

**WYROK**

**z dnia 24 lipca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 21 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 7 lipca 2023 r. przez wykonawcę Pracownię Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Kraków – Urząd Miasta Krakowa

przy udziale wykonawcy P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: BIURO PROJEKTÓW P. W. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: BIURO PROJEKTÓW P. W. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 221 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża przystępującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od przystępującego P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: BIURO PROJEKTÓW P. W. z siedzibą w Krakowie na rzecz odwołującego Pracownię Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy). 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 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. aktKIO 1957/23

**Uzasadnienie**

Gmina Miejska Kraków – Urząd Miasta Krakowa, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Wykonanie dokumentacji projektowej dla budynku Urzędu Miasta Krakowa pl. Wszystkich Świętych 3-4 w celu dostosowania do przepisów PPOŻ”, numer postępowania: OR-10.271.15.2023.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 20 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 056-166399.

W dniu 7 lipca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Pracownię Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, dalej jako: „Odwołujący”, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 224 ust. 2 pkt 1) oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP przez wybór oferty Biuro Projektów P. W. jako przedstawiającej najkorzystniejszą ofertę, pomimo faktu, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert oraz odrzucenia oferty jego konkurenta.

**Stanowisko Odwołującego:**

Argumentując zarzut rażąco niskiej ceny, Odwołujący wskazywał, że na gruncie niniejszej sprawy doszło do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, niemniej wyjaśnienia wraz z załącznikami nr 1 i 2 - w załączeniu - były w swej treści nad wyraz nieprecyzyjne, miały charakter ogólnikowy, zawierały szereg truizmów oraz, co istotniejsze, niespójne

oświadczenie w przedmiocie zatrudnianych wykonawców i wynikających z tego zobowiązań składkowych (szerzej w dalszej części uzasadnienia). Złożone wyjaśnienia obejmowały czysto mechaniczne wyliczenia ceny, mające na celu ex post próbę dowiedzenia, że w oferowanej przez Biuro Projektów P. W. cenie mieszczą się wszystkie elementy niezbędne do wykonania zamówienia.

Jak dalej wskazywał Odwołujący, analiza złożonej przez Wykonawcę Biuro Projektów P. W. oferty wraz z późniejszymi wyjaśnieniami pozwala postawić tezę, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a informacje Wykonawcy w zakresie wyceny oferty oparte są głównie na oświadczeniach o prawidłowej kalkulacji ceny oraz twierdzeniu o dużym doświadczeniu Wykonawcy i jego zespołu projektowego, bez podania żadnych dodatkowych dowodów (przykładowo: dokumentów finansowych, zaświadczeń, korzystnych ofert podmiotów współpracujących itp.).

Zdaniem Odwołującego, odnosząc się szczegółowo do wyliczeń przedstawionych przez Biuro Projektów P. W. w załącznikach nr 1 i 2 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny - należy zwrócić uwagę, że mają one charakter bardzo ogólnikowy, mechaniczny oraz nieoddający specyfiki i nakładu pracy w poszczególnych branżach projektowych. Brakuje szczegółowych wyjaśnień, jakie zasoby kadrowe i sprzętowe zostały przewidziane do realizacji zamówienia na poszczególnych etapach. Przedstawiona w załączniku 1 tabela kalkulacyjna nie uwzględnia zróżnicowania nakładu pracy dla poszczególnych branż projektowych w etapach III i IV - nakład pracy we wszystkich branżach projektowych w tych etapach jest skalkulowany identycznie w ilości 800 godzin. Uzasadnione wątpliwości budzi również ujednoczona dla wszystkich specjalności stawka godzinowa w wysokości netto 30,00 zł z narzutem kosztów pośrednich 65%, co dało stawkę 49,50 zł. Natomiast jest sprawą powszechnie znaną na rynku projektowym, że stawki godzinowe kształtują się różnie w zależności od specjalności projektowej, gdzie najwyższe stawki uzyskuje prowadzący projekt architekt, natomiast najniższe, na dole drabiny specjalistów, kosztorysanci.

W tabeli kalkulacyjnej - załącznik 1 wyjaśnień rażąco niskiej ceny - Wykonawca jest niekonsekwentny w kalkulacji kosztów osobowych - raz podaje branże projektowe, a innym razem poszczególne osoby. Wykazuje branże projektowe, jak: architektura, konstrukcja, instalacje sanitarne i elektryczne, dokumentacja kosztorysowa oraz osoby rzeczoznawcy p.poż. oraz konserwatora zabytków. Przy projektowaniu zasadniczym kosztem są koszty wynagrodzeń osobowych zespołu projektowego desygnowanego do wykonania zadania, a nie abstrakcyjny koszt poszczególnych branż projektowych.

W tym celu należy określić skład osobowy zespołu projektowego, czego Wykonawca Biuro Projektów P. W. nie zrobił w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Jak kontynuował Odwołujący, zgodnie z obowiązującymi przepisami w skład każdej branży muszą wchodzić co najmniej dwie osoby: projektant i sprawdzający. Mając zatem na uwadze powyższe, minimalny skład zespołu projektowego to kilkanaście osób. Powstaje więc pytanie, czy Wykonawca Biuro Projektów P. W. uwzględnił wszystkie koszty osobowe przyszłego zespołu projektowego, czy w kalkulacji cenowej uwzględnił wszystkich projektantów przewidzianych przepisami prawa? Osobną kwestią jest sposób zatrudnienia członków zespołu projektowego. Wykonawca Biuro Projektów P. W. w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w części „zgodność z przepisami z zakresu ochrony środowiska pracy i zabezpieczenia społecznego” oświadcza, że zatrudnia pracowników na umowy określone w Kodeksie Pracy za wynagrodzenie większe, niż ustawowa stawka minimalna oraz że odprowadza odpowiednio naliczane składki do ZUS i zaliczki do US. Równocześnie Wykonawca deklaruje w tabeli kosztów, w załączniku nr 2 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, że miesięczna składka ZUS to 3 465,16 zł.

Tymczasem już w momencie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu znany był fakt nowej stawki ustawowej minimalnego wynagrodzenia w kwocie 3 600,00 zł, obowiązującej przedsiębiorców od 1 lipca 2023 r. Składka ZUS od jednej wypłaty ze stosunku pracy, stanowiąca dodatkowy koszt pracodawcy to 737,28 zł. Jedna umowa ze stosunku pracy z minimalną stawką wynagrodzenia daje koszt 4 337,28 zł, a Wykonawca oświadczył, że wypłaca wynagrodzenie wyższe, niż minimalna stawka ustawowa. Powstaje więc pytanie, czy wszystkie osoby wchodzące w skład zespołu projektowego Wykonawcy są zatrudnione na podstawie umowy o pracę, a jeśli tak, to co odzwierciedla kwota składki ZUS podana w zał. 2 wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wysokości 3 465,16 zł?

Szczególne wątpliwości w opinii Odwołującego budzą kwestie kalkulacji cenowej wynagrodzenia kluczowego dla przedmiotowego zadania projektowego specjalisty rzeczoznawcy p.poż.

Biorąc pod uwagę ceny rynkowe działań rzeczoznawców p.poż. na podstawie własnych doświadczeń Odwołującego i danych, do których ma też zapewne dostęp Zamawiający (prowadzący liczne postępowania przetargowe na prace projektowe w zakresie dostosowanie obiektów do przepisów p.poż.) należy stwierdzić, że szczególnie w tym punkcie, zaznaczmy kluczowym dla całego zadania, informacja przedstawiona przez Biuro Projektów P. W. jest całkowicie

niewiarygodna.

Jak podkreślił Odwołujący, wykonawca Biuro Projektów P. W. przedstawia również niespójne dane na temat kosztów administracyjnych biura – na pierwszej stronie swoich wyjaśnień rażąco niskiej ceny podaje, że koszty stałe prowadzenia działalności za jeden miesiąc to ok. 2 500,00 zł netto, natomiast w zał. 2 do wyjaśnień podaje sumaryczne koszty biura i czynszu w kwocie 2 828,88 zł. Już tylko sama kwota kosztów biurowych bez czynszu, określona na poziomie 1 500,00 zł miesięcznie, budzi duże zastrzeżenia co do rzeczywistej wysokości. Biorąc pod uwagę fakt, że w kosztach prowadzenia biura muszą się znaleźć koszty energii elektrycznej, wody, wywozu śmieci, telefonów, materiałów biurowych, ubezpieczenia, koszty licencji oprogramowania kilkunastu stanowisk (skoro Wykonawca zatrudnia projektantów na umowę o pracę) – a sam koszt rocznej licencji podstawowego programu do projektowania AutoCAD na 1 stanowisko to 10 984,00 zł – wydruk z cennika producenta oprogramowania AUTODESK przedstawiamy w załączeniu), to w sposób oczywisty podana kwota jest nierealna, nieuwzględniająca rzeczywistych kosztów miesięcznych, szczególnie że należy w nich uwzględnić również obsługę administracyjną tak licznej grupy pracowników.

W tym miejscu podkreślenia wymaga jeszcze raz fakt, że Biuro Projektów P. W. nie przedstawia jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń i kalkulacji.

Odwołujący przedstawił również szeroką argumentację prawną wraz z przytoczeniem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący podkreślił również, że w zakresie zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego przedstawiciel Wykonawcy złożył nieprawdziwe oświadczenie, iż zatrudnia pracowników na umowy określone w Kodeksie Pracy, czyli na umowę o pracę. Jedną z osób wymienionych przez wykonawcę prowadzi bowiem własną działalność gospodarczą.

Składka ZUS za 1 miesiąc została podana w wysokości 3 465,16 zł, a więc jest zbyt niska, aby dotyczyła całego zespołu projektowego, wykazanego jako podmiotowy środek dowodowy złożony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (Wykaz osób wg załącznika nr 9 do SWZ – w załączeniu do Odwołania), nie mówiąc już o tym, że jest to zespół niewystarczający do realizacji zadania, a są to tylko wiodący projektanci w poszczególnych branżach.

Podobnie nieprawdziwa jest też informacja, że na obniżenie kosztów wpływa to, że wszyscy projektanci pochodzą z Krakowa i pracują w Krakowie. I tak wskazana uprzednio osoba mieszka i prowadzi samodzielną działalność gospodarczą ze swojego biura w Olkuszu i jest aktywnym podatnikiem VAT pod tym adresem. Natomiast osoba wskazana jako konserwator zabytków mieszka w Wieliczce, pod adresem wielickim prowadziła działalność gospodarczą, której obecnie już nie prowadzi. Informacje te również uznać należy za wprowadzające w błąd.

W załączeniu do odwołania Odwołujący przedłożył dokumenty potwierdzające, jego zdaniem, aktualność powyższych informacji: zaświadczenie o wpisie do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej i wyciąg z rejestru podatników VAT oraz zaświadczenie o wykreśleniu z Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej. Fakt złożenia oświadczenia niezgodnego z prawdą stanowić może kolejną przesłankę wskazującą na brak doświadczenia wykonawcy i zamiar wykonywania zamówienia przy pomocy podmiotów nieposiadających stosownej praktyki i stosujących zaniżone stawki będące podstawą wyceny nakładu pracy niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przedstawił również dodatkowe stanowisko procesowe w postaci pisma z dnia 21 lipca 2023 r. wraz z załączonymi do niego dowodami.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 19 lipca 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, uwzględniając w całości zarzuty odwołania.

#### Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 20 lipca 2023 r. sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania wniósł wykonawca P. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BIURO PROJEKTÓW P. W. z siedzibą w Krakowie.

Przystępujący wniósł w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania jako spóźnionego, wskazując że wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nastąpił pierwotnie w dniu 29.05.2023 r. Tego dnia zawiadomienie o wyborze zostało opublikowane na platformie E-zamówienia, a także przekazane do wykonawców przez środki komunikacji elektronicznej. Decyzja Zamawiającego z dnia 29.05.2023 r. zawierała wszystkie wymagane wg art. 253 ustawy pzp informacje, w szczególności informacje na temat wykonawców, których oferty zostały odrzucone wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia.

W decyzji z dnia 29.05.2023 r. Zamawiający uwzględnił ofertę Przystępującego w ocenie ofert, przez co jednoznacznie

wyraził swoje stanowisko, że nie stwierdził względem tej oferty podstaw odrzucenia, w tym w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 ustawy pzp. Jest to szczególnie jaskrawo widoczne, gdyż w tej decyzji Zamawiający odrzucił dwie inne oferty właśnie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp1.

Zarzucone w odwołaniu naruszenie przepisów (którego istnieniu Przystępujący stanowczo przeczy) miało więc miejsce w dniu 29.05.2023 r. To od tego dnia biegł dla Odwołującego termin na wniesienie odwołania od rzekomego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 czy też art. 224 ust. 6 ustawy pzp, to jest od dnia, w którym został przez Zamawiającego zawiadomiony o tym, że Zamawiający nie stwierdził, aby oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na jakiegokolwiek podstawie.

Przystępujący przedstawił również merytoryczne stanowisko w zakresie podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, które jego zdaniem są niezasadne.

Zdaniem Przystępującego jego wyjaśnienia miały charakter rzeczowy i konkretny. Przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia podane były w sposób inżynierski, bez nadmiernego rozbudowywania części odnoszącej się do kryteriów skopiowanych przez Zamawiającego do wezwania za art. 224 ust. 3 ustawy pzp. Nie zawierały one częstego w takich przypadkach „lania wody”. Były one więc odpowiednie dla przyjęcia przez Zamawiającego (zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy pzp), że oferta Przystępującego jest wyceniona prawidłowo. Zwłaszcza, że sam Zamawiający nie sformułował w toku postępowania konkretnych wątpliwości co do prawidłowości zaoferowanej przez Przystępującego ceny całkowitej, czy też w stosunku wyceny poszczególnych elementów składających się na zamówienie.

Dalej Przystępujący wskazał, że orzecznictwo KIO wielokrotnie stwierdzało, że dokonanie wezwania w sposób ogólny, bez sprecyzowania wątpliwości, a zwłaszcza, gdy wezwanie ograniczało się do powtórzenia jedynie katalogu czynników opisanych w art. 224 ust. 3 ustawy pzp (art. 90 ust. 2 poprzedniej ustawy pzp), stanowi determinantę nie dla podważania udzielonych na takie wezwanie wyjaśnień, ale raczej do dokonania przez Zamawiającego kolejnego wezwania.

Dalej Przystępujący zwrócił uwagę na fakt, że de facto jego wyjaśnienia są porównywalne z wyjaśnieniami Odwołującego w zakresie merytorycznym.

Zdaniem Przystępującego przy tak ogólnym wezwaniu Przystępujący nie miał wiedzy na temat tego, czy Zamawiający oczekuje przedstawienia danych dotyczących wyceny jakiś konkretnych elementów przedmiotu zamówienia, jakiś interesujących go obszarów. W tych okolicznościach Przystępujący przedstawił wyjaśnienia odnoszące się do podanych przez Zamawiającego ogólnych zagadnień, ale nie ograniczył się do tego. Przystępujący przedstawił także swoje wstępne założenia do oszacowania czasu i kosztowności poszczególnych zadań merytorycznych, a także w zestawieniach tabelarycznych przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferty w rozbiciu na koszty merytoryczne, związane bezpośrednio z opracowaniami projektowymi poszczególnych branż, jak i kalkulację kosztów innego rodzaju, m.in. administracyjnych, biura, opłat publicznoprawnych itp.

Wyjaśnienia te były konkretne i rzeczowe. Opisywały sposób wyliczenia poszczególnych elementów cenotwórczych na poziomie odpowiednim do zakresu przedmiotu zamówienia. Poziomem szczegółowości z pewnością nie ustępowały oczekiwaniom Zamawiającego, których wyrazem była treść wezwania z dnia 20.04.2023 r.

Dlatego wbrew twierdzeniom Odwołującego należy wskazać, że składając te wyjaśnienia Przystępujący sprostał wymaganiom art. 224 ust. 5 i 6 ustawy pzp, potwierdzając że przyjęta w ofercie cena pozwoli na prawidłową realizację zamówienia.

Przystępujący odniósł się również do poszczególnych wątpliwości sygnalizowanych przez Odwołującego w treści odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania. Zdaniem Izby przez możliwość poniesienia szkody nie można rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej Zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do

wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy PZP nie znajdowałby w praktyce zastosowania.

Skład orzekający w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, które również wskazywane jest w orzecznictwie, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej zamawiającego (tak: wyrok KIO z dnia 29 października 2020 r., KIO 2500/20).

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: BIURO PROJEKTÓW P. W. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, niestanowiące części dokumentacji postępowania, na okoliczności powołane w treści pism procesowych lub odnotowane w protokole posiedzenia i rozprawy:

Dowody Odwołującego:

- a) Wydruk cennika firmy Autodesk AEC Collection;
- b) Zaświadczenie o wpisie do Centralnej Ewidencji Działalności gospodarczej oraz wyciąg z rejestru podatników VAT dla pana A. H.;
- c) Zaświadczenie o wyrejestrowaniu z Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej N. S.-M.;
- d) Pismo Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 14 lipca 2023 r., znak: OU-01.1431.8.2023;
- e) Oferta z dnia 05.04.2023 r. na opracowanie ekspertyzy technicznej i uzgodnienia projektu „Przebudowy i z dostosowaniem do obowiązujących przepisów przeciwpożarowych zabytkowego budynku urzędu Miasta Krakowa przy pl. Wszystkich Świętych 3-4”.

Dowody Przystępującego:

- a) Faktury VAT (dowód nr 1-3);
- b) Wydruk ze strony producenta oprogramowania GstarCAD (dowód nr 4);
- c) Faktury VAT (dowód nr 5-7);
- d) Sprawozdanie finansowe za rok 2017 podmiotu Pracownie Konserwacji Zabytków – „ARKONA” Sp. z o.o.;
- e) Oświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (dowód nr 9-11).

Przystępujący przedstawił również przez okazanie oświadczenie kolejnej z osób skierowanych do realizacji zamówienia, o treści tożsamej jak w przypadku dowodów nr 9-11.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych przez Przystępującego. Dokumenty odnosiły się do okoliczności związanych ze złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, do których był wzywany Przystępujący i zostały przedłożone w związku z podniesionym zarzutem rażąco niskiej ceny. W związku z tym skład orzekający uznał przedmiotowe dokumenty za niedopuszczalne na tym etapie. Wykonawca wzywany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

zobowiązany jest do składania dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia najpóźniej w terminie zakreślonym przez zamawiającego na złożenie wyjaśnień. W ocenie składu orzekającego dokumenty złożone na etapie postępowania odwoławczego w celu potwierdzenia słuszności złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wykonawcę wzywanego do udzielenia takich wyjaśnień nie mogą wchodzić w skład materiału dowodowego, a przez to nie mogą być wzięte pod uwagę na potrzeby rozstrzygnięcia.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie dokumentacji projektowej dla budynku Urzędu Miasta Krakowa pl. Wszystkich Świętych 3-4 w celu dostosowania do przepisów PPOŻ”, numer postępowania: OR-10.271.15.2023.

Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu wpłynęło 6 ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego, opiewające odpowiednio na kwoty 1 795 800,00 zł brutto oraz 1 223 850,00 zł brutto. Ceny pozostałych ofert kształtowały się następująco:

- oferta nr 1: 1 950 000,00 zł brutto;
- oferta nr 3: 2 916 945,00 zł brutto;
- oferta nr 4: 2 484 600,00 zł brutto;
- oferta nr 6: 2 760 000,00 zł brutto.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę: 4 200 000,00 zł brutto.

W dniu 20 kwietnia 2023 r. Przystępujący został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny. W treści wezwania Zamawiający powtórzył treść przepisy art. 224 ust. 3 ustawy PZP. Dodatkowo wskazał, że „*wyjaśnienia powinny przedstawiać szczegółowy sposób kalkulacji wszystkich elementów składających się na cenę całkowitą zamówienia zaproponowaną w ofercie*”.

Zamawiający wskazał również, że „*podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uchwale o sygn. akt KIO/KU 40/14, Zamawiający kierując do wykonawcy wezwanie do udzielenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, oczekuje wyczerpujących i rzeczowych informacji na temat sposobu wyceny elementów oferty. W sytuacji, gdy Zamawiający otrzymuje w ramach wyjaśnień ogólne stwierdzenia, zamiast wskazania konkretnych kwot, przedstawienia konkretnych ofert dostawców czy podwykonawców, to takie stwierdzenia nie wnoszą nic do sprawy. (...) Tym samym należy uznać, że tak ogólne oświadczenie nie może być wiarygodnym dowodem potwierdzającym należyte i dokładne oszacowanie zamówienia. Nie można, w ocenie Izby, przy wyjaśnieniu wysokości zaoferowanej ceny, nie wskazać konkretnych elementów kosztowych, w tym cen poszczególnych elementów z podaniem wyczerpującego uzasadnienia i konkretnego dowodu, w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę, która została zaoferowana. Ponownie Izba podkreśla, że celem uzyskania wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny jest uzyskanie wiarygodnych i pełnych wyjaśnień, nie zaś ogólnych stwierdzeń, czy oświadczeń. Brak uzyskania konkretnych wyjaśnień nie stanowi podstawy do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.*”

Pismem z dnia 25 kwietnia Przystępujący przedłożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia.

W ich treści wskazał, że danymi wyjściowymi do obliczenia ceny ofertowej było:

- określenie czasu wykonania: - 68 tygodni – tj. 17 miesięcy

Przyjęto 5 dni roboczych w tygodniu po 8 godzin pracy dziennie.

ETAPI I – 26 TYGODNI            x 5 dni – 130 dni

ETAP II – 22 TYGODNIE            x 5 dni – 110 dni

ETAP III – 8 TYGODNI            x 5 dni – 40 dni

ETAP IV – DO 12 TYGODNI            x 5 dni – 60 dni

Przyjęto 5 dni roboczych w tygodniu po 8 godzin pracy dziennie.

Koszty stałe prowadzenia działalności (czynsz, opłaty za najem oprogramowania, koszty biurowe, telefon itp.) za jeden miesiąc wynoszą ok. 2500 zł (netto).

W przedstawionej kalkulacji uwzględniono koszty stałe i administracyjne z okresu 17 miesięcy.

Przyjęto  $2500 \text{ zł} \times 17 \text{ miesięcy} = 42\,500,00 \text{ zł}$ .

Przyjęto stawkę godzinową – 30 zł netto.

Przyjęto narzut/koszty pośrednie na poziomie 65%.

$30 \text{ zł} + 65\% = 49,50 \text{ zł}$  – przyjęto koszt roboczogodziny 49,50 zł netto.

Wyczenie kosztów zgodnie z TABELĄ KALKULACYJNĄ I TABELĄ KOSZTÓW str. 3 i 4.

Na stronie 2 wyjaśnień wykonawca zawarł oświadczenia dotyczące doświadczenia osób biorących udział w przygotowaniu opracowania, zarządzania procesem produkcji i świadczonych usług, wyjątkowo korzystnych warunków usług, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, zgodności z przepisami w zakresie ochrony środowiska oraz oszczędności metody wykonania zamówienia.

Jako załączniki przedłożył tabelę kalkulacyjną oraz tabelę kosztów.

Pismem z dnia 29 maja 2023 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą uznana została oferta Odwołującego.

Pismem z dnia 27 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 czerwca 2023 r. (sygn. akt KIO 1629/23), unieważnił czynności pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzył czynności badania i oceny ofert, ponownie ustalając nowy ranking ofert i dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

#### **Uzasadnienie prawne:**

Zdaniem Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba pragnie zwrócić uwagę na pewne naczelné zasady dotyczące składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ich późniejszej oceny przez instytucję zamawiającą.

Przede wszystkim wyjaśnienia składane przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP powinny w sposób wyczerpujący i konkretny wykazywać możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy jest zobowiązany na tyle szczegółowo wyjaśnić względy, dla których był uprawniony zaoferować taką cenę, by Zamawiający nie miał już podstaw mieć w tej sprawie wątpliwości (tak: wyrok z dnia 27 stycznia 2022 r., KIO 113/22).

Po drugie, wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego (tak: wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., KIO 115/22).

Po trzecie, składane wyjaśnienia powinny być precyzyjne i rzeczowe. Mnożenie ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożenia niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Informacja taka może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności (tak: wyrok z dnia 25 lutego 2015 r., KIO 178/15).

Istotną okolicznością jest również to, że wyjaśnienia mają odpowiadać treści wezwania sformułowanego przez Zamawiającego. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (tak: wyrok z dnia 17 marca 2021 r., KIO 520/21).

W związku z powyższym, wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (tak: wyrok z dnia 16 marca 2021 r., KIO 293/21). Przy czym nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególnie warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczególności wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania.

Dalej wskazać należy, że według art. 513 pkt 1 i 2 ustawy PZP odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę, uzasadniły należycie cenę jego oferty. Przedmiotem rozpoznania Izby jest zatem czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedłożonych wyjaśnień.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag na grunt analizowanej sprawy, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego.

Co do zasady wezwanie Zamawiającego nie miało charakteru nader szczegółowego. Należy jednak zwrócić uwagę na pewne elementy, które zdaniem Izby, wyróżniały przedmiotowe wezwanie, od wezwania typowego, powtarzającego treść art. 224 ust. 3 ustawy PZP.

Przede wszystkim elementem wyróżniającym było to, że Zamawiający zobowiązał wykonawcę do tego by wyjaśnienia przedstawiały szczegółowy sposób kalkulacji wszystkich elementów składających się na cenę całkowitą zamówienia zaproponowaną w ofercie. Zdaniem Izby treść wezwania nakazuje twierdzić, iż Zamawiający oczekiwał przedstawienia kalkulacji jako obligatoryjnego elementu wyjaśnień, nie nadając kalkulacji waloru dowodu, który mógłby potwierdzać zasadność przyjętych danych kalkulacyjnych.

Powyższe potwierdza fragment wezwania, w którym Zamawiający wskazał w jaki sposób oceniać będzie przedłożone wyjaśnienia, poprzez odwołanie się do stanowiska wyrażonego w uchwale KIO/KU 40/14. Zamawiający oczekiwał oprócz „wskazania konkretnych elementów kosztowych” – co Przystępujący uczynił, również „wyczerpującego uzasadnienia i konkretnego dowodu” potwierdzającego w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę, która została zaoferowana.

Zdaniem Izby Przystępujący chociaż podał konkretne elementy kosztowe, to uczynił to w sposób bardzo ogólny. Oprócz tego, do złożonych wyjaśnień nie dołączył żadnego dowodu, który potwierdzałby zasadność przyjętego sposobu kalkulacji.

Przechodząc do szczegółowej analizy przedłożonych przez Przystępującego wyjaśnień, Izba pragnie wskazać, co następuje.

Pierwsza strona wyjaśnień tak naprawdę nie zawiera prawie żadnych elementów merytorycznych. Jedyne dane, jakie można potraktować w kategoriach faktycznych wyjaśnień ceny to: 1) podanie kosztów stałych prowadzenia działalności oraz 2) stawki godzinowej z poziomem narzutu.

Dane wyjściowe wskazywane przez Przystępującego wynikają z treści projektowanych postanowień umowy (§ 6 ust. 1 PPU). Ich powołanie nie wnosi więc nic do sprawy i nie może wpływać na pozytywną ocenę przedkładanych wyjaśnień.

Na stronie drugiej wyjaśnień Przystępujący zawarł ogólne oświadczenia dotyczące doświadczenia osób biorących udział w przygotowaniu opracowania, zarządzania procesem produkcji i świadczonych usług, wyjątkowo korzystnych warunków usług, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, zgodności z przepisami w zakresie ochrony środowiska oraz oszczędności metody wykonania zamówienia.

Znamiennym jest, że Przystępujący nie podjął nawet trudu, by oświadczenia te zindywidualizować. Każdy z fragmentów zawartych na stronie 2 wyjaśnień, nie licząc krótkiego wymienienia podmiotów, dla których Przystępujący w przeszłości realizował inwestycje, mógłby zostać z powodzeniem użyty przez jakiegokolwiek wykonawcę, w jakimkolwiek postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uznać zatem należy, że również na stronie 2 wyjaśnień brak jest elementów merytorycznych, które mogłyby posłużyć Zamawiającemu do pozytywnej oceny przedkładanych przez Przystępującego wyjaśnień.

Załącznik nr 1 w postaci tabeli kalkulacyjnej w zasadzie prezentuje jeden nowy element, tj. poziom czasochłonności w podziale na poszczególne branże/osoby. W pozostałym zakresie tabela nie ukazuje żadnych nowych danych, gdyż w jej ramach przemnożone zostały jedynie poszczególne wartości. Nie wiadomo przy tym, dlaczego przyjęty został taki a nie inny poziom czasochłonności.

Załącznik nr 2 stanowi jedynie prezentację pewnych danych, jakie wykonawca przyjął na potrzeby kalkulacji, tj. łącznych kosztów robocizny, wysokość składki ZUS, kosztów przygotowania opracowania (wydruki, oprawy, CD, itp.), nieprzewidziane koszty (5%), czynsz, koszty biurowe, koszty postępowań administracyjnych, transport, komunikacja po Krakowie oraz zysk od R na poziomie ~25%. Nie sposób jednak uznać, że prosta prezentacja danych jest adekwatną odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego, który oczekiwał wyczerpujących i rzeczowych informacji na temat sposobu wyceny elementów oferty oraz przedstawienia dowodów potwierdzających przyjęte założenia.

Podkreślenia wymaga, że zdaniem Izby, Przystępujący do złożonych wyjaśnień nie załączył żadnego dowodu. Fakt, że pewne dane ujął on w ramach tabeli, nie oznacza, że można je potraktować jako dowody. Izba stoi na stanowisku, że rygor dowodowy, który ustawa PZP nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku. O ile nie wynika to z treści wezwania, wykonawca ma swobodę przy określaniu dowodów, jakimi wykaże zasadność przyjętej kalkulacji. W niniejszej sprawie trudno jednak uznać by prezentacja danych w formie tabelarycznej stanowiła szczegółowy sposób kalkulacji wszystkich elementów składających się na cenę całkowitą zamówienia zaproponowaną w ofercie, czego wymagał Zamawiający. Ujęcie danych w ramach tabeli stwarza jedynie pewne pozory, że Przystępujący załączył do wyjaśnień dowody, jednakże zdaniem Izby, stanowi to jedynie formę prezentacji oświadczeń własnych Przystępującego na temat wysokości poszczególnych kosztów składających się na zaoferowaną cenę.

Nie sposób uznać, że proste oświadczenie, że wykonawca ponosi określone koszty na pewnym poziomie stanowi „warygodne i pełne wyjaśnienie, nie zaś ogólne stwierdzenia, czy oświadczenia”. Z treści przedłożonych przez Przystępującego wyjaśnień nie można się dowiedzieć dlaczego przyjął taki a nie inny poziom kosztów. Zasadność ich przyjęcia nie została także potwierdzona ani jednym dowodem, a Zamawiający w treści wezwania wielokrotnie zwracał uwagę na obowiązek przedłożenia dowodów oraz szczegółowych wyjaśnień.

Dalej wskazać należy, że Izba doszła do przekonania, iż Przystępujący miał świadomość istotności i konieczności złożenia dowodów w ramach wyjaśnień, ponieważ w trakcie postępowania odwoławczego, wnioskował o załączenie na poczet materiału dowodowego licznych dokumentów, które miałyby potwierdzać zasadność przyjęcia przez niego kosztów na określonym poziomie. Wskazać jednak należy, że działanie Przystępującego jest spóźnione. W ramach wniesionego środka ochrony prawnej Izba ocenia czynność Zamawiającego jaką była ocena przedłożonych wyjaśnień na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Na etapie postępowania odwoławczego Przystępujący może jedynie dowodzić prawidłowości złożonych wyjaśnień, a nie uzupełniać je materiałem, który powinien był złożyć na etapie formułowania odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Podsumowując, zdaniem Izby, Przystępujący składając wyjaśnienia ceny nie obalił ciężącego na nim domniemania ceny rażąco niskiej. Przede wszystkim nie załączył on do wyjaśnień żadnego dowodu. Trudno również uznać by przedstawiona przez niego prezentacja danych w formie tabelarycznej stanowiła szczegółowy sposób kalkulacji elementów składających się na cenę całkowitą oferty. Z tego względu nie uczynił on także zadość wezwaniu Zamawiającego.

Dalej wskazać należy, że zdaniem Izby, w niniejszej sprawie brak jest podstaw do skierowania ponownego wezwania.

Jak zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie, ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny możliwe jest tylko w przypadku, gdy pierwsze wyjaśnienia są szczegółowe i precyzyjne, ale z jakichś względów wciąż istnieją wątpliwości, które należy wyjaśnić. Tymczasem w niniejszej sprawie niski poziom szczegółowości wyjaśnień Przystępującego nie daje podstaw by miał on „drugą szansę” na przekonanie Zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Uwzględniając powyższe, odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 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).

**Przewodniczący:** .....