

WYROK
z dnia 17 marca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 marca 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 lutego 2025 roku** przez wykonawcę **Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei**

z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

(1) B-ACT Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy (Lider) oraz (2) Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Partner)

i (3) Proway Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Partner).

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei**

z siedzibą we Wrocławiu w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **142 zł 00 gr** (słownie: stu czterdziestu dwóch złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem kosztów dojazdu;

2.2. zasądza od **Zamawiającego – Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Odwołującego - Biura Inżynierskiego Via Regia Spółki**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim kwotę **18 742 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy siedmiuset czterdziestu dwóch złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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:

.....

KIO 645/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym - przetarg nieograniczony, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. „Pełnienie nadzoru nad realizacją zadania pn.: Budowa drogi wojewódzkiej od węzła A4 Bielany Wrocławskie (ul. Karkonoska) do drogi wojewódzkiej nr 395 (rondo Żerniki Wrocławskie) i do granicy Wrocławia (ul. Buforowa) - od skrzyżowania z ul. Grota-Roweckiego do węzła A4 Bielany Wrocławskie (ul. Karkonoska)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane pod numerem 2024/S 149-462837 - zamieszczone w DUUE w dniu 1 sierpnia 2024 roku.

Dnia 23 lutego 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołujący uzyskał zawiadomienie o wynikach postępowania w dniu 17 lutego 2025 r. Termin na złożenie odwołania został zatem zachowany. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołanie złożono na następujące czynności i zaniechania Zamawiającego

w postępowaniu:

1. odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, pomimo że nie zachodzą te przesłanki odrzucenia oferty, ponieważ cena oferty Odwołującego nie jest skalkulowana poniżej kosztów wykonania zamówienia, zawiera pokrycie kosztów realizacji, rezerwę oraz zysk;
2. niewłaściwą ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie podejrzenia o rażąco niską cenę, tj. naruszenie przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp;
3. niezgodnej z przepisami art. 224 ust. 1 ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na nieprecyzyjnym sformułowaniu wezwania do wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny, skierowanego do Odwołującego, w kontekście późniejszej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień oraz konkluzji w zakresie przesłanek odrzucenia oferty.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i zasady adekwatności, w wyniku nieprawidłowych działań i zaniechań jak niżej;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez ich błędne i bezzasadne zastosowanie przez Zamawiającego, mimo że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie potwierdzają rażąco niskiej ceny;
3. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez jego błędne i bezzasadne zastosowanie, ponieważ Zamawiający niewłaściwie ocenił złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Ocena ta jest nieadekwatna do treści skierowanego do Odwołującego wezwania o wyjaśnienie podejrzenia RNC oraz postanowień SWZ dot. opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu wyliczenia ceny ofertowej;
4. art. 65 ust. 1 Kodeksu cywilnego, poprzez niewłaściwą wykładnię treści wyjaśnień Odwołującego, w kontekście pytań zadanych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny oraz opisu sposobu kalkulacji ceny narzuconej przez Zamawiającego w SWZ i Formularzu ofertowym;
5. art. 16, w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na zaniechaniu dopytania Odwołującego, co do dalszych wątpliwości Zamawiającego w zakresie kalkulacji ceny ofertowej Odwołującego pod kątem podejrzenia rażąco niskiej ceny, podczas gdy względem innego wykonawcy w tym postępowaniu, Zamawiający podjął takie ponowne czynności.

Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, z właściwym, tj. adekwatnym do treści wezwania Zamawiającego z dnia 6 listopada 2024 roku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp uwzględnieniem złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i przyznaniem ofercie Odwołującego odpowiedniej liczby punktów w jedynym kryterium „cena”, tj. 100 pkt. – a ewentualnie, dokonania ponownego wezwania do Odwołującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, którego treść byłaby wystarczająco precyzyjna i jednoznacznie artykułowałaby wątpliwości Zamawiającego w zakresie jego podejrzenia RNC, ale też jednocześnie odpowiadałaby uprzednim założeniom Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu wyliczenia ceny ofertowej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie jego uwzględnienia oferta Odwołującego nie będzie odrzucona z postępowania i będzie ofertą najwyższej ocenioną w postępowaniu, co w konsekwencji – po przeprowadzeniu kwalifikacji podmiotowej Odwołującego - doprowadzi do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący, w dniu 13 lutego 2025 roku na podstawie przekazanej za pomocą środków komunikacji elektronicznej przez Zamawiającego informacji powziął wiedzę o odrzuceniu jego oferty z postępowania. w oparciu o przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8, w związku art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Termin na złożenie odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów podniósł, że nie zgadza się z twierdzeniami i wnioskami Zamawiającego, ponieważ wskazane przyczyny, będące przesłankami odrzucenia oferty, nie zachodzą i nie zostały przez Zamawiającego wiarygodnie uzasadnione.

Zamawiający pismem z dnia 6 listopada 2024 roku wezwał Odwołującego do wyjaśnień w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W pierwszej części wezwania, Zamawiający jedynie sformułował ogólne stwierdzenie, że „*zaoferowana przez Państwa cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów*”, a następnie skopiował treść art. 224 ust. 3 ustawy

Pzp, gdzie wskazywane są różne przykładowe okoliczności, których mogą dotyczyć wyjaśnienia w zakresie RNC.

Zamawiający w tej części swojego wezwania nie wyartykułował żadnej konkretnej wątpliwości w zakresie kalkulacji ceny ofertowej Odwołującego. Nie podał też wyjaśnienia faktycznego dla rzekomej przesłanki dla podejrzenia rażąco niskiej ceny, czego wymagają przepisy ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał bowiem w treści swojego wezwania żadnych wycień w kontekście stosunku ceny przedmiotowej oferty Odwołującego do średniej arytmetycznej złożonych ofert, czy szacunku Zamawiającego powiększonego o VAT. Wezwanie Zamawiającego jest w tej części zwyczajnie lakoniczne i nie formułuje żadnych skonkretyzowanych wątpliwości. Jak podkreślono zaś w uzasadnieniu KIO 307/24 z dnia 16 lutego 2024 roku: „Zamawiający, który wzywa wykonawcę w sposób ogólny, nie może oczekiwać, że wykonawca szczegółowo odniesie się do powyższego wezwania. Ponadto Zamawiający ma możliwość powtórzenia wezwania w celu uszczegółowienie już złożonych wyjaśnień”.

Po dokonaniu analizy, której nie przeprowadził a powinien Zamawiający w treści swojego wezwania – cena oferty Odwołującego (2.912.750,70 PLN) jest co prawda najniższa, ale nie odbiega aż tak znacząco od ceny kolejnej wybranej oferty (3.621.981,00 PLN).

Z pewnością, prześledziwszy ceny złożonych w postępowaniu ofert, dojść należy do wniosku, że nie jest wartością miarodajną szacunkowa kwota zakładana przez Zamawiającego. Szacował on bowiem 11.000.000 PLN netto, podczas, gdy osiem spośród dziewięciu złożonych w postępowaniu ofert zmieściło się w kwocie 6.469.958,55 PLN brutto, zaś tylko jedna z nich na kwotę 10.196.700,00 PLN brutto, zbliżyła się do tego szacowania Zamawiającego. Kwota szacunkowa wyższa o około połowę od najdroższej spośród ośmiu ofert złożonych w postępowaniu nie może zatem stanowić wiarygodnego źródła odniesienia dla oceny ceny ofertowej Odwołującego.

Odwołujący uważa, że istotniejsze w tym kontekście są ceny faktycznie złożonych w danym postępowaniu ofert, co zostało wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie, np. KIO 351/23 z dnia 22 lutego 20203 roku: „Istotną okolicznością podlegającą ocenie jest poziom cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, które dają realny obraz aktualnej sytuacji rynkowej w danej branży. Nie ma lepszego kwantyfikatora niż realne ceny ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”. Tymczasem ceny te są znacznie niższe od szacowania Zamawiającego.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach w odpowiedzi na tę pierwszą ogólną część wezwania Zamawiającego wskazał szczegółowe wycięcia w zakresie kosztów personelu, wykazując w tym też m. in. oszczędności związane z zatrudnieniem osób z lekką niepełnosprawnością.

Na poparcie tych wycięcia, Odwołujący załączył wymagane w wezwaniu dowody, czyli stosowne oferty planowanych współpracowników lub podwykonawców. Co istotne, każda z tych ofert odnosi się wprost w swej treści do przedmiotowego zadania, w każdej z nich przywołano jego nazwę. Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, jakoby „Oferta podwykonawcy musi bowiem pozwalać na jej weryfikację przez Wykonawcę i Zamawiającego, powinna wprost odnosić się do wymogów określonych w przedmiotowym postępowaniu”, tak jakby te przedłożone przez Odwołującego oferty nie spełniały tego wymogu. Skoro każda z nich była wprost dedykowana do przedmiotowego zadania, tzn., że podwykonawcy kalkulując swoje stawki, odnosili się właśnie wprost do wymogów określonych w tymże postępowaniu. Trudno oczekiwać, że współpracownicy mieliby do treści swojej oferty kopiować cały opis ich funkcji i wymagań, sformułowanych w SWZ. Takie zabiegi nie wniosłyby niczego nowego do wyjaśnień, skoro każdy z podwykonawców potwierdził, że kalkuluje swoją stawkę właśnie do tego konkretnego zadania.

Ponadto, w wyjaśnieniu Odwołujący wskazał kwoty kosztów ogólnych, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ubezpieczenia OC, koszty strony internetowej, ale też kwotę rezerwy na nieprzewidziane koszty i zysk. W treści złożonych wyjaśnień Odwołujący przywołał też mające u niego zastosowanie metody realizacji powodujące oszczędności i będące wyjątkowo korzystnymi warunkami wykonania, które mają charakter indywidualny i uzasadniają stawki niższe od tych, które zaoferowali konkurencyjni wykonawcy w tym postępowaniu. Szczegóły zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 13 listopada 20204 roku objęte są zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego.

Nie sposób więc przyjąć, że cena, która pokrywa koszty realizacji oraz zawiera rezerwę i zysk spełnia przesłankę ustawową rażąco niskiej. „Rażąco niska cena to cena niewiarygodna, która uniemożliwia pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, a samo zamówienie realizowane jest ze stratą” – tak w KIO 351/23 z dnia 22 lutego 2023 roku.

Następnie, w drugiej części swojego wezwania z dnia 6 listopada 2024 roku w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zadał Odwołującemu następujące szczegółowe pytania:

a) poz. 2.1.10, 2.2.1 i 2.2.4:

Czy Wykonawca przewidział udział specjalistów z uprawnieniami do projektowania przez 3-letni okres realizacji w celu weryfikacji dokumentacji projektowej we wszystkich branżach realizowanego zadania ze względu na formułę Zaprojektuj (zoptymalizuj) i wybuduj.

Na co Odwołujący odpowiedział – „Tak, przewidziano udział specjalistów z uprawnieniami do projektowania przez 3-letni okres realizacji we wszystkich branżach”. Zgodnie z zasadami logiki na pytanie rozpoczynające się od „czy”, odpowiedź na zasadzie „tak/nie” jest właściwa. Wskazać należy, że uznając tę odpowiedź na niewystarczającą, Zamawiający dokonuje nieprawidłowej interpretacji wyjaśnień Odwołującego w kontekście tak zadanego pytania. Narusza tym samym m. in. przepisy art. 65 ust. 1 KC, a także art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp.

b) poz. 2.2.5

Jaką częstotliwość wizyt na budowie przewidział Wykonawca w celu wypełnienia obowiązków opisanych w pkt 5.1.1 Nadzorowanie ppkt 75 Opisu Przedmiotu Zamówienia, jaka będzie ilość osób zaangażowanych do tego nadzoru i czy w ramach tej pozycji będzie sprawowany również nadzór nad realizacją robót związanych z projektem wykonawczym Tom 1P Branża Zieleń?

Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 5.1.1. ppkt 75: „prowadzenie kontroli nad nadzorem przyrodniczym w trakcie prowadzenia prac, obejmującego co najmniej następujące czynności:

> eliminowanie lub minimalizowanie zagrożeń dla bytującej w strefie oddziaływania budowy flory i fauny oraz wskazanie właściwych środków minimalizujących negatywne oddziaływanie Robót budowlanych,

> nadzór i kontrola nad przestrzeganiem, wypełnianiem przez Wykonawcę Robót zaleceń zawartych w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,

> nadzór nad realizacją w zakresie urządzeń ochrony środowiska,

> nadzór nad właściwą lokalizacją zaplecza budowy, baz materiałowo - sprzętowych, z uwzględnieniem zaleceń zawartych w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach

> nadzorowanie prac budowlanych w obrębie drzew nieprzeznaczonych do wycinki,

•kontrola wykopów pod kątem występowania w nich zwierząt, ewentualnie nakazanie przeprowadzenia odłwu przed ich zasypaniem,

•nadzór nad pracami związanymi z przebudową sieci melioracyjnej, pod kątem obecności płazów, ewentualnie nakazanie przeprowadzenia odłwu przed ich zasypaniem,

> prowadzenie nadzoru entomologicznego, herpetologicznego, mykologicznego, lichenologicznego, dendrologicznego,

> prowadzenie nadzoru chiropterologicznego nad wycinką pozostałych drzew

> prowadzenie nadzoru ornitologicznego,

> prowadzenie nadzoru biologicznego,

> prowadzenie nadzoru terenów zielonych,

> raportowanie, w tym:

•przygotowanie raportu końcowego z prowadzonego nadzoru przyrodniczego, który należy dostarczyć Zamawiającemu w 2 egzemplarzach (papierowa i elektroniczna edytowalna) raport powinien zawierać opis, mapy, fotografie, analizę działań z zakresu ochrony środowiska przeprowadzonych przez Wykonawcę Robót, zestawienie, w jaki sposób zostały wypełnione warunki zawarte w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.”

Na to pytanie, Odwołujący wyjaśnił, że „poz. 2.2.5 uzupełniono o wycenę zakresu określonego OPZ pkt 5.1.1 pkt 75 (wskazano wyżej w kosztach 25000,00 zł netto). Częstotliwość wizyt jest uzależniona od intensywności prac oraz wskazanych zdarzeń

o charakterze środowiskowym i jest zgodna z zapisami OPZ”. Do tego dołączono ofertę podwykonawcy p. Adama Jaśnikowskiego.

Zamawiający w SWZ dla choćby dziewięciu kluczowych ekspertów oraz geodety przyjął dniówkowy sposób wyliczenia ceny oraz we wzorze Formularza cenowego podał liczbę dniówek, tymczasem dla innych ekspertów, w tym dla rzeczonoego Specjalisty do spraw nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, Zamawiający przyjął jedynie ryczałt (komplet) dla wyliczenia tej stawki przez wykonawców. Niezasadne jest zatem sankcjonowanie Odwołującego za wyliczenie, które odpowiada sposobowi kalkulacji wskazanej przez Zamawiającego. Żądanie i wnioski Zamawiającego są w tym elemencie nadmierne. Poza tym wycena tego elementu ma znaczenie bagatelne dla wartości całej oferty (10.000 PLN do 2.912.750,70 PLN). Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że jest ten element wyceniony niewystarczająco, to niezasadne byłoby na tej tylko podstawie wysnuć wnioski o rażąco niskiej cenie całej oferty, a tylko taka konkluzja uprawnia do stwierdzenia zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty, przywołanej przez Zamawiającego. Nie można bowiem dokonywać oceny wyjaśnień w oderwaniu od narzuconego przez siebie sposobu kalkulacji (wyrok KIO 159/24 z dnia 12 lutego 2024 roku: „Sposób kalkulacji ceny oferty wiąże się ze specyfiką przedmiotu zamówienia oraz m.in. z indywidualnymi uwarunkowaniami, w jakich funkcjonuje dany wykonawca, oraz przyjętym przez niego sposobem realizacji

zamówienia, jeżeli ten nie został narzucony przez zamawiającego.”

c) Czy Wykonawca potwierdza obecność Kluczowych Ekspertów przez 8 godzin dziennie na terenie budowy/ zaplecza Zamawiającego, która będzie dokumentowana w systemie elektronicznej rejestracji czasu pracy oraz potwierdzona w zbiorczych raportach przez Inżyniera Kontraktu?

Tutaj ponownie na pytanie Zamawiającego rozpoczynające się od „czy”, Odwołujący stosownie potwierdził „Potwierdzam obecność Kluczowych Ekspertów przez 8 godzin dziennie na terenie budowy/ zaplecza. Będzie ona potwierdzona w systemie elektronicznej rejestracji czasu pracy oraz potwierdzona w zbiorczych raportach.”

Uwagi jak dla punktu a) uzasadnienia odwołania pozostają aktualne.

Na tak sformułowane pytanie, odpowiedź Odwołującego jest wyczerpująca. „Czy” to słowo rozpoczynające pytanie, na które pytający spodziewa się odpowiedzi „tak” albo „nie”.

Co znamienne, Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego stwierdził, że „Zamawiający ocenił Państwa wyjaśnienia jako niewystarczające”, tymczasem, do uznania, że zachodzi przesłanka odrzucenia oferty, złożone wyjaśnienia musiałyby potwierdzać, że cena jest rażąco niska, jak stanowi wprost przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający ocenił wyjaśnienia za niewystarczające, to powinien wezwać Odwołującego do dalszych wyjaśnień, jak uczynił to w przypadku kolejnej oferty złożonej przez Wykonawcę – Konsorcjum: B-ACT SA z siedzibą w Bydgoszczy (Lider), Transprojekt Gdański sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku i Proway sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, którzy to byli wzywani przez Zamawiającego dwukrotnie: pismem z dnia 6 listopada 2024 roku i z dnia 29 listopada 2024 roku. Zamawiający przedłużał też na wniosek tego Wykonawcy termin na złożenie pierwotnych wyjaśnień. Obowiązek ponownego wzywania do wyjaśnień RNC,

tj. dopóki trwają wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, został potwierdzony w orzecznictwie, np. KIO 307/24, KIO 3099/23. Zamawiający nie ma prawa przyjąć „awansem”, że cena jest rażąco niska, w sytuacji, gdy nadal ma wątpliwości w zakresie kalkulacji ceny.

Jak przyjęto w KIO 1173/23 z dnia 9 maja 2023 roku: „Jeśli zamawiający nie wskaże poziomu szczegółowości udzielonych wyjaśnień, a wykonawca podejmie próbę udzielenia tych wyjaśnień i dowodzenia w jego ocenie istotnych elementów, to nie może ponosić konsekwencji ogólnego wezwania zamawiającego. Nie można uznać wyjaśnień za niezłożone, bowiem wyjaśnienia zostały złożone, ale z braku precyzyjnego wezwania ze strony zamawiającego, przystępujący starał się zidentyfikować, co interesuje zamawiającego i jakie koszty powinien wyjaśnić. Złożenie wyjaśnień adekwatnych do wezwania, w tym przede wszystkim pokazujących konkretne grupy kosztów w tabeli kosztów, ale niewyjaśniających realności zaoferowanej ceny, daje natomiast podstawę do doszczegółowienia wyjaśnień.”

Zamawiający nie tylko niesłusznie zinterpretował treść złożonych wyjaśnień Odwołującego – wyjaśnienia „niewystarczające” nie są przecież wyjaśnieniami, które potwierdzają rażąco niską cenę - ale też nierówno potraktował Wykonawców.

Co więcej, Zamawiający bezzasadnie tym samym uznał, że zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, sformułowane w przepisach art. 226 ust. 1 pkt 8, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Konkludując, Zamawiający sformułował wezwanie do wyjaśnień dwutorowo, z jednej strony enigmatycznie, z drugiej zadając punktowe pytania, w tym takie, które wymagały tylko odpowiedzi na zasadzie TAK/NIE. Złożone w odpowiedzi wyjaśnienia, Zamawiający błędnie ocenił zatem jako niewystarczające, jak sam je określił – tymczasem były one adekwatne do zadanych pytań. Następnie Zamawiający popełnił kolejny błąd, stwierdzając, że niewystarczające wyjaśnienia stanowią podstawę do przyjęcia ich jako potwierdzenia rażąco niskiej ceny i błędnego wniosku o przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego.

Niezależnie od błędów o charakterze formalnym, Zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia Odwołującego również od strony materialnej. Odwołujący nie tylko wycenił wszystkie elementy składające się na cenę oferty w zgodzie ze sposobem kalkulacji wskazanym przez Zamawiającego, ale też wykazał zysk, rezerwę i inne koszty niewyspecyfikowane w Formularzu ofertowym, gdzie Zamawiający wymagał głównie ujęcia kosztów personelu. Nie sposób zatem przyjąć, że wyjaśnienia Odwołującego wraz ze złożonymi dowodami stanowią potwierdzenie, że cena jego oferty jest poniżej kosztów realizacji, ponieważ ich treść prowadzi właśnie do odwrotnych wniosków.

Czytając uzasadnienie odrzucenia oferty nie sposób nie odnieść wrażenia, że Zamawiający doszedł do zbyt daleko idących wniosków, które nie mają potwierdzenia w całości zgromadzonego przez niego materiału. Zamawiający zarzuca wyjaśnieniom brak precyzji w aspektach, o które nie zapytał, albo zapytał na zasadzie „tak/nie”, albo też pominął wątki, gdzie zwięzłą odpowiedź Odwołującego należy czytać w kontekście zapisów SWZ, których cytowanie byłoby nic niewnoszącym zabiegiem redakcyjnym. Podobną sytuację obrazuje argumentacja KIO 3099/23 z dnia 2 listopada 2023 roku rozstrzygająca na niekorzyść Zamawiającego: „Zamawiający nie zadał pytań o te koszty, nie miał więc żadnych podstaw domniemywać ich braku tylko dlatego, że wykonawca samodzielnie nie domyślił się intencji Zamawiającego co do rzeczywistego kształtu i tematyki żądanych wyjaśnień.”

Jeśli Zamawiający miał wątpliwości w zakresie ujęcia ww kosztów w cenie oferty to jego obowiązkiem było skierowanie do Wykonawcy dodatkowego wezwania do wyjaśnień, a nie oparcie się na bezpodstawnym założeniu, że brak odpowiedzi na niezadane pytanie oznaczał nieuwzięcie określonych kosztów w cenie oferty.”

Podobnie w KIO 641/23 z dnia 21 marca 2023 roku, gdzie położono nacisk na konieczność właściwej interpretacji składanych przez wykonawców wyjaśnień, ale

w kontekście treści zadanych przez zamawiającego pytań: „Tym samym to treść wezwania do wyjaśnień ma znaczenie dla oceny wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania realności zaoferowanej ceny, nie zaś twierdzenia konkurencyjnych wykonawców dotyczące elementów kalkulacji oferty podlegających wyjaśnieniu.”

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil jak na wstępie.

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

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

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, natomiast jego oferta została przez Zamawiającego odrzucona. Wybór jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) B-ACT Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy (Lider) oraz (2) Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Partner) i (3) Proway Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Partner). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z tym, że zaoferowana cena w ofercie Wykonawcy wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający żądał od Odwołującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług i metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 7) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie kilku kwestii dotyczących elementów zryczałtowanych w Formularzu Cenowym Wykonawcy:

#x200ea)poz. 2.1.10, 2.2.1 i 2.2.4:

Czy Wykonawca przewidział udział specjalistów z uprawnieniami do projektowania przez 3-letni okres realizacji w celu weryfikacji dokumentacji projektowej we wszystkich branżach realizowanego zadania ze względu na formułę Zaprojektuj (zoptymalizuj) i wybuduj.

b) poz. 2.2.5

Jaką częstotliwość wizyt na budowie przewidział Wykonawca w celu wypełnienia obowiązków opisanych w pkt 5.1.1 Nadzorowanie ppkt 75 Opisu Przedmiotu Zamówienia, jaka będzie ilość osób zaangażowanych do tego nadzoru i czy w ramach tej pozycji będzie sprawowany również nadzór nad realizacją robót związanych z projektem wykonawczym Tom 1P Branża Zieleń?

Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 5.1.1. ppkt 75:

„prowadzenie kontroli nad nadzorem przyrodniczym w trakcie prowadzenia prac, obejmującego co najmniej następujące czynności:

> eliminowanie lub minimalizowanie zagrożeń dla bytującej w strefie oddziaływania budowy flory i fauny oraz wskazanie właściwych środków minimalizujących negatywne oddziaływanie Robót budowlanych,

> nadzór i kontrola nad przestrzeganiem, wypełnianiem przez Wykonawcę Robót za-leceń zawartych w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,

> nadzór nad realizacją w zakresie urządzeń ochrony środowiska,

> nadzór nad właściwą lokalizacją zaplecza budowy, baz materiałowo - sprzętowych, z uwzględnieniem zaleceń zawartych w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach

> nadzorowanie prac budowlanych w obrębie drzew nieprzeznaczonych do wycinki,

• kontrola wykopów pod kątem występowania w nich zwierząt, ewentualnie nakazanie przeprowadzenia odłowy przed ich zasypaniem,

• nadzór nad pracami związanymi z przebudową sieci melioracyjnej, pod kątem obecności płazów, ewentualnie nakazanie przeprowadzenia odłowy przed ich zasypaniem,

> prowadzenie nadzoru entomologicznego, herpetologicznego, mykologicznego, li-chenologicznego, dendrologicznego,

> prowadzenie nadzoru chiropterologicznego nad wycinką pozostałych drzew.

> prowadzenie nadzoru ornitologicznego,

> prowadzenie nadzoru biologicznego,

> prowadzenie nadzoru terenów zielonych,

> raportowanie, w tym:

• przygotowanie raportu końcowego z prowadzonego nadzoru przyrodniczego, który należy dostarczyć Zamawiającemu w 2 egzemplarzach (papierowa i elektroniczna edytowalna) raport powinien zawierać opis, mapy, fotografie, analizę działań z zakresu ochrony środowiska przeprowadzonych przez Wykonawcę Robót, zestawienie, w jaki sposób zostały wypełnione warunki zawarte w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.”

c) Czy Wykonawca potwierdza obecność Kluczowych Ekspertów przez 8 godzin dziennie na terenie budowy/ zaplecza Zamawiającego, która będzie dokumentowana w systemie elektronicznej rejestracji czasu pracy oraz potwierdzona w zbiorczych raportach przez Inżyniera Kontraktu?

Wyjaśnienia miały być złożone w terminie do dnia 14.11.2024 r.

Na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, których znaczącą część objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazał, jakie elementy w zakresie zatrudnienia personelu pozwoliły mu obniżyć cenę oferty. Wykonawca zaznaczył, że przewidział rezerwę i osiągnięcie zysku. Podał jakie okoliczności spowodowały, że przyjął on określone stawki dla kosztów ogólnych, kosztów zabezpieczenia, opisał metody powodujące oszczędności i będące wyjątkowo korzystne dla niego warunki wykonania zamówienia, jaki sprzęt posiada, odwołujący odpowiedział także na pytania sformułowane przez Zamawiającego, że uwzględnił w wycenie oferty wszystkie elementy związane z opisem przedmiotu zamówienia, na które uwagę zwrócił Zamawiający.

Zamawiający oświadczył, że zbadał przesłanki warunkujące skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i uznał zastrzeżenie poczynione przez Odwołującego za skuteczne.

Zamawiający poinformował Wykonawców o wyniku postępowania, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w powiązaniu z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia wyczerpujących wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w celu ustalenia czy złożona w postępowaniu przetargowym oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. Zamawiający ocenił wyjaśnienia Wykonawcy jako niewystarczające.

Zamawiający szczegółowo opisał wymagania stawiane Oferentom w dokumentach zamówienia w celu uzyskania prawidłowo skalkulowanej Oferty Cenowej za wykonanie nadzoru inwestorskiego na przedmiotowym zadaniu. Zamawiający w Formularzu Cenowym uszczegółowił sposób wyliczenia ceny oferty zapisując w uwagach, co poszczególne pozycje winna zawierać:

Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia - poz. 1.1-1.2

Formularza cenowego

1. Pozycja „Personel biurowy” musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Inżyniera.

2. Dział musi obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją Usługi zgodnie z Umową i OPZ.
Eksperci kluczowi - poz. 2.1.1-2.1.11 Formularza cenowego

1. Każda pozycja musi obejmować całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia danego Eksperta kluczowego, niezbędnego do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ.

2. Eksperti kluczowi to tacy, którzy podlegają weryfikacji na etapie postępowania przetargowego w oparciu o określone warunki udziału w postępowaniu.

3. Liczba ekspertów kluczowych jest równa liczbie wymaganych osób na konkretne stanowiska.

4. Wykonawca musi wycenić koszt pełnienia Usługi przez poszczególne osoby przewidziane na konkretne stanowisko Ekspertów kluczowych.

Inni eksperci - poz. 2.2.1-2.2.7 Formularza cenowego

1. Każda pozycja musi obejmować całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia danego rodzaju Innego eksperta, niezbędnego do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ.

2. Liczba innych ekspertów może nie być równa liczbie wymaganych osób na poszczególne stanowiska.

3. Wykonawca musi wycenić koszt pełnienia Usługi przez Innych ekspertów określonego rodzaju bez względu na liczbę osób.

4. Liczba osób będzie wynikać z faktycznego zapotrzebowania, które będzie określone na podstawie harmonogramu sporządzonego przez Konsultanta w trakcie realizacji Usługi.

Ponadto Zamawiający zawarł w Opisie przedmiotu zamówienia m.in. następujące informacje dotyczące wynagrodzenia Wykonawcy:

W pkt 8 OPZ:

Wynagrodzenie Inżyniera, zaoferowane w składanej ofercie, powinno obejmować wszystkie czynności związane z realizacją Przedmiotu zamówienia, zawierać wszelkie koszty związane m.in. z wynagrodzeniem Personelu Inżyniera, zorganizowaniem i utrzymaniem zaplecza Inżyniera, zapewnieniem środków transportu Inżyniera, sprzętem Inżyniera, itd. oraz wszelkie opłaty administracyjne niezbędne do prawidłowej realizacji Przedmiotu zamówienia, jak również uwzględniać przy tym zysk Inżyniera.

W pkt 6 OPZ:

Wszelkie koszty związane z Personelem Inżyniera, Inżynier powinien wliczyć w swoje wynagrodzenie [...].

6.1. [...] Inżynier dla wykonania swoich obowiązków ustanowi zespół ekspertów zdolnych do prowadzenia powierzonych czynności i uprawnionych do pełnienia przewidzianych dla nich funkcji. Wymagany przez Zamawiającego Personel Inżyniera opisany w SWZ wraz z formularzami, należy traktować jako wymóg minimalny. Biorąc pod uwagę powyższe, Inżynier powinien ocenić swoje ogólne potrzeby i zatrudnić zespół wystarczający na wykonanie wszystkich obowiązków wymienionych w niniejszym Opisie Przedmiotu Zamówienia i w Umowie [...].

6.4. Dodatkowe wymagania dotyczące dostępności personelu

Zamawiający oczekuje, że Inżynier, uwzględniając ryzyko związane z nieprzewidywalnymi czynnikami (np. rzeczywisty czas pracy Wykonawcy Robót), tak przygotuje i skalkuluje swoją ofertę, że będzie w stanie zorganizować pracę swojego Personelu w sposób zapewniający prawidłową realizację Przedmiotu zamówienia.

Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być obecne na Radach i spotkaniach, powinny być dostępne na każde zasadne wezwanie Kierownika Projektu lub Wykonawcy Robót. Zamawiający wymaga, aby Inżynier zapewnił pobyt kluczowych specjalistów na terenie budowy przez cały okres prowadzenia prac budowlanych w danej branży.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wykazał w wyjaśnieniach, że cena ofertowa Wykonawcy pokrywa koszty realizacji zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Zamawiający oczekiwał przedstawienia zastosowanego przez Wykonawcę mechanizmu kalkulacji cenowej poszczególnych pozycji ze szczególnym uwzględnieniem poz. wymienionych w piśmie 2.1.10, 2.2.1, 2.2.4, 2.2.5 . Wyjaśnienia winny pokazać, co zdaniem Wykonawcy dana pozycja ofertowa zawiera, wiedzę o wszystkich ponoszonych przez Wykonawcę kosztach w danej pozycji (ich rodzaj i ich wysokości), elementy cenotwórcze i optymalizacje oraz oszczędności, przyjęte przez Wykonawcę założenia, co do pracy personelu, organizacji pracy itp.

Wykonawca winien szczegółowo wyjaśnić, jakie okoliczności przekładają się na tak niskie ceny dla poszczególnych pozycji. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca przedstawił kopie ofert podwykonawców, jednocześnie zastrzegając, że złożenie przez nich ofert nie oznacza, że zadanie będzie przez nich realizowane.

Wraz z wyjaśnieniami Wykonawca winien przedłożyć dowody potwierdzające koszty związane z wykorzystaniem podwykonawców, koordynacją i nadzorem nad ich pracą oraz ich zmiany.

Samo oświadczenie podwykonawcy, że oferuje wykonanie danej usługi po danej cenie, nie wystarczy do wykazania prawidłowości tej ceny. Oferta podwykonawcy musi bowiem pozwalać na jej weryfikację przez Wykonawcę i Zamawiającego, powinna wprost odnosić się do wymogów określonych w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto, pomimo szczegółowego zapytania, Wykonawca nie udzielił wyjaśnień o przewidywaną częstotliwość wizyt na budowie Specjalisty do spraw nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska. Wykonawca nie określił ceny za jeden pobyt oraz przewidywanego czasu przeznaczanego na pobyt, w celu umożliwienia Zamawiającemu oceny prawidłowości skalkulowania bardzo istotnego dla realizacji zadania nadzoru przyrodniczego.

Zamawiający zaznaczył, że w zamówieniu szczególne znaczenie ma personel. Zamówienie winno być realizowane przy udziale zespołu specjalistów, których zatrudnienie generuje wysokie koszty. Wyjaśnienia winny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia.

Reasumując, dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający na rozprawie potrzymał stanowisko wyrażone w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący popierał Zamawiającego i wskazywał, że zarzuty odwołania są w jego ocenie bezzasadne.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny otrzymanych wyjaśnień. W treści informacji o wyniku postępowania i odrzuceniu Odwołującego, Zamawiający szeroko rozwodził się na obowiązkami wynikającymi z opisu przedmiotu zamówienia, które zobowiązany będzie wykonać podmiot realizujący zamówienie. Zamawiający, odwołując się do budowy formularza cenowego i wymagań nałożonych na wykonawców celem prawidłowej wyceny oferty, obejmującej określony zakres prac do wykonania, wskazywał jakie elementy świadczenia miały być wycenione w poszczególnych punktach formularza. Zamawiający podał, jakie elementy miały zawierać pozycje 1.1-1.2 Formularza, czyli *Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia*, co należało wycenić w pozycjach *Personel biurowy, Eksperci kluczowi* - poz. 2.1.1-2.1.11 Formularza, *Inni eksperci* - poz. 2.2.1-2.2.7 Formularza cenowego. Następnie Zamawiający przywołał punkty 6 i 8 OPZ.

Potem zaś Zamawiający enigmatycznie oświadczył, że jego zdaniem Odwołujący nie wykazał w wyjaśnieniach, cena ofertowa pokrywa koszty realizacji zamówienia zgodnie

z przywołanymi wymogami. Zamawiający nie wyraził w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jakich elementów zabrakło mu w ogólnej części wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę. Zamawiający swoje stanowisko ograniczył do oświadczeń nie popartych dowodami. Na rozprawie szeroko rozwodzono się, jakoby stawki wynagrodzenia dla ekspertów, od których wymagane jest posiadanie bogatego doświadczenia zawodowego oraz wykonanie szeregu czynności w ramach opisu przedmiotu zamówienia, były nierynkowe. Niestety na powyższą okoliczność ani Zamawiający, ani Przystępujący nie przedstawili materiałów, które potwierdzały takie stanowisko. Zamawiający powoływał się na rozprawie na dotychczas realizowane inwestycje, na oferty otrzymywane w ramach innych postępowań, ale żadnego dowodu tej kategorii nie przedstawił. Pomimo zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający mógł w taki sposób zbudować argumentację, że z jednej strony odnosiłaby się ona do elementów przedstawionych

w wyjaśnieniach, a z drugiej strony chroniłaby tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazywał także na rozprawie, że w swojej instytucji dysponuje Wydziałem Analiz Cen

i Koszów. Ale nie przedstawił dokumentów przygotowanych przez ten wydział, z których wynikałoby przeprowadzenie jakiegokolwiek postępowania porównawczego między wartością szacunkową, innymi złożonymi ofertami, ofertami z innych postępowań, ofertami niezależnie uzyskanymi na rynku, choćby do procesu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Podczas badania i oceny ofert Zamawiający miał także bazować na cenach wynikających z periodyków branżowych, typu Sekocenbud. Jednak, jak słusznie zauważył Odwołujący, stawki podawane w tych materiałach mają charakter uśredniony i nie muszą one nie muszą być jedynym miarodajnym źródłem wyceny.

Odwołujący w ogólnej części wyjaśnień wskazał jakie elementy związane z zatrudnieniem personelu pozwalają mu obniżyć koszty administracyjne i koszty zatrudnienia osób. Odwołujący podał w jaki sposób zatrudnione będą osoby, ile będzie wynosiło ich wynagrodzenie, jakie czynniki pozwoliły na obniżenie tych kosztów. Odwołujący opisał także jakim sprzętem dysponuje, wskazał źródła jego pochodzenia, jaką rezerwę finansową założył dla przedmiotowego zadania i końcowo wyliczył także zysk, jaki zamierza osiągnąć z realizacji zamówienia. Zamawiający tych elementów w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie zakwestionował, nie wskazywał na ich

niewiarygodność, nie wyjaśnił, dlaczego uważa je niewystarczające.

Otrzymane przez Odwołującego wezwanie do wyjaśnień w pierwszej części wskazywało jedynie na treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Inne wątpliwości Zamawiającego nie zostały w treści wezwania wyjawione. Wezwania nie uszczegółowiono o elementy ważne dla Zamawiającego przy ocenie prawidłowości wyceny oferty. Choć w informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający podnosił, że *szczególne znaczenie ma personel. Zamówienie winno być realizowane przy udziale zespołu specjalistów, których zatrudnienie generuje wysokie koszty (...)*, to w wezwaniu nie wymagał jeszcze bardziej szczegółowego rozbicia na poszczególne stanowiska specjalistów, w innym ujęciu niż wynikało to z formularza cenowego. Zamawiający w wezwaniu nie wskazywał także na różnicę między wartością szacunkową a wartością oferty Odwołującego, co jest zwaśzcza istotne w tym kontekście, że zdecydowana większość ofert otrzymanych w postępowaniu znacząco odbiegała cenowo o tej wyceny.

Następnie Zamawiający odniósł się do kopii ofert podwykonawców złożonych w wyjaśnieniach. Dla Zamawiającego dyskwalifikujące twierdzenia Odwołującego było zdanie, że złożenie ofert nie oznacza, że zadanie będzie realizowane przez te podmioty. Dostrzeżenia jednak wymaga, iż Odwołujący dodał także, że oferty te stanowią dowód na możliwość pozyskania kadry za określone stawki. Wszystkie złożone oferty podwykonawców wskazywały, że dotyczą one prowadzonego postępowania. Wynikało z nich, że podmioty je składające zdają sobie sprawę jaki jest zakres obowiązków wynikający z opisu przedmiotu zamówienia. Każda z tych ofert wyglądała inaczej, to znaczy, że nie były one przygotowane według jednego szablonu, co mogłoby ewentualnie podważać ich wiarygodność. Zamawiający nie wskazał jakich elementów dodatkowo od tych złożonych ofert oczekuje, by pozwalały one na ocenę i ich weryfikację. Tezy o braku odniesienia się przez podwykonawców do wymogów określonych w OPZ, nie polegają na prawdzie, ponieważ w większości tych dokumentów znalazło się odwołanie do zapisów SWZ. Zatem twierdzenia Zamawiającego

o niewiarygodności złożonych wraz z wyjaśnieniami ofert pozostają gołostowne. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty pominął milczeniem inne okoliczności podane przez Odwołującego, jak choćby to, że oprócz podwykonawców, dysponuje on również swoją bazową kadrą.

Wezwanie do wyjaśnień, które skierował do Odwołującego Zamawiający w drugiej części zawierało zobowiązanie do udzielenia odpowiedzi na trzy konkretnie postawione pytania. Zamawiający chciał uzyskać informacje, czy *Wykonawca przewidział udział specjalistów z uprawnieniami do projektowania przez 3-letni okres realizacji w celu weryfikacji dokumentacji projektowej we wszystkich branżach realizowanego zadania ze względu na formułę Zaprojektuj (zoptymalizuj) i wybuduj; jaką częstotliwość wizyt na budowie przewidział Wykonawca w celu wypełnienia obowiązków opisanych w pkt 5.1.1 Nadzorowanie ppkt 75 Opisu Przedmiotu Zamówienia, jaka będzie ilość osób zaangażowanych do tego nadzoru*

i czy w ramach tej pozycji będzie sprawowany również nadzór nad realizacją robót związanych z projektem wykonawczym Tom 1P Branża Zieleń oraz czy Wykonawca potwierdza obecność Kluczowych Ekspertów przez 8 godzin dziennie na terenie budowy/ zaplecza Zamawiającego, która będzie dokumentowana w systemie elektronicznej rejestracji czasu pracy oraz potwierdzona w zbiorczych raportach przez Inżyniera Kontraktu?

Odwołujący odpowiedział, że przewidziano udział specjalistów z odpowiednimi uprawnieniami do projektowania przez wymagany okres, dla poz. 2.2.5 uzupełniono o wycenę zakresu określonego OPZ pkt 5.1.1 pkt 75, co do częstotliwości wizyt podano, że jest uzależniona od intensywności prac oraz wskazanych zdarzeń o charakterze środowiskowym

i jest zgodna z zapisami OPZ, zaś co do trzeciego pytania potwierdzono obecność Kluczowych Ekspertów przez 8 godzin dziennie na terenie budowy/ zaplecza i w jaki sposób powyższe będzie miało miejsce.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że pytania w drugiej części wezwania do wyjaśnień sformułowane były w sposób zamknięty. Zamawiający, co prawda przytoczył szeroko opis przedmiotu zamówienia związany z obowiązkami poszczególnych ekspertów,

w tym szczególności inspektora ochrony środowiska i inspektora ruchu ale nie wymagał

w tym zakresie szczegółowych informacji, innych niż podano w formularzu cenowym. W ocenie Izby Zamawiający wymagał potwierdzenia, czy Wykonawca przewidział, to znaczy wycenił udział wszystkich specjalistów istotnych dla należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

Jeżeli Zamawiający oczekiwał szczegółowego rozpisania obowiązków i wyceny poszczególnych czynności dla specjalistów poszczególnych kategorii, to zdaniem Izby w taki sposób winien był sformułować wezwanie.

Wbrew opinii Zamawiającego Odwołujący odpowiedział również na pytanie jaką częstotliwość wizyt przewidział dla wypełnienia obowiązków określonych w punkcie pkt 5.1.1. ppkt 75. Odwołujący wskazał, że będzie ona zależna od intensywności prac. Warto również zauważyć, że Zamawiający akurat tę część przedmiotu zamówienia rozliczał będzie ryczałtowo, więc opis przedmiotu zamówienia nie narzucał wykonawcom jakiegokolwiek wartości minimalnej wizyt dla danego personelu kluczowego. Wykonawca w tej części miał prawo bazować na własnym doświadczeniu zdobytym w

ramach innych realizacji oraz uwzględnić opis obowiązków przypisany danemu specjalście. Zamawiający nie pytał natomiast o podanie ceny za jeden pobyt oraz przewidywany czasu przeznaczony na pobyty. Poza tym, jeżeli Zamawiający uważał, że tak istotne dla wyceny oferty i rynkowości jej stawek są obowiązki nałożone na Specjalistę do spraw nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, nic nie stało na przeszkodzie, by w OPZ umieścić zapis o minimalnej liczbie wizyt, którą należy ująć w wycenie. Wówczas Zamawiający uprawniony byłby oceniać poziom wyceny danej pozycji w stosunku do obowiązków. Poza tym, jak już zauważono w niniejszym uzasadnieniu, Zamawiający w jakikolwiek sposób nie wykazał nierynkowości stawek dla poszczególnych ekspertów.

Jeżeli Zamawiający oczekiwał wyjaśnień bardziej szczegółowych, to winien w taki sposób zbudować wezwanie, by zobrazować swoje wątpliwości. Po otrzymaniu ogólnego wezwania, uprawnieniem Odwołującego było udzielenie na tyle szczegółowych odpowiedzi, na ile posiadał wiedzę o wątpliwościach Zamawiającego. Treść wezwania ma bowiem kluczowe znaczenie dla następczej oceny otrzymanych od Wykonawcy wyjaśnień.

Konkludując, w ocenie Izby Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, nie wykazując, że złożone wyjaśnienia nie są wystarczające a cena oferty Odwołującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej więc decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie mogła się ostać. Swoimi działaniami i zaniechaniami Zamawiający naruszył przepisy wskazywane w petitum odwołania, w przepisy dotyczące zasad prowadzenia postępowania z poszanowaniem równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także nakazano powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:

.....