

## WYROK

Warszawa, dnia 03 lutego 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2024 r. przez wykonawcę CONE AMGspółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Zasobnej 49 lok. 9 (04-862 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Siedmiogrodzkiej 20 (01-232 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Databout spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. nr 7 (02-366 Warszawa)

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę CONE AMGspółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CONE AMG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę CONE AMGspółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4996/24

## Uzasadnienie

Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwana dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „ Opracowanie Dokumentacji dla przedsięwzięcia „Przebudowa trasy tramwajowej w al. J. Waszyngtona w Warszawie” wraz ze wsparciem technicznym i pełnieniem nadzoru autorskiego”, nr postępowania DWZ/034/2024, (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 sierpnia 2024 r. pod numerem 506097-2024.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawą Pzp”).

W dniu 30 grudnia 2024 r. wykonawca CONE AMGspółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. ocenie ofert, w tym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Databout sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Wykonawca Databout” lub „Databout”),
2. zaniechaniu odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę Databout jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia,
3. zaniechaniu odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę Databout jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz koszt.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 218 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień Databout złożonych przez tego wykonawcę i w konsekwencji zaniechaniu odrzuceniu oferty Databout jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień Databout złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 224 ustawy Pzp i w konsekwencji zaniechaniu

odrzućenia oferty Databout jako zawierającej rażąco niską cenę oraz koszt.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty Databout jako najkorzystniejszej,
- 2.przeprowadzenie ponownej oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez Databout jako zawierającej rażąco niską cenę oraz koszt,
- 3.dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 4.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków;

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu przedmiotowego odwołania, ponieważ oferta Odwołujący jest drugą najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, po ofercie Databout. W ocenie Odwołującego, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona. W tej sytuacji ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu SWZ i przepisów prawa byłaby oferta Odwołującego. Nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego spowoduje poniesienie przez Odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi szkodę Odwołującego uzasadniającą złożenie przedmiotowego odwołania

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dla podniesionych zarzutów.

W dniu 03 stycznia 2025 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Databout spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Przystępującym”).

W dniu 23 stycznia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu.

W dniu 27 stycznia 2025 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym również wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając argumentację na poparcie swoich wniosków.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy Databout spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Databout spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie z załącznikami oraz pisma procesowego złożonego przez Przystępującego. Izba postanowiła również, dopuścić:

- dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie;
- dowód złożony przez Zamawiającego na posiedzeniu;
- dowody złożone przez Przystępującego na posiedzeniu.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji dla przedsięwzięcia „Przebudowa trasy tramwajowej w al. J. Waszyngtona w Warszawie” wraz ze wsparciem technicznym i pełnieniem nadzoru autorskiego”.

Zamawiający w Rozdziale III SWZ, stanowiącym projektowane postanowienia umowy w § 16 określił warunki dotyczące ubezpieczenia, wskazując w ust. 1 i ust. 2 pkt 1, że:

„1. Wykonawca zawrze i zobowiązuje się zapewnić ciągłość umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania prac lub usług projektowych oraz prac lub usług im towarzyszących wykonywanych w związku z realizacją

Umowy, a także odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania zawodu w związku z realizacją Umowy. Ubezpieczenie musi obejmować wszelkie prace lub usługi projektowe wykonywane w związku z realizacją Umowy (w tym wynikające z zakresu prawa opcji w przypadku, gdy Zamawiający z niego skorzysta) oraz prace lub usługi im towarzyszące (w tym np. w zakresie geodezji, geologii, geotechniki). Dokumenty (polisy) potwierdzające zawarcie umowy ubezpieczenia (kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę) wraz z dowodami opłacenia należnych składek Wykonawca przekaże Zamawiającemu w terminie do 14 dni od dnia podpisania umowy z zastrzeżeniem, że ich ostateczna treść zostanie uzgodniona z Zamawiającym.”

2. Umowa ubezpieczenia, o której mowa w ust. 1 powyżej, musi spełniać wszystkie niżej opisane warunki:

1) Umowa ubezpieczenia będzie obejmowała ochroną wyłącznie ryzyka wynikające z realizacji Umowy (tzw. ubezpieczenie OC dedykowane pod umowę) (...).”

W postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący. Zamawiający pismem z dnia 09 października 2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, do: „udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Zaferowana cena całkowita tj. 3 610 050,00 zł stanowi:

1) 38,05% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (jest niższa o 61,95%) oraz

2) 47,76% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (jest niższa o 52,24%)

i wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania Przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.”

W odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie, Przystępujący w dniu 16 października 2024 r. udzielił wyjaśnień. Następnie pismem z dnia 30 października 2024 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 i 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do doprecyzowania złożonych wyjaśnień w wskazanych przez Zamawiającego zakresach. Przystępujący w dniu 06 listopada 2024 r. złożył dodatkowe wyjaśnienia.

W dniu 18 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę złożoną przez przystępującego. Odwołujący z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się, składając odwołanie.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w pkt 2.1 *petitum* odwołania należy wskazać, mając na uwadze treść art. 218 ust. 2, że Zamawiający dokonując badania oferty w pierwszej kolejności obowiązany był ustalić, czy oferta złożona przez Przystępującego jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący w swojej argumentacji podnosił, że Przystępujący w wyniku udzielonej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 października 2024 r., jego zdaniem potwierdził, że oferta Przystępującego nie obejmuje polisy OC dedykowanej pod umowę co stanowi o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia określonymi w par 16 ust. 2 pkt 1. postanowień umowy, a także że koszt takiej dedykowanej polisy nie został przez Przystępującego uwzględniony w kalkulacji ceny ofertowej.

Przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający w pismem z dnia 30 października 2024 r. wezwał do wyjaśnienia Przystępującego czy zamierza „skorzystać z aktualnej (odnowionej) polisy zawodowej i OC czy też wskazane w wyjaśnieniach koszty ubezpieczenia dotyczą odrębnej umowy ubezpieczenia dedykowanego pod umowę w przedmiotowym postępowaniu”. Przystępujący wskazał, że skorzysta „z aktualnej (odnowionej) polisy zawodowej i OC – Polisa spełnia wymagania wskazane w SWZ.” Dodatkowo co istotne, Zamawiający regulując wymagania dotyczące ubezpieczenia wskazał, iż dokumenty (polisy) potwierdzające zawarcie umowy ubezpieczenia wykonawca przekaże Zamawiającemu w terminie do 14 dni od dnia podpisania umowy z zastrzeżeniem, że ich ostateczna treść zostanie uzgodniona z Zamawiającym, a więc dopiero na tym etapie Zamawiający będzie oceniał zaferowane przez wykonawcę ubezpieczenie pod kątem spełnienia wszystkich wymagań wskazanych przez Zamawiającego.

Izba doszła do przekonania iż Odwołujący nie przedstawił, dowodu który mogły ostatecznie przesądzić, a ciężar udowodnienia faktu spoczywał na Odwołującym, który z faktu tego wywodzi skutki prawne, iż w ramach posiadanej polisy OC Przystępując nie będzie w stanie wypełnić zobowiązania przyszłego, które tak naprawdę zmaterializuje się dopiero zgodnie z wymaganiami Zamawiającego po podpisaniu umowy i czy też tak przedstawione ubezpieczenie będzie odpowiadało wymaganiom Zamawiającego, które ocenę przeprowadzi on dopiero po zawarciu umowy w postępowaniu. Odwołujący nie udowodnił również, że koszt takiej polisy nie został przez Przystępującego uwzględniony w ofercie

cenowej.

Przedstawiona przez Odwołującego opinia brokera ubezpieczeniowego z dnia 17 grudnia 2024 r. stanowi porównanie zawartych wymagań Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umownych do przedawnionej przez Przystępującego polisy OC. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację Przystępującego, iż takie porównanie na obecnym etapie niczego nie dowodzi, ponieważ Zamawiający wymagał konkretnych warunków ubezpieczenia dopiero od wykonawcy, z którym zawrze umowę. Dodatkowo Przystępujący przedstawił jako dowód pismo z dnia 21 stycznia 2025 r. od brokera ubezpieczeniowego, z którego wynika, iż istnieje możliwość rozszerzenia polisy OC Przystępującego poprzez aneks obejmujący swoim zakresem ryzyka wynikające z realizacji umowy dotyczącej postępowania będącego przedmiotem niniejszej sprawy. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 86/22, w którym Sąd w szczególności podniósł, że: „(...) zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym. Co prawda w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest odpowiednika art. 6 k.c., który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (...)”.

Izba postanowiła uznać dowody nr 1 i nr 2 przedstawione przez Odwołującego na rozprawie za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ na ich podstawie w żaden sposób nie można wykazać, iż oferta Przystępującego jest w tym zakresie niezgodna z SWZ.

Dlatego też uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż zarzut wskazany przez Odwołującego nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w pkt 2.2 *petitum* odwołania, Izba uznała zarzut ten za niezasadny stwierdzając przy tym, że kluczowe znaczenie dla jego rozpoznania miały cztery dokumenty: wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia Przystępującego wraz z załącznikami, wezwanie do dodatkowych wyjaśnień i złożone dodatkowe wyjaśnienia przez Przystępującego.

Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji rażąco niskiej ceny opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i obszernego przytoczenia tej tematyki w pismach Stron, jednakże podkreślenia wymaga, że w zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych, a ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień.

Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp w sposób jednoznaczny wskazuje, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące oraz spójne, uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej przez niego wyceny. Wyjaśnienia powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą dla danej branży. Ponadto wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień powinien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Skład orzekający wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych (tak wyrok KIO z dnia 7 marca 2023 r. sygn. akt KIO 442/23)

Podkreślenia wymaga także, że w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Weryfikacji podlega zatem sama czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie, złożonej przez wykonawcę oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Dostrzeżenia wymaga, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Przystępującego z dnia 16 października 2024 r. przedstawiały wystarczające wyliczenia ceny oferty wraz z dowodami potwierdzającymi uwzględnienie w cenie oferty pełnego zakresu zamówienia oraz kosztów związanych z opracowaniem dokumentacji. Skład orzekający zwrócił uwagę, że Zamawiający w sposób szczegółowy i konkretny wymagał złożenia wyjaśnień w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie m.in. wyjaśnienia

istotnych z punktu widzenia wysokości ceny oferty czynników cenotwórczych, poprzez wypełnienie Tabeli kosztowej (stanowiącej załącznik do wezwania), zawierającej szczegółowy podział oferty na etapy wynikające z SWZ, czy wyszczególnienia zakładanych kosztów i przypisania do właściwego etapu najistotniejszych z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia zadań, które następnie Zamawiający wymienił. W złożonych w dniu 16 października 2024 r. wyjaśnieniach, Przystępujący odniósł się do wszystkich aspektów podniesionych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień, a także powołał się na wypracowaną metodologię, która pozwoliła mu w znaczący sposób obniżyć nakłady pracy, a tym samym jej koszty. Przystępujący przedstawił składające się na cenę ofertową m.in. koszty personelu, koszty związane z podwykonawcami, z których Przystępujący zamierza skorzystać, koszty materiałów, wyjazdów, koszty związane z wynajmem biura oraz przewidywaną rezerwę i zysk. W wyjaśnieniach Przystępującego można było wyodrębnić następujące czynniki decydujące o wysokości ceny, które obejmowały:

- wieloletnie i kompleksowe doświadczenie w skutecznej realizacji podobnych projektów, w tym projektów realizowanych na rzecz Zamawiającego, własny zespół ekspertów, który przekłada się na jakość i czas poświęcony na przygotowanie dokumentów i realizację projektów o charakterze podobnym do przedmiotowego postępowania;
- powołanie się na biura, które są aktualnie wynajmowane przez Przystępującego, a personel wykonawcy, który będzie przypisany do realizacji umowy pracuje w tych biurach na co dzień;
- co najistotniejsze Przystępujący przedstawił koszty personelu wraz z przyjętymi stawkami i ich zaangażowaniem w projekt w załączniku, którego wymagał Zamawiający;
- środki dowodowe: kopie przykładowych umów o pracę dla projektanta, asystenta, umowy najmu lokali biurowych, oferty od podwykonawców, które Przystępujący uwzględnił kalkulując cenę, w zakresie dokumentacji geologicznej, analizy układu zasilania geodezji, inwentaryzacji uzbrojenia georadarem, ekspertyzy drgań dla doboru wibroizolacji oraz w zakresie zieleni.

Dodatkowo Zamawiający w piśmie z dnia 30 października 2024 r. wskazując, iż w nawiązaniu do wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty, wezwał Przystępującego do doprecyzowania wyjaśnień przywołując konkretne zakresy. Przystępujący w piśmie z dnia 06 listopada 2024 r. udzielił szczegółowej odpowiedzi odnosząc się do wskazanych przez Zamawiającego zakresów. Tym samym w ocenie składu orzekającego, na podstawie powyższego nie można było stwierdzić, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były wadliwe lub niewystarczające, czy wskazywały na niedoszacowanie kosztów w zakresie personelu, ekspertyzy technicznej dotyczącej wibroizolacji torowiska, w zakresie branży geodezyjnej, w zakresie branży energetyki trakcyjnej czy w zakresie branży zieleni.

W dalszej części Izba bardziej szczegółowo odniosła się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w uzasadnieniu dotyczącej :

- braku wystarczających wyjaśnień w zakresie niedoszacowania kosztów i czasu zaangażowania personelu. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż przedmiot zamówienia należy do tzw: „usług miękkich”, w których największym czynnikiem cenotwórczym jest czynnik ludzki. Jest to praca osób realizujących takie usługi, uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Oznacza to, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę w pierwszej kolejności koszty pracy osób je wykonujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą się znacząco różnić u poszczególnych wykonawców. Ten rodzaj kosztów nie da się w sposób jednoznaczny i klarowny zweryfikować poza kosztami minimalnego wynagrodzenia, a taka okoliczność w rozstrzyganej sprawie nie wystąpiła. Przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba świadcząca tą pracę, ponieważ to ta osoba najlepiej wie, jak wycenić pracę, którą świadczy. Wartość wynagrodzenia za realizację tego typu usług nie zawsze więc musi stanowić miarodajną podstawę do stwierdzenia, że cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (tak: wyrok KIO z dnia 25 października 2024 r., KIO sygn. akt 3367/24).

Podkreślenia wymaga, że Przystępujący przedstawił szczegółowo koszty jakie poniesie dla projektantów i ekspertów, jak również dla personelu pomocniczego i biurowego. Przede wszystkim Przystępujący zobowiązany był w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wypełnić szczegółową tabelkę, w której miał wskazać zaangażowanie danych osób w poszczególnych branżach na wskazanych etapach realizacji umowy. Izba na podstawie zebranego materiału dowodowego doszła do przekonania, iż Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia stwierdzając, iż tak wypełniona tabela pozwoli Przystępującemu na realizację zamówienia. Nie można tracić z pola widzenia tego co zauważył również Zamawiający, iż wykonawca dokonując tego rodzaju szacunków przy kalkulacji oferty bardzo często opiera się na własnych doświadczeniach z realizacji z innych umów tego rodzaju. Dlatego też, szacunek wykonawcy bogatszego w takie doświadczenie i uwzględniający swoje możliwości, będzie odmienny względem innego wykonawcy. Zatem może być korzystniejszy przy ofertowaniu w innym przetargu, ale nie oznacza to tym samym, iż jego cena w takim przypadku będzie ceną rażąco niską. Argumentacja Odwołującego w zakresie postawionych zarzutów sprowadzała się tak naprawę do przedstawienia swoich wyliczeń, założeń i szacunków w zakresie zaangażowania personelu, jednakże Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu pozwalającego Izbie uznać, iż szacunki złożone przez Przystępującego są nieprawidłowe, czy wskazując na nieoszacowanie kosztów personelu czy niedoszacowanie czasu jego zaangażowania;

- braku wystarczających wyjaśnień oraz niedoszacowania kosztów w zakresie ekspertyzy technicznej dotyczącej wibroizolacji torowiska. Przystępujący w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawił ofertę Politechniki Krakowskiej, która zawierała szczegółowy zakres prac, w tym określenie strefy wpływów dynamicznych oraz wybór trzech budynków reprezentatywnych z odcinka projektowanej trasy linii tramwajowej zaakceptowanych przez Zamawiającego. Izba przychyliła się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, iż argumentacja Odwołującego ponownie sprowadzała się do wskazywania swoich założeń, które uwzględnił Odwołujący przy wycenie własnej oferty. Odwołujący przedstawił na rozprawie jako dowód korespondencje z Politechniką Krakowską argumentując, że podmiot ten wskazał, iż w zakresie doboru ilościowego budynków dla dokładniejszej analizy dynamicznej i doboru mat powinna być przejęta większa liczba budynków reprezentatywnych tj. minimum 5, z uwagi na długość remontowanego odcinka torowiska tramwajowego. Jednakże Politechnika Karkowska również wskazuje, iż przyjęcie trzech budynków reprezentantach pozwala zrealizować cel jakiego ma służyć opracowanie ekspertyzy technicznej dotyczącej wibroizolacji torowiska. Dlatego też, dowód ten nie potwierdza argumentacji Odwołującego na potwierdzenie, której został przedstawiony. Stanowiska Izby w tym zakresie, nie zmienił również dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie w postaci opinii w sprawie zakresu i cen analizy wibroizolacyjnej torowiska tramwajowego oferowanych w ramach postępowania przetargowego na (...) z dnia 28 stycznia 2024 r. Dowód ten zawierał konkluzję, że według autora opinii oferowany zakres ilościowy badanych budynków i zastosowanie właściwych rozwiązań wibroizolacji, dokonany z uwzględnieniem ich stanu technicznego i okresu eksploatacji oraz ustalonego dla wielu z nich statusu budynków zabytkowych jest za mały (tj. niewłaściwy) w ofercie Przystępującego, a jako właściwą można uznać liczbę i koszt planowanych do zbadania co najmniej 5 budynków. Również i ten dowód nie potwierdził twierdzeń na poparcie, których został przedstawiony. Po pierwsze Izba potraktowała ten dowód jako rozszerzenie argumentacji Odwołującego, a nie jako dowód z opinii biegłego. Po drugie i z tego dowodu nie wynika, iż oferta Politechniki Krakowskiej, przedstawiona przez Przystępującego nie pozwoli zrealizować celu jakiego ma służyć ekspertyza.

Reasumując Izba stwierdziła, iż Przystępujący złożył wystarczające wyjaśnienia w zakresie ekspertyzy technicznej dotyczącej wibroizolacji torowiska, a Odwołujący nie dostarczył dowodów, które mogły wskazywać inaczej, jak również dowodów, które by potwierdzały, że Przystępujący nie doszacował kosztów w zakresie tejże ekspertyzy.

- braku wystarczających wyjaśnień oraz niedoszacowania kosztów w zakresie branży geodezyjnej. Izba doszła do przekonania, iż w tym przypadku również Zamawiający ocenił wyjaśnienia Przystępującego dotyczące rażąco niskiej ceny prawidłowo. Przystępujący do wyjaśnień dołączył ofertę podwykonawcy w zakresie badań geodezyjnych, w tym geodetekcję na kwotę 120 000, 00 zł netto i ofertę podwykonawcy w zakresie mapy do celów projektowych oraz numerycznego modelu terenu z drona za kwotę 40 000,00 zł netto. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, po przytoczeniu postanowień SWZ i powyższych ofert podwykonawców wskazał, co rzekomo jego zdaniem Przystępujący nie ujął w ofercie, jednakże nie przedstawiając żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Również dowody dostarczone na rozprawie nie potwierdzają argumentacji Odwołującego. Oferta wskazana przez Odwołującego na zadania branży geodezyjnej z dnia 16 września 2024 r. może przesądzać jedynie tylko o możliwej do uzyskania wysokości stawek za poszczególne asortymenty prac w niej wskazanych. Zdaniem Izby świadczą one tylko o tym, że Odwołujący jest w stanie uzyskać takie ceny za całą geodezję jakie wskazane są w ofercie. Powyższe nie przesądza jednak o tym, że nie można uzyskać cen niższych, a w szczególności nie wykazuje, że Przystępujący nie mógł właśnie takich korzystniejszych cen uzyskać. Każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty w oparciu o swoje, indywidualne założenia, niejednokrotnie odmienne od konkurentów, które mogą się różnić w zależności od okoliczności. Tym bardziej na tej podstawie nie można stwierdzić, że oferta Przystępującego zawiera niedoszacowanie kosztów czy jest rażąco niska w zakresie branży geodezyjnej;

- braku wystarczających wyjaśnień oraz niedoszacowania kosztów w zakresie energetyki trakcyjnej. Izba również doszła do przekonania, iż wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny przedstawione przez Przystępującego zostały przez Zamawiającego ocenione poprawnie. Są one spójne i logiczne. Zamawiający w odniesieniu do podstacji trakcyjnych w wezwaniu do doprecyzowania wyjaśnień z dnia 30 października 2024 r. wskazał, że: „zgodnie z punktem 7.2 ST.30.10.00, stanowiącej załącznik do rozdziału II SWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca opracował analizę zasilania i na jej podstawie określił zakres koniecznej przebudowy podstacji trakcyjnych; w wyjaśnieniach w wycenie tylko koszty analizy zasilania bez uwzględnienia projektów przebudowy podstacji trakcyjnych (mimo wykazania kosztów tych opracowań w ofercie podwykonawcy) – mając powyższe na uwadze Zamawiający wzywa do wyjaśnienia przyczyn nieuwzględnienia ww. zakresu prac w kalkulacji”. Przystępujący w dniu 06 listopada 2024 r. udzielił odpowiedzi: „Jak słusznie zauważył Zamawiający, zgodnie z zapisami SWZ dopiero po wykonaniu analizy zasilania będzie wiadomo czy jakiegokolwiek zakres prac w podstacjach będzie konieczny do wykonania. Dlatego też nie uwzględniliśmy w wycenie wprost oferty podwykonawcy, gdyż kwota obejmowała hipotetyczny, niemożliwy do określenia na etapie oferty zakres prac, który

naszym zdaniem nie będzie konieczny do wykonania – żaden zapis SWZ nie wskazuje takiej potrzeby a jedynie ewentualne ryzyko. Oferta podwykonawcy była niezbędna do skalkulowania tego ryzyka i ujęcia go odpowiednich pozycjach oferty. Jednocześnie niniejsze ryzyko zostało uwzględnione w ofercie poprzez przyjęcie konieczności wykonania ewentualnych projektów przebudowy podstacji personelem własnym i ujęte w tabeli będącej załącznikiem do wyjaśnień RNC z dnia 16.10.2024r.” Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego wskazującej na to, iż wycena wykonania projektów modernizacji i przebudowy podstacji Waszyngtona oraz Dobrowoja wskazana w ofercie podwykonawcy na kwotę 839 500,00 zł w zestawieniu z wyjaśnieniami Przystępującego, że skalkulował on ryzyka przebudowy tych podstacji i uwzględnił koszt wykonania tych prac jako zakres możliwy do realizacji przez zasoby własne dowodzi, że cena oferty Przystępującego w szczególności w zakresie przebudowy podstacji trakcyjnej jest rażąco niska. Izba w tym zakresie przychyliła się do argumentacji Przystępującego, iż zakres wykonania tych prac będzie dopiero znany po wykonaniu analizy zasilania, a ponadto faktem jest, że odmiennie kształtuje się koszt wykonania prac jako całości, a inaczej gdy stanowią one część większego zakresu. Dowód przedstawiony przez Odwołującego na rozprawie sprowadzał się tak naprawdę do analizy zapisów SWZ w oparciu o techniczne informacje wskazujące na realizację skomplikowanych opracowań elektrycznych i w żaden sposób nie potwierdzał, że cena zaoferowana w tym zakresie przez Przystępującego jest niedoszacowana i nosi znamiona rażąco niskiej;

- braku wystarczających wyjaśnień oraz niedoszacowania kosztów w zakresie branży zieleni.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania ponownie po przywołaniu postanowień SWZ i odwołaniu się do przedstawionej przez Przystępującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, oferty podwykonawcy wskazał, co jego zdaniem oferta podwykonawcy nie zawiera, a tym samym nie spełnia wymagań OPZ. Izba nie może zgodzić się z taką argumentacją, iż skoro pewne zakresy nie zostały wskazane w ofercie podwykonawcy, z którego ma zamiar skorzystać Przystępujący, to tym samym automatycznie zakresy te nie zostały uwzględnione w ofercie Przystępującego. Dlatego wobec braku przedstawienia jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich twierdzeń przez Odwołującego Izba uznał stanowisko Odwołującego w tym zakresie za gołosłowne.

Mając na uwadze powyższe koniecznym jest uznanie, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, które wskazywałyby, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest niedoszacowana i rażąco niska. W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też że cena nie budzi wątpliwości, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w niniejszej sprawie rozpoznając zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia Odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerwania na uczestnika postępowania lub Zamawiającego ciężar dowodu (por. wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 719/22 oraz wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2617/18).

Izba postanowiła uznać dowody nr 3, nr 4 i nr 5 przedstawione przez Odwołującego na rozprawie jako irrelewantne dla rozstrzygnięcia sprawy. Izba doszła do przekonania, że porównanie projektów realizowanych przez Przystępującego na okoliczność wykazania, że doświadczenie Przystępującego dotyczy realizacji zamówień opartych na innych założeniach, czy szacowanie wartości oferty w stosunku do wymagań Zamawiającego nie wykazuje, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

Reasumując w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone przez Przystępującego wyjaśnienia jako wystarczające, wiarygodne i rzetelne. Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że jego oferta zawiera wszystkie koszty, które był zobowiązany w niej uwzględnić oraz że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, iż odwołanie podlegało oddaleniu, orzekając jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2, w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....