczynia się do powstania kosztów po stronie wykonawcy." (KIO 3540/23)

Podobnie także:

"Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu w rozumieniu art. 224 ust. 1 p.z.p. będą te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia." (KIO 237/23)

Jak ustalił Zamawiający podatek od nieruchomości będzie wynosił 4.149 zł/rok a amortyzacja 750 zł/rok. Kontrakt będzie realizowany maksymalnie 7 lat (vide § 3 ust. 3 umowy), co powoduje, że wartość tych kosztów w skali całego zamówienia w stosunku do ceny oferty wynosi odpowiednio 0.40% oraz 0.07% wartości oferty.

	Podatek od nieruchomości:	Amortyzacja:
Liczba lat:	7.00	7.00
Kosz roczny:	4,149.00	750.00
Koszt całkowity:	29,043.00	5,250.00
Stosunek do ceny oferty:	0.40%	0.07%

Koszty te, nawet jeśli powstaną, zostaną pokryte z wygenerowanego w ramach zamówienia zysku.

W świetle powyższego nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Rzeczne niedoszacowanie kosztów Biura Konsultanta – koszty mediów

W ocenie Zamawiającego Odwołujący II w sposób niewłaściwy skalkulował koszty mediów. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego II wskazał, że:

"Przyjęta przez Wykonawcę kwota w wysokości 200 zł/miesiąc (poz. 1.1a oraz 4.1a FC) tytułem kosztów za media (prąd, woda, ścieki, ogrzewanie) jest w opinii Zamawiającego niewystarczająca.

Biorąc po uwagę wymogi zawarte w Rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, § 13 ust. 2 pkt. 3) i ust. 3 oraz ilość osobodniówek przypadającą na czas trwania Umowy, Konsultant powinien na etapie kalkulacji oferty uwzględnić konieczność zapewnienia następującej ilości wody do picia i celów higienicznych:

– Średnio ok. 10,47 m³/miesiąc - § 13 ust. 2 pkt. 3).

Wskazaną ilość określono jako iloczyn:

*[15 615 (suma dniówek wszystkich Ekspertów, poz. 2.1 i 2.2 FC) / 60 miesięcy] + [3 (personel zatrudniony na Umowę o pracę, poz. 1.5 i 1.6 FC) * 22 dni] + [1 (personel Zamawiającego) * 22 dni] = 348,25 osobo dni/miesiąc (średnia w czasie trwania Umowy).*

*349 (w zaokrągleniu) * 30 l = 10 470 l. – Ok. 4,95 m³/miesiąc - § 13 ust. 3. Wskazaną ilość określono jako iloczyn: 150 * 1,5 l * 22 dni = 4 950 l.*

W sumie Wykonawca na etapie kalkulacji oferty powinien uwzględnić konieczność zapewnienia wody w ilości ok. 15,42 m³/miesiąc (wartość średnia).

Z dostępnych na stronie <https://spgk.com.pl/dla-klienta/taryfy-i-cenniki/> danych wynika, że cena dostarczenia 1 m³ wody i odbiór takiej samej ilości ścieków na terenie miasta Sanoka podmiotowi innemu niż gospodarstwo domowe wynosi ok. 13 zł netto plus opłata abonamentowa ok. 13 zł netto/miesiąc.

Zatem łączny koszt jaki Wykonawca powinien przewidzieć na etapie kalkulacji oferty tytułem zapewnienia swoim pracownikom wymaganej ilości wody oraz odprowadzenia ścieków powinna oscylować w granicach 213 zł netto/miesiąc (średnio).

Wskazana przez Wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 18.12.2023 r. kwota w wysokości 200 zł (poz. 1.1a oraz 4.1a) jest niewystarczająca do pokrycia kosztów z tytułu zapewnienia pracownikom wymaganej zgodnie z przytoczonym powyżej Rozporządzeniem ilości wody i odbioru tej samej ilości ścieków, nie mówiąc o kosztach energii elektrycznej czy ciepłej."

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze, Zamawiający swoją tezę oparł na wymaganiach płynących z Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy. Zwrócić jednakże należy uwagę, iż przepisy te nakładają obowiązek zapewnienia dostaw wody w odpowiedniej ilości, ale nie odnoszą się do ich faktycznego zużycia.

Z przywołanego przez Zamawiającego cennika wynika, iż rozliczenie za zużycie wody w Sanoku następują na podstawie rzeczywistego zużycia a nie deklaracji wykonawcy.

Wysokość przyjętych przez Odwołującego II kosztów została ustalona na podstawie posiadanej przez Odwołującego II wiedzy na temat ponoszonych wydatków w tym zakresie. Odwołujący II aktualnie realizuje 20 umów na świadczenie usługi nadzoru nad realizacją inwestycji na terenie całego kraju. Odwołujący II jest zatem w stanie oszacować, bez konieczności dokonywania analiz czy symulacji, na jakim poziomie będą oscylować te koszty również i w trakcie realizacji niniejszego zamówienia.

Odwołujący II w załączeniu do niniejszego odwołania przedstawia przykładowy rachunek za korzystanie wody w lokalu w ramach inwestycji zbliżonej pod kątem organizacyjnym do niniejszego zamówienia.

Odwołujący II zakłada dostawę wody z sieci miejskiej, a zużycie wody (niezależnie od wymaganej czy faktyczne) nie odbiega od standardowej ilości mogącej być dostarczonej typowym przyłączem.

Zamawiający dokonał błędnych obliczeń w oparciu o przewidywaną ilość czasu pracy Personelu Wykonawcy wynikającą z ilości dniówek. W bezpodstawny sposób Zamawiający utożsamia czas pracy Personelu z czasem przepracowanym w Biurze. Wykonawca wyjaśnił w piśmie z dnia 7 lutego 2024 r., że ze względu na charakter usługi Personel będzie pracował przede wszystkim poza Biurem, na terenie budowy oraz w innych lokalizacjach wynikających ze specyfiki pracy (pracownia projektowa, laboratorium, wytwórnie, place składowe, siedziba Zamawiającego, Biuro Wykonawcy). Nie ma konieczności tworzenia więcej niż pięciu (5) stanowisk pracy stałej.

Po drugie, Odwołujący II przyjął koszty mediów na poziomie 200 zł/miesiąc. W ocenie Zamawiającego koszty te powinny oscylować na poziomie 213 zł/miesiąc. Zatem rzekome niedoszacowanie kosztów wykonania zamówienia to ok. 1.000 zł netto w skali całej inwestycji.

Koszty mediów wg Odwołującego II (mc):	200.00
Koszty mediów wg Zamawiającego (mc):	213.00
Rzekome niedoszacowanie (mc)	- 13.00
Liczba miesięcy:	84.00
Rzekome niedoszacowanie (PLN)	- 1,092.00

Wartość ta stanowi 0.015% wartości całkowitej ceny oferty Odwołującego II. Nie sposób zatem obiektywnie uznać, że mamy do czynienia z istotną częścią składową ceny, która może być podstawą do odrzucenia ceny oferty. Nie powinno zatem budzić żadnych wątpliwości, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Rzekome niedoszacowanie kosztów zakupu programu AutoCAD

Zamawiający stoi na stanowisku, że Odwołujący II nie doszacował kosztów w zakresie zakupu licencji na oprogramowanie AutoCAD. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego II wskazano, że:

"Wykonawca błędnie oszacował w kosztach ogólnych poz. 1.1 FC opłaty za subskrypcje programu AutoCAD dla trzech stanowisk komputerowych.

W wyjaśnieniach z dnia 18.12.2023 r. Wykonawca poinformował, że zamierza wyposażyć biuro w trzy komputery, zaś te m.in. w oprogramowanie o nazwie handlowej AutoCAD.

W kolejnych wyjaśnieniach PROCOM Consulting Sp. z o.o. oznajmił, iż koszty licencji na oprogramowanie ujęte zostały w kosztach ogólnych poz. 1.1 FC (w wysokości 5% - 118,50 zł/miesiąc) oraz że Wykonawca korzysta z płatnych subskrypcji programu Autodesk AutoCAD Web (56 zł/subskrypcję/miesiąc).

Wskazany program to uproszczona wersja pozwalająca otwierać pliki DWG bezpośrednio w internetowej lub mobilnej aplikacji AutoCAD, niemniej jednak korzystanie z niej w tym samym czasie na trzech stanowiskach wymaga trzech licencji.

Uwzględniając koszt wykupu miesięcznej subskrypcji Wykonawca powinien na etapie kalkulacji oferty przewidzieć na ten cel min. 168 zł.

Zamawiający nie podziela tutaj stanowiska Wykonawcy, iż koszt ten jest pomijalny w kalkulacji i wynosi poniżej 1% kosztów ogólnych spółki (ok. 2.00 zł rocznie). Skoro program ma być dostępny na przedmiotowym zadaniu na trzech stanowiskach koszty z tytułu jego zakupu powinny być przypisane do kosztów związanych funkcjonowania Biura Konsultanta w Sanoku.

W opinii Zamawiającego stanowisko Wykonawcy wyrażone w piśmie z dnia 07.02.2024 r. ma na celu jedynie próbę wyjaśnienia błędu popełnionego na etapie kalkulacji oferty."

Stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze, wymagania dotyczące oprogramowania zostały opisane w OPZ pkt 2.2.1

*"Wymaga się, aby Konsultant dysponował sprzętem, oprogramowaniem komputerowym i wyposażeniem, w asortymencie i ilości umożliwiającej należyte wykonanie Usługi. Oprogramowanie komputerowe powinno umożliwiać obsługę m.in. plików o następujących rozszerzeniach: *.dwg, *.dgn, *.dxf, *.shp, *.sgn a w szczególności plików oprogramowania biurowego *.doc, *.xmls, które jest głównym narzędziem pracy w siedzibie Zamawiającego".*

Odwołujący II w wyjaśnieniach z dnia 7 lutego 2024 r. szczegółowo wyjaśnił kwestię zapewnienia oprogramowania dla obsługi plików *.dwg, tj. programów typu AUTOCAD (vide pkt 2 wyjaśnień).

Zamawiający w żadnym postanowieniu SWZ nie wymagał, aby Wykonawca dysponował konkretnymi programami do obsługi plików *.dwg, a w szczególności o zaawansowanych możliwościach tworzenia rysunków. Zamawiający nie wskazał również liczby subskrypcji, jaką musi posiadać wykonawca. Formułowanie zatem zarzutów dotyczących niewłaściwej wersji oprogramowania czy też niewystarczającej liczby subskrypcji jest działaniem nieuprawnionym stanowiącym de facto zmianę SWZ po terminie składania ofert, co jest działaniem niedopuszczalnym.

W wyjaśnieniach z dnia 7 lutego 2024 r. jednoznacznie wskazano, iż programy do obsługi plików o rozszerzeniu *.dwg są udostępniane bezpłatnie pod różnymi nazwami handlowymi. Ilość tego rodzaju subskrypcji jest nieograniczona, tak więc nie ma konieczności uwzględniania jakichkolwiek kosztów w użytkowaniu tego rodzaju oprogramowania.

Odwołujący II w wyjaśnieniach poinformował także, iż korzysta z płatnych subskrypcji o charakterze zaawansowanym, a koszt miesięczny wynosi 56 zł/miesiąc. Posiada więc on możliwość skorzystania z tego rodzaju oprogramowania również na potrzeby niniejszego zamówienia.

Odwołujący II wskazał, iż posiada dostęp do tego rodzaju oprogramowania a koszt roczny nie przekracza 56 zł x 12 miesięcy = 672,00 zł rocznie, co stanowi ułamek kosztów ogólnych ponoszonych przez Wykonawcę (poniżej 1% kosztów ogólnych wynoszących 250.000 zł rocznie – dowód nr [11] z wyjaśnień z dnia 18 grudnia 2023 r.).

Koszty te są przypisane do kosztów ogólnych, gdyż są wykorzystywane na potrzeby całej działalności Odwołującego II, a nie jednego kontraktu. W praktyce subskrypcja ta nigdy do tej pory nie została wykorzystana na potrzeby tożsamyh usług realizowanych na rzecz Zamawiającego.

Potwierdza to, iż nie ma również przesłanek racjonalnych do zakupu tego oprogramowania wyłącznie na potrzeby niniejszej usługi, a co za tym idzie konieczności przypisania tego rodzaju kosztów bezpośrednio do kosztów prowadzenia Biura.

Po drugie, podobnie jak wskazano powyżej koszt zakupu licencji (ok. 9.000 zł dla okresu całej usługi) stanowi mniej niż 0,13% wartości ceny globalnej oferty Odwołującego II. Nie stanowi on zatem kosztu istotnego, który miałby wpływ na niemożliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną przez Odwołującego II cenę.

Odwołanie i w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Rzekome niedoszacowanie kosztów – opłata abonamentowa za postój

Zamawiający stoi na stanowisku, że Odwołujący II nie doszacował kosztów związanych z koniecznością poniesienia opłaty abonamentowej za postój samochodów. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego II wskazano, że:

"Wykonawca w poz. 1.4 oraz 4.4 nie uwzględnił rezerwy na opłatę abonamentową za postój w płatnej strefie parkowania w mieście Sanoku.

PROCOC Consulting w swoim stanowisku z dnia 18.12.2023 r. wskazał jednoznacznie, iż na etapie kalkulacji oferty przewidział rezerwę na opłatę abonamentową za parkowanie (w płatnej strefie) tylko na terenie miasta Rzeszowa. Opłata abonamentowa w Sanoku nieuwzględniona w ofercie to 100 zł/miesiąc (Uchwała nr L/404/13 Rady Miasta Sanoka z dnia 24 października 2013 r.).

Zgodnie z pkt. 2.4 OPZ

Wykonawca powinien w cenie przedmiotowej pozycji uwzględnić abonament na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Rzeszowie i Sanoku.

W związku z powyższym oferta Wykonawcy jest w tym zakresie niezgodna z warunkami zamówienia. W związku z powyższym stawki wskazane przez Wykonawcę, a zakwestionowane przez Zamawiającego nie pokrywają kosztów danej pozycji, przez co cena oferty jest zbyt niska w stosunku do rzeczywistych kosztów, jakie powinny zostać w niej wycenione.

Ponadto, zgodnie z pkt 17.3 IDW każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt

wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia
w Formularzu cenowym.

Zamawiający zauważa, że Oferta Wykonawcy w związku z przyjęciem w poz. 1.1 i 1.4, 4.1, 4.4 Formularza cenowego stawek nieuwzględniających realnych kosztów wykonania usług w przyjętej jednostce czasu/ilości, zawiera błąd w obliczeniu ceny. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu."

Stanowisko Zamawiającego jest błędne.

Po pierwsze, Odwołujący II w wyjaśnieniach z dnia 18 grudnia 2023 r. wskazał wprost, że w cenę oferty zostały wliczone wszystkie koszty wykonania zamówienia, w tym koszty związane z zapewnieniem miejsc postojowych. Twierdzenia Zamawiającego są zatem całkowicie błędne i stojące w sprzeczności z wyjaśnieniami Odwołującego II składanymi w toku Postępowania. W wyjaśnieniach wskazano, że na potrzeby kalkulacji kosztów przyjęto koszt w wysokości 300 zł/miesiąc – kwota ta stanowi łączny koszt ponoszony w obu miastach (stanowi to sumę kosztów miesięcznego abonamentu z Miasta Sanok w wysokość 100 zł/miesiąc oraz 200 zł/miesiąc z Miasta Rzeszów).

Wysokości opłat wynikają z regulacji prawa miejscowego. Dla Miasta Sanok Zamawiający sam przywołuje Uchwałę nr L/404/13 Rady Miasta Sanoka z dnia 24 października 2023 r. Dla Miasta Rzeszów zgodnie z Uchwałą nr LXIX/1516/2022 z dnia 22 listopada 2023 r. opłata za abonament zwykły w podstrefie II – IV wynosi 200 zł/miesiąc.

Dodać należy, iż wycena zaproponowana przez Odwołującego II dla tych pozycji nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. W toku badania poszczególnych cen jednostkowych nie zwrócił się do Odwołującego II o jej wyjaśnienie.

W konsekwencji również i w powyższym zakresie odwołanie jest w pełni zasadne i powinno spotkać się z aprobatą Izby.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili: wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu.

W dniu 24 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku. Tego samego dnia również wykonawca ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu, zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe wraz z dowodami, które zawierało argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:

- wykonawcę Prokom Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1172/24;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eksametr spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1188/24;
- wykonawcę ZDI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1172/24 i KIO 1188/24.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Izba uznała, że obaj odwołujący posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z brzmieniem formularza cenowego stanowiącego Tom IV Instrukcji dla wykonawców (IDW) wykonawcy w poz 1 byli zobowiązani wycenić koszty administracyjne w następujący sposób:

1	Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia		
	(nie więcej niż 15% wartości wyliczonej w pozycji A niniejszego formularza)		
1.1	Biuro Konsultanta	miesiąc	45
1.2	Środki transportu Konsultanta	miesiąc	45
1.3	Biuro Zamawiającego	miesiąc	45
1.4	Środek transportu Zamawiającego	miesiąc	45
1.5	Personel biurowy	miesiąc	45
1.6	Personel pomocniczy	miesiąc	45

przy czym Pozycja A oznaczała łączną cenę netto za realizację zamówienia.

Ponadto tabela zawierała adnotację zgodnie z którą:

1. Dział obejmuje całość kosztów administracyjnych związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ.
2. Pozycja "Personel biurowy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta.
3. Pozycja "Personel pomocniczy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem wszelkich innych osób niezbędnych do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ.

Z kolei w pkt 4 Formularza cenowego przewidziano następujące zasady wyceny.

4	Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności		
4.1	Biuro Konsultanta (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.1)	miesiąc	15
4.2	Środki transportu Konsultanta (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.2)	miesiąc	15
4.3	Biuro Zamawiającego (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.3)	miesiąc	15
4.4	Środek transportu Zamawiającego (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4)	miesiąc	15
4.5	Personel biurowy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.5)	miesiąc	15
4.6	Personel pomocniczy (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.6)	miesiąc	15

Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 10 listopada 2023 r. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 7 940 615,55 zł brutto

W postępowaniu zostało złożonych 8 ofert. Trzy oferty z najniższymi cenami zostały złożone przez:

- Odwołujący II – cena oferty: 7 346 658,39 zł brutto (oferta z najniższą ceną);
- Odwołujący I – cena oferty: 7 867 695,00 brutto;
- Przystępującego ZDI sp. z o. o. z siedzibą w Zamościu – cen oferty: 8 885 827,50 zł brutto.

Zamawiający dnia 7 grudnia 2023 r., na podstawie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy, wezwał Odwołującego I oraz Odwołującego II do przedłożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów

w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych, mających ustalenia czy zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia

oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwraca się o przedłożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych. Wezwania odnosiły się do kalkulacji w zakresie kosztów administracyjnych, wskazanych w pkt 1 i 4 formularza cenowego.

Pismami z dnia 18 grudnia 2023 r. zarówno Odwołujący I jak i Odwołujący II udzielili Zamawiającemu wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oraz załączyli dowody na poparcie przedstawianych informacji.

W pismach z dnia 22 stycznia 2024 r. Zamawiający zwrócił się do obu Odwołujących o doprecyzowanie złożonych w pismach z dnia 18.12.2023 r. wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych. Odwołujący I oraz Odwołujący II, odpowiednio w pismach z dnia 24 stycznia 2024 r. oraz 25 stycznia 2024 r. przesłali Zamawiającemu dalsze wyjaśnienia w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty.

Dodatkowo w dniu 2 lutego 2024 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Odwołującego II

z wnioskiem o doprecyzowanie udzielonych uprzednio dwukrotnie wyjaśnień, co Odwołujący II uczynił w piśmie z dnia 7 lutego 2024 r.

W dniu 29 marca 2024 Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Zamawiający jako najkorzystniejszą uznał ofertę Przystępującego ZDI.

Wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający przekazał również informację o odrzuceniu oferty Odwołującego I oraz Odwołującego II. Podstawą odrzucenia obu ofert oferty były art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 oraz 10 ustawy Pzp. W informacji o wyborze oferty Zamawiający wskazał okoliczności, które uznał za uzasadniające podjętą decyzję.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*
- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

KIO 1172/24

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego wskazywanej przez Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego I z warunkami zamówienia polegającej na tym, że założenia przyjęte przez Wykonawcę na etapie kalkulacji oferty w zakresie wielkości Biura Konsultanta są niezgodne z OPZ, tj. pkt. 2.2.1, Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem Izby (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2023 r. KIO 3283/23), aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Przenosząc powyższe na okoliczności przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż wskazywane w uzasadnieniu wymogi oraz warunki zamówienia w zakresie wielkości Biura Konsultanta, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego I nie sposób uznać za jasno i jednoznacznie wynikające z warunków zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego stwierdził, że „z doświadczenia Zamawiającego nabytego w trakcie realizacji innych tego typu usług (te same postanowienia SWZ oraz podobna ilość pracowników) wynika, że Biuro Konsultanta powinno zajmować powierzchnię między 130 – 150 m²”. Wskazywane jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego I wymagania odnośnie powierzchni lokalu nie wynikają zatem z treści dokumentacji, w szczególności wskazywanego jako podstawa odrzucenia pkt. 2.2.1 OPZ, lecz z subiektywnej interpretacji zapisów

dokumentacji postępowania. Te zaś jak wskazywano wcześniej nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia.

Podstawy takiej nie może również stanowić przywoływane przez Zamawiającego zalecenia dotyczące organizacji biur zawarte w treści wpisu na blogu prowadzonym przez prywatny podmiot (zgodnie z którymi na 1 pracownika powinno przypadać między 6,5 a 7,5 m² przestrzeni biurowej dla biura typu „Open space” – zagęszczenie dopasowane). Zarówno wymóg odnośnie wymaganej powierzchni, jak również typu biura nie zostały przez Zamawiającego zawarte w dokumentacji postępowania. Zgodzić się zatem należy z Odwołującym I, iż oceny oferty tego wykonawcy Zamawiający dokonał w oparciu o wymogi określone w niewskazywanym w SWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu opracowaniu o charakterze publicystycznym. To zaś w żadnym wypadku nie może stanowić do stwierdzenia niezgodności oferty z warunkami zamówienia, a tym samym odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W dalszej kolejności należy wskazać, że jednoznacznego i bezpośredniego odzwierciedlenia w warunkach zamówienia nie znajduje również wymóg zapewnienia przez wykonawcę przestrzeni biurowej dla 20 pracowników przebywających w biurze. Jak wynika zarówno z treści uzasadnienia odrzucenia ofert Odwołującego I, jak również stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, parametr określający wymóg powierzchni biura konsultanta dla min. 20 stanowisk został ustalony w oparciu o treść wstępnego harmonogramu pracy personelu, złożonego przez Odwołującego I wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Podkreślenia przy tym wymaga, iż Odwołujący I w treści wyjaśnień podkreślał, że harmonogram ma charakter wstępny oraz że został skonstruowany w oderwaniu od rzeczywistego potencjalnego zapotrzebowania, które zostanie zdefiniowane w przypadku realizacji zamówienia. Zgodnie bowiem z zapisami §11 Umowy, Konsultant przekaze Kierownikowi Projektu pierwszy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) zawierający harmonogram płatności, określający planowaną liczbę osób Personelu Konsultanta wraz z określeniem ilości Dniówek lub Półdniówek dla każdej osoby Personelu Konsultanta oraz kosztów z tym związanych w każdym miesiącu świadczenia Usług w terminie do 7 dni od daty rozpoczęcia świadczenia Usług. HPPK określa planowaną liczbę Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usług przez Konsultanta w odniesieniu do Harmonogramu Wykonawcy Robót. Kierownik Projektu w ciągu 7 dni od przekazania przez Konsultanta HPPK jest uprawniony do zatwierdzenia HPPK bez uwag bądź do wprowadzenia w nim zmian lub do odmowy zatwierdzenia i zwrotu HPPK z uwagami celem ich wprowadzenia. Tym samym za naruszające postanowienia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy uznać działania Zamawiającego ustalające niezgodność oferty Odwołującego I w oparciu o ten wymóg oraz wszelkie wyliczenia dokonywane w oparciu o tak ustalony parametr, gdyż nie został on zawarty w dokumentacji postępowania.

Potwierdził się również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. Odrzucenie oferty Odwołującego I na tej podstawie Zamawiający uzasadniał twierdzeniem, iż w cenie ofertowej nie zostały uwzględnione koszty ogrzewania, wody, miejsc parkingowych, wywozu nieczystości, ubezpieczenie, i utrzymania czystości oraz zapewnienie ochrony oraz inne. Twierdzenie takie Zamawiający oparł na informacjach uzyskanych w wyniku skierowania zapytania do podmiotów, które oferowały lokale na wynajem w ramach ofert najmu przedłożonych przez Odwołującego I w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 18 grudnia 2024 r. Zasadnie podnosił w tym zakresie Odwołujący I, iż w treści wyjaśnień jednoznacznie wskazał, iż koszty te ujął w sporządzonej kalkulacji cenowej w ramach kosztu najmu lokalu. Z kolei złożone przykładowe oferty najmu lokali zostały przedstawione jak wynika z treści wyjaśnień z jedynie jako przykłady, by zobrazować, iż rząd wielkości potencjalnego kosztu najmu, który został oszacowany przez Odwołującego I nie ma charakteru rażąco niskiego (tj. że średnia cena najmu lokali biurowych w miejscowości Sanok oscyluje w granicach ok. 25zł/m²). Tym samym należy uznać, iż Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż wskazywane przez niego w uzasadnieniu odrzucenia koszty nie zostały uwzględnione w cenie ofertowej Odwołującego I.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny należy w pierwszej kolejności wskazać, iż zgodnie z orzecznictwem Izby oraz sądów zasadą jest badanie ceny całkowitej oferty pod kątem możliwości jej rażącego zaniżenia. W wyroku z dnia 4 stycznia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 147/22, XXII Zs 148/22 Sąd Okręgowy w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych wskazał, że *„Niewątpliwie cena rażąco niska odnosi się do całego świadczenia tj. przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo jak i doktryna wskazują także, że o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy element świadczenia ceny jest oderwany od realnych cen rynkowych. Jeśli wielkość taka zostaje następnie*

skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę. (...)".

Tym samym rażąco niska wycena pojedynczych elementów przedmiotu zamówienia może uzasadniać odrzucenie oferty jedynie w sytuacji, gdy dotyczy elementów istotnych, wpływających na możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia jako całości. Przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp należy bowiem interpretować z uwzględnieniem treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w świetle którego wątpliwości co do realności części składowych ceny uzasadniają wezwanie do wyjaśnień w sytuacji, gdy części te mają charakter istotny. Skoro ustawodawca zdecydował się objąć obowiązkiem wyjaśnień tylko takie części składowe ceny, które są istotne, to nie ma wątpliwości, że elementy o charakterze nieistotnym nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Ustawa Pzp nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego I nie przedstawił żadnego uzasadnienia na okoliczność istotności kwestionowanych elementów składowych ceny ofertowej. Tymczasem zarówno wartość podnoszonych elementów jak również ich merytoryczne znaczenie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, w którym zasadniczym elementem jest koszt personelu wykonującego usługi nie przesądza o jego istotności. Należy podkreślić, o istotnym charakterze kosztu biura Konsultanta nie może świadczyć okoliczność, że Zamawiający objął te elementy zakresem zamówienia i wymagał ich wyceny w ofercie. Przyjęcie takiego założenia prowadziłoby do nieracjonalnego wniosku, że każdy element przedmiotu zamówienia, którego realizacji Zamawiający wymaga, ma z definicji charakter istotny.

Za zasadnością uznania ceny za rażąco niską nie może również zostać uznane stwierdzenie, iż cena oferty jest zbyt niska w stosunku do rzeczywistych kosztów, jakie powinny zostać w niej wycenione, zaś zaoferowane stawki nie uwzględniają realnych kosztów wykonania usługi.

Jedynym argumentem mającym potwierdzać słuszność tych tez była kalkulacja własna Zamawiającego oraz weryfikacja przedstawionych przykładowo, niestanowiących elementu oferty złożonej przez Odwołującego I ofert najmu. Zamawiający nie wykazał też, aby przyjęte przez Odwołującego I założenia były czy to niedopuszczalne w świetle prawa, czy to niemożliwe do uzyskania. Podkreślić należy,

iż każdy z wykonawców dokonuje wyliczeń na podstawie stosowanej przez siebie polityki czy też założeń z uwzględnieniem pozycji każdego z wykonawców na odpowiednim rynku jak również na relacjach handlowych czy nawet specyfice organizacji pracy. W tej sytuacji o nierynkowym charakterze zaoferowanej ceny nie może świadczyć wyłącznie odmienna kalkulacja kosztów najmu lokalu dokonana przez Zamawiającego na podstawie przyjętych przez niego założeń.

KIO 1188/24

Izba w całości podtrzymuje w ramach niniejszej sprawy ogólne rozważania przedstawione uprzednio w sprawie o sygn. KIO 1172/24.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego wskazywanej przez Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego II z warunkami zamówienia polegającej na tym, że w kalkulacji nie uwzględniono takich kosztów stałych jak coroczny podatek od nieruchomości, czy obciążenia w postaci kosztów amortyzacji budynku, Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny. Zgodzić się należy

z Odwołującym II, iż Zamawiający dokonując oceny pominął złożone przez Odwołującego II wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny w zakresie odnoszącym się do kwestionowanych elementów.

W szczególności Zamawiający pominął kwestię uwzględnienia kosztów (jak również zysków) związanych z nabyciem nieruchomości w ramach równoległego przedsięwzięcia finansowego polegające

na inwestycji w nieruchomości, które to z kolei zawarto w kategorii kosztów ogólnych. Z kolei

w odniesieniu do kosztów amortyzacji należy wskazać, iż amortyzacja jest instytucją określoną

w przepisach o rachunkowości oraz podatkowych. Jej zastosowanie, skala oraz dopuszczalność uzależniona jest licznymi warunkami, okolicznościami i właściwościami tak związanymi z przedmiotem amortyzacji, jak również podmiotu stosującego odpisy amortyzacyjne oraz prowadzonej przez niego księgowości i ewentualnych działań optymalizujących

zobowiązania podatkowe. Zgodzić się tym samym należy z Odwołującym II, iż amortyzacja jest prawem nie zaś obowiązkiem podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Tym samym uznanie przez Zamawiającego kosztów amortyzacji za element kosztotwórczy, który obligatoryjnie należało uwzględnić w ramach kalkulacji ceny ofertowej w przedmiotowym postępowaniu, a którego brak miałby skutkować odrzuceniem oferty, należy uznać za nieuprawnione i niewynikające z dokumentów zamówienia, a zarzut w tym zakresie za zasługujący na uwzględnienie.

Za zasadny uznała również Izba zarzut odnoszący się do rzekomo niewystarczającej kwoty skalkulowanej przez Odwołującego II w wysokości 200 zł tytułem kosztów za media (prąd, woda ścieki, ogrzewanie). Swoją decyzję w tym zakresie Zamawiający oparł na przeprowadzonej przez siebie kalkulacji obejmującej ilość koniecznej do zapewnienia wody do picia i celów higienicznych w świetle wymogów Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 roku w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy. Jak słusznie wskazał Odwołujący II, kalkulacja ta opiera się na błędnym założeniu, iż ilość zużytej wody odpowiada ilości wody która powinna być zapewniona do lokalu biura konsultanta. Tymczasem są to dwie odmienne wartości, zaś rozliczenie za zużycie wody następuje na podstawie rzeczywistego jej zużycia i nie jest równe ilości wody zapewnianej. Ponadto w ocenie Izby nieuprawnione było uznanie przez Zamawiającego Dniówek Ekspertów, o których mowa w pkt 2.1 i 2.2 Formularza Cenowego za pojęcie równoważne zatrudnieniu pracownika w rozumieniu § 13 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia. Przywoływany przepis rozporządzenia wskazuje ilość wody do celów higienicznych przypadającą dziennie na każdego pracownika jednocześnie zatrudnionego. Z kolei w świetle treści § 1 Projektowanych Postanowień Umowy (dalej „PPU”) *Dniówka rozumiana jest jako jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie 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.* Jednocześnie w § 13 ust. 4 PPU Zamawiający wymagał, 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 Nieuprawnione jest zatem traktowanie przez Zamawiającego tych dwóch pojęć wymiennie jako równoznacznych, a w następstwie wyciąganie wobec wykonawcy konsekwencji wynikających z takiej równoznaczności, która nie wynika zarówno z przepisów, jak również zapisów dokumentacji postępowania. W świetle powyższego zgodzić się należy z Odwołującym II, iż Zamawiający w bezpodstawnym sposób utożsamia czas pracy personelu z czasem przepracowanym w biurze. W konsekwencji kalkulację, na której Zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego II należy uznać za sporządzoną w oparciu o wymagania nieokreślone w dokumentacji postępowania, co skutkuje zasadnością postawionego zarzutu w tym zakresie.

Za zasługujący na uwzględnienie uznała Izba również zarzut dotyczący błędnego – w ocenie Zamawiającego – oszacowania w kosztach ogólnych poz. 1.1 FC opłaty za subskrypcje programu AutoCAD dla trzech stanowisk komputerowych. Dokonaną ocenę Zamawiający oparł na okoliczności, iż Odwołujący II w wyjaśnieniach z dnia 18.12.2023 r. poinformował, że zamierza wyposażyć biuro w trzy komputery, zaś te m.in. w oprogramowanie o nazwie handlowej AutoCAD. Okoliczności te nie znajdują oparcia w treści złożonych przez niego wyjaśnień. W wyjaśnieniach z dnia 18 grudnia 2023 r. Odwołujący II wskazał, że komputery zapewnione na potrzeby realizacji zamówienia wyposażone będą m. in. w oprogramowanie typu AUTOCAD zapewniające obsługiwanie plików typu *.dwg, *.dgn, *.dxf, *.shp, *.sgn. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący II nie zadeklarował zastosowania konkretnego oprogramowania. Kwestia ta została dodatkowo poszerzona w treści wyjaśnień z dnia 7 lutego 2024 r., w których Odwołujący II wskazał, że program AUTOCAD to najpopularniejszy program do obsługi plików w formacie *.dwg, stąd użycie w wyjaśnieniach konkretnej nazwy handlowej oraz że programy te są udostępnione bezpłatnie za pomocą aplikacji Autodesk AUTOCAD Web lub innych, np.: Autodesk TRUEVIEW lub Autodesk VIEWEF. W dalszej części Odwołujący II wskazał, że dodatkowo korzysta z płatnych subskrypcji w kwocie 56 zł/subskrypcję/miesiąc programu Autodesk AUTOCAD Web umożliwiających tworzenie rysunków oraz pozostałą edycję plików, jednak w ramach niniejszej usługi (która nie obejmuje projektowania) może być wykorzystywana incydentalnie. Stwierdzić tym samym należy, iż Zamawiający dokonując oceny oferty i wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie oparł się na okolicznościach, które nie wynikają z treści wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego II, bądź też ich błędnym odczytaniu. Ponadto jak słusznie podnosił Odwołujący II sam Zamawiający w żadnym postanowieniu SWZ nie wymagał, aby wykonawca dysponował konkretnymi programami do obsługi plików *.dwg, a w szczególności o zaawansowanych możliwościach tworzenia rysunków, nie wskazał również liczby subskrypcji, jaką musi posiadać wykonawca. Tym samym zarzut w tym zakresie zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał również zarzut odnoszący się do niezgodności oferty Odwołującego II

z warunkami zamówienia. Zamawiający wskazywał, iż rzeczona niezgodność polega na nieuwzględnieniu rezerwy na opłatę abonamentową za postój w płatnej strefie parkowania w mieście Sanoku, której to opłaty Zamawiający jednoznacznie wymagał w treści pkt 2.4 OPZ. Zgodnie z tym zapisem *Wymagane jest aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyczonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przechowywania opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy w miesiącu (dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), sprzątania wnętrza samochodu raz w miesiącu, abonament na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Rzeszowie, Sanoku.* Z kolei w ocenie Zamawiającego Odwołujący II w wyjaśnieniach z dnia 18 grudnia 2023 r. jednoznacznie oświadczył, że na etapie kalkulacji oferty przewidział rezerwę na opłatę abonamentową za parkowanie (w płatnej strefie) tylko na terenie miasta Rzeszowa. Jak wskazano uprzednio zgodnie z orzecznictwem Izby za *niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2023 r.

KIO 3283/23). Wyjaśnienia Odwołującego II w zakresie opłaty abonamentowej za postój w płatnej strefie parkowania z dnia 18 grudnia 2023 r. obejmują następujące informacje: wskazanie kosztu opłaty za strefę parkingową w zestawieniach tabelarycznych dla środka transportu Zamawiającego w wysokości 300 zł oraz oświadczenie że w kalkulacji uwzględniono również koszty opłaty abonamentowej w płatnej strefie miasta Rzeszowa.

W świetle powyższego nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że tak przedstawione w wyjaśnieniach informacje w sposób jednoznaczny wskazują na uwzględnienie opłaty abonamentowej tylko na terenie miasta Rzeszowa. Stwierdzenie takie nie wynika wbrew twierdzeniom Zamawiającego wprost z treści wyjaśnień – przeciwnie użyto sformułowania „również” a nie jak wskazuje Zamawiający „tylko”. Ponadto nie sposób jednoznacznie uznać, iż kwota 300 zł obejmuje wyłącznie opłatę abonamentową w płatnej strefie parkowania w mieście Rzeszów, nie zaś jak twierdzi Odwołujący II, iż stanowi to sumę kosztów miesięcznego abonamentu z Miasta Sanok w wysokość 100 zł/miesiąc oraz 200 zł/miesiąc z Miasta Rzeszów. Odwołujący II w tym zakresie przywołuje wysokości opłat wynikające z Uchwały nr L/404/13 Rady Miasta Sanoka z dnia 24 października 2023 r. – 100 zł/miesiąc oraz Uchwały Rady Miasta Rzeszów nr LXIX/1516/2022 z dnia 22 listopada 2022 r. – opłata za abonament zwykły w podstrefie II – IV wynosi 200 zł/miesiąc. Z kolei Zamawiający na poparcie swojego stanowiska w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, iż opłaty za abonament zwykły w podstrefie I „niebieskiej” zgodnie z przywołaną w odwołaniu Uchwałą wynosi 300 zł. Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż wymagania odnośnie opłacenia abonamentu dla określonej strefy na terenie Miasta Rzeszowa nie zostały przez Zamawiającego postawione w dokumentacji postępowania.

Tym samym w świetle tak przedstawionych wyjaśnień nie można w sposób jednoznaczny ustalić niezgodności oferty Odwołującego II w tym obszarze z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia.

Mając na względzie powyższe Izba uznała zarzut na zasługujący na uwzględnienie.

W świetle powyższych rozważań potwierdziły się zatem wskazane w odwołaniu zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 10 ustawy Pzp. Nie potwierdziło się bowiem występowanie w ofercie Odwołującego II niezgodności z warunkami zamówienia, jak również pominięcia wskazywanych jako podstawa odrzucenia oferty czynników kosztotwórczych. Spór w tym ostatnim zakresie – jak słusznie wskazywał Odwołujący II – odnosił się do wysokości poszczególnych elementów kosztotwórczych, nie zaś ich braku w wycenie. To zaś podlega ocenie na podstawie przesłanek określonych w art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp stanowiących podstawę do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę. W odniesieniu do zarzutu odnoszącego się do tej regulacji Izba uznała, że był on uzasadniony. Izba w całości podtrzymuje rozważania odnoszące się do kwestii istotności elementu kosztotwórczego, w szczególności że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. W przedmiotowym stanie faktycznym podnoszone elementy kosztotwórcze, które zostały rzekomo wycenione w sposób zaniżony (obciążenia fiskalne, koszt mediów, licencji czy opłaty parkingowej) nie mają w ocenie Izby merytorycznego znaczenia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, jak również wartość podnoszonego zaniżenia wartości należy ocenić jako marginalny w odniesieniu do całości świadczenia.

W związku z powyższym Izba uznała, że oba odwołania podlegały uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Ponadto Izba wskazała, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 1172/24 i KIO 1188/24, był art. 556 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisów od obu odwołań i koszt wynagrodzenia pełnomocników obu odwołujących.