

POSTANOWENIE

z dnia 8 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**

Protokolantka: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w dniu 8 września 2023 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2; 30-443 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Świętokrzyskie - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, ul. Jagiellońska 72; 25-602 Kielce**,

przy udziale wykonawcy **R. Ś.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT R. Ś., Piotrkowice, ul. Kielecka 37; 26-020 Chmielnik**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2; 30-443 Kraków** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2; 30-443 Kraków**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

sygn. akt: **KIO 2528/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Świętokrzyskie - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Zarządzanie i Nadzór nad realizacją inwestycji pn.: „Budowa obwodnicy miasta Włoszczowa w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 786 wraz z połączeniem z drogą wojewódzką nr 742 i 785 - /Etap II*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z dnia 22 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 038-112983.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia na usługi o wartości szacunkowej wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp (tzw. „progi unijne”).

W dniu 17 sierpnia 2023 roku, zamawiający poinformował o wynikach prowadzonego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający ustalił, że zaoferowana w ofertach PROSTA-PROJEKT i EM-TECHNIK cena za wykonanie zamówienia wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia

i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi

z odrębnych przepisów. Cena ofert obu ww. wykonawców jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym w dniu 11 kwietnia 2023 r. zamawiający wezwał ww. wykonawców do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących cen ich ofert, oczekując na wyjaśnienie podstaw do obliczenia zaoferowanej przez tych wykonawców ceny z uwzględnieniem czynników cenotwórczych, dla których wymagania zostały opisane w SWZ w celu ustalenia czy oferty złożone przez tych wykonawców nie zawierają rażąco niskiej ceny. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż każdy z wykonawców zobowiązany jest udzielić wyjaśnień, jak również złożyć dowody w zakresie wyliczenia ceny. W przedmiotowych wezwaniach zamawiający wskazał, iż wyjaśnienie musi zawierać wyliczenie wszystkich kosztów ze szczególnym wskazaniem na: miesięczne koszty poszczególnych członków personelu; koszty administracji; miesięczny koszt utrzymania biura Inżyniera Kontraktu i pojazdu dla Kierownika Projektu; koszty laboratorium; koszt obsługi geodezyjnej; koszt obsługi archeologicznej; koszt obsługi związanej z ochroną środowiska; koszt obsługi związanej

z weryfikacją dokumentacji projektowej oraz pozostałe koszty wynikające z Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), zwanego także Szczegółową Specyfikacją Techniczną (SST). Zamawiający podkreślił, że ze złożonych wyjaśnień z dowodami wynikać musi,

iż przedstawiona w ofercie cena wyliczona została rzetelnie i jest realna oraz wiarygodna, oraz że ujęte zostały w cenie oferty wszystkie ryzyka i koszty związane z realizacją zamówienia, w tym ryzyko związane z przedłużeniem okresu wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający wskazał, iż przedstawione wyjaśnienia muszą być merytoryczne, jak również odpowiednio PROSTA-PROJEKT i EM-TECHNIK jest zobowiązany dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez zamawiającego oceny zaofferowanej

w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Jednocześnie, zamawiający wskazał, iż oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę złożone wyjaśnienia wraz z dowodami w wyżej wymienionym zakresie.

W dniu 14 kwietnia 2023 r. PROSTA-PROJEKT złożył wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W dniu 12 maja 2023 r. zamawiający skierował do PROSTA-PROJEKT wezwanie do doprecyzowania złożonych poprzednio wyjaśnień ceny oferty wskazując, że badanie złożonych w wyniku wezwania zamawiającego wyjaśnień w sprawie ceny wykazało, iż kwota ryzyka przedłużenia kontraktu w zestawieniu z przedstawionymi w wyjaśnieniach stawkami pozwalającymi na oszacowanie tych kosztów w okresie 10 dodatkowych miesięcy (wynagrodzenia pracowników, koszty biura Inżyniera Kontraktu i samochodu dla Kierownika Projektu), jest niewystraszająca i wymaga doprecyzowania sposobu jej obliczenia ze wskazaniem czynników cenotwórczych.

Pismem z dnia 17 maja 2023 r. PROSTA-PROJEKT wskazał, iż kwota ryzyka w wyniku wydłużenia kontraktu jest kwotą pozwalającą na zrealizowanie inwestycji. Wykonawca przedstawił również tabelę analizy ryzyka, w której jego zdaniem, kwota jaką złożył na przedłużenie kontaktu stanowi ponad 8% kosztów bezpośrednich, co stanowi ponad 5 miesięcy świadczenia usługi nadzoru inwestorskiego podczas wydłużenia kontraktu.

W dniu 18 kwietnia 2023 r. EM-TECHNIK złożył wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W dniu 12 maja 2023 r. zamawiający skierował do EM-TECHNIK dodatkowe wezwanie do wyjaśnień ceny oferty wskazując, że badanie złożonych w wyniku wezwania zamawiającego wyjaśnień w sprawie ceny wykazało, iż zawarta w pkt e pisma EM-TECHNIK analiza ryzyka nie wskazuje jasno, że obejmuje koszty przedłużenia kontraktu o dodatkowe 10 miesięcy. Kwota ryzyka zawarta w poz. V tabeli, w zestawieniu z przedstawionymi w wyjaśnieniach stawkami pozwalającymi na oszacowanie tych kosztów (wynagrodzenia pracowników, koszty biura Inżyniera Kontraktu i samochodu dla Kierownika Projektu), jest niewystraszająca

i wymaga doprecyzowania sposobu jej obliczenia ze wskazaniem czynników cenotwórczych.

Pismem z dnia 18 maja 2023 r. EM-TECHNIK wskazał, że ryzyko związane ze zmianą terminu realizacji usługi zostało obliczone na 0%.

W przedmiotowej sprawie konieczne jest wskazanie, iż informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17 sierpnia 2023 roku, nie była pierwszą czynnością zamawiającego w postępowaniu, albowiem zamawiający w dniu 30 czerwca 2023 roku, po raz pierwszy dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformował wykonawców o ofertach odrzuconych. W rzeczowej informacji zamawiający podał, iż dokonał wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą, tj. wykonawcy INKO Consulting sp. z o.o.

z siedzibą w Krakowie – odwołującego w przedmiotowej sprawie odwoławczej. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 5 ustawy Pzp, odrzucił oferty złożone przez:

- EM-TECHNIK Sp. z o.o., ul. Jana Sobieskiego 13, 42-456 Chruszczobród,

- R.Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie „PROSTA PROJEKT” Piotrkowice, ul. Kielecka nr 37, 26-02 Chmielnik.

Uzasadniając swoją czynność zamawiający wskazał, iż „Wykonawca, wezwany w trybie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia w sprawie wysokości zaofferowanej ceny. Badanie złożonych wyjaśnień potwierdziło, iż w kalkulacji ceny nie ujęte zostało ryzyko z tytułu wydłużenia okresu robót budowlanych do 10 miesięcy (wynagrodzenia pracowników, kosztów biura Inżyniera Kontraktu, sprzętu i samochodu dla Kierownika Projektu). Wymóg uwzględnienia w cenie oferty ww. ryzyka określony został jednoznacznie w rozdziale XV ust. 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Wykonawca (R. Ś.), do obliczenia kosztów ww. ryzyka przyjął krótszy, niż wynika to z SWZ okres, który wynosi 5 miesięcy (EM-TECHNIK – „Ryzyko związane ze zmianą terminu realizacji usług zostało obliczone na 0%). Treść oferty Wykonawcy jest zatem niezgodna z warunkami zamówienia. Wszystkie obliczenia dokonane zostały przez Wykonawcę w oparciu o 37-mio miesięczny okres realizacji zamówienia, bez okresu wydłużającego kontrakt o 10 miesięcy. Złożone wyjaśnienia wskazują na nierzetelne skalkulowanie ceny oferty, której wysokość stwarza możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów wykonania. Z treści art. 224 ust. 5 ustawy jednoznacznie wynika, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, który musi wykazać, że złożona przez niego oferta i zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że zaofferowana cena jest ceną rynkową

i pozwala na prawidłową realizację wszystkich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w tym okresu świadczenia usługi. Wykonawca nie wykazał zatem,

że zaproponowana cena na wykonanie usługi nie ma charakteru rażąco niskiego w stosunku do rzeczywistych kosztów, które poniosłby realizując zamówienie przez okres 13 miesięcy projektowania i 34 (łącznie) miesiące realizacji robót budowlanych. Zgodnie z dyspozycją art. 224 ust 6 ww. ustawy odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną podlega oferta Wykonawcy, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny”.

Z czynnością zamawiającego nie zgodzili się ww. wykonawcy wnosząc odwołania odpowiednio w dniach 7 i 10 lipca 2023 roku. Podkreślić należy, iż skarżoną przez wykonawców czynnością było odrzucenie ofert jako zawierających rażąco niską cenę

w odniesieniu do ryzyka jakie przyjęli wykonawcy do obliczenia ceny ofertowej, ujawnione wyjaśnieniami składanymi zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 27 lipca 2023 roku, sygn. akt: KIO 1961/23, KIO 1977/23 uwzględniła odwołania ww. wykonawców i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienie odrzucenia ofert obu odwołujących i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert obu odwołujących.

Zamawiający wykonał wyrok Izby, zgodnie z jego sentencją i dnia 17 sierpnia 2023 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę R. Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie „PROSTA PROJEKT”.

Z czynnością zamawiającego nie zgodził się wykonawca INKO Consulting sp. z o.o.

z siedzibą w Krakowie, który wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców PROSTA-PROJEKT oraz EM-TECHNIK

pomimo iż obie wskazane oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu z zamówienia, a ani PROSTA-PROJEKT ani EM-TECHNIK w złożonych wyjaśnieniach nie obalili domniemania, że zaofferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwolujący w uzasadnieniu swojego odwołania wskazał na okoliczności związane

z zaniechaniem zamawiającego dotyczącym badania rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wyjaśnień ww. wykonawców, które nie stanowiły podstawy do odrzucenia ofert tych wykonawców przekazanej informacją z 30 czerwca 2023 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołujący uchybił terminowi na skuteczne wniesienie odwołania, gdyż o czynności zamawiającego odwołujący dowiedział się 30 czerwca 2023 roku, co implikowało możliwość wniesienia odwołania w terminie 10 dni od otrzymania tej informacji od zamawiającego, tj. do dnia 10 lipca 2023 roku.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej okoliczność, iż oferta odwołującego w dniu 30 czerwca 2023 roku została uznana za ofertę najkorzystniejszą, nie wyłączała możliwości kwestionowania czynności zamawiającego w zakresie szerszym niż wynikało to

z uzasadnienia czynności zamawiającego z 30 czerwca 2023 roku. Nie jest bowiem możliwe i zasadne swobodne kreowanie stanowiska wykonawcy uzależnione jego sytuacją

w postępowaniu. Skoro bowiem już w dacie 30 czerwca 2023 roku odwołujący powziął informację o zaniechaniu czynności zamawiającego, to pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą powinien kwestionować to zaniechanie w trybie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Niezasadne jest zatem uznanie odwołania wniesionego w dniu 28 sierpnia 2023 roku za skuteczne, gdyż dotyczy ono czynności/zaniechań zamawiającego znanych odwołującemu na wcześniejszym etapie postępowania, tj. 30 czerwca 2023 roku. Uzależnienie skorzystania ze środków ochrony prawnej w kontekście sytuacji wykonawcy w postępowaniu nie jest dopuszczalne przepisami ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z przepisem art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu. Nie podlega także modyfikacji, a w szczególności nie może być przedłużony.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 8 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący:.....