

Sygn. akt: KIO 1808/23

**WYROK**  
z dnia 12 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**  
**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Pectore-Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Infrastruktury w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Ł. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł. S. ekoverit we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) 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. akt: KIO 1808/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Ministerstwo Infrastruktury w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na wykonanie opracowania pn. „Analiza społeczno-ekonomiczna użytkowania wód morskich oraz kosztów degradacji środowiska morskiego” (znak postępowania: BDG-5.2510.11.2023.IJS).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 maja 2023 r. pod numerem nr 2023/BZP 00202234.

W dniu 26 czerwca 2023 r. wykonawca Pectore-Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1), 2) i 3) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, a Odwołujący przedstawił kompletne i wystarczające wyjaśnienie ceny, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a decyzje podjęte przez Zamawiającego są nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy ekoverit Ł. S. jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty ekoverit Ł. S. jako najkorzystniejszej,
- b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) dokonania ponownego badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- d) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Formalny charakter wezwania Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zostały złożone 2 oferty. Oferta Odwołującego jest o 14% niższa od średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert. Zamawiający poinformował wykonawców, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi 334 724,00 zł. Oferta wykonawcy ekoverit Ł. S. jest niższa o 23% od wartości zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług. Oferta Odwołującego jest niższa o 42% od wartości zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług. Powyższe wskazuje, że najprawdopodobniej Zamawiający przeszacował wartość zamówienia. Odwołujący przywołał wyrok KIO sygn. akt: KIO 2239/13, sygn. akt: KIO 2240/13 oraz wyrok KIO 1468/14.

Wskazał, że Zamawiający w dniu 17.05.2023 r. skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie formułował żadnych szczegółowych pytań ponad te, jakie wskazane są w treści art. 224

ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający w treści wezwania nie powoływał się na art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący rozumie przez to, że wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny miało charakter wyłącznie formalny, wynikający jedynie z różnicy procentowej ceny ofertowej oraz wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, nie zaś wynikający z realnych wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości zrealizowania zamówienia w zaoferowanej przez Odwołującego cenie. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił kompletne wyjaśnienia ceny poparte adekwatnymi dowodami.

Procedura prowadzenia przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny

W dniu 26.05.2023 r. Zamawiający skierował do Wykonawcy drugie wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że nie do końca rozumiał intencję Zamawiającego. Zamawiający bowiem wyraźnie wskazał, że kieruje swoje zapytanie celem ustalenia czy cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska i jako podstawę wezwania wskazał art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający wymagał wyjaśnienia dlaczego Odwołujący w swojej kalkulacji uwzględnił dodatkowego eksperta merytorycznego oraz pracownika wspomagającego (a zatem osoby wykraczające ponad minimum wymagane w SWZ). Zauważyć należy, że zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego większa ilość osób w zespole ekspertów oznacza wyższe koszty wykonawcy (wynagrodzenie dodatkowych osób). Wobec tego, zarzut jaki mógłby zostać w takiej sytuacji sformułowany mógłby dotyczyć wyłącznie tego, że Odwołujący za wysoko oszacował swoją ofertę. Tymczasem Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia, czy dodatkowy ekspert merytoryczny oraz osoba wspomagająca nie oznaczają, że cena będzie rażąco niska.

Odwolujący udzielił następującej odpowiedzi odnosząc się do konkretnych zapisów SWZ, z których, w ocenie Odwołującego, wprost wynikało, że możliwe jest skierowanie do realizacji zamówienia większej ilości osób.

Następnie Odwołujący przywołał treść wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 2 czerwca 2023 r. Uzasadniał, że z zapisów SWZ w żaden sposób nie wynikało ujawnione przez Zamawiającego dopiero w treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oczekiwanie, aby zamówienie było realizowane wyłącznie przez osoby wskazane

w wykazie osób a nie jak to jest określone w projektowanych postanowieniach umowy „z udziałem osób wskazanych w wykazie osób”. Odwołujący przywołał brzmienie pkt 4.1.5.2 SWZ oraz § 11 ust. 1 projektowanych postanowień umowy i podniósł, że postanowienia SWZ wskazują bezspornie, że możliwe było zbudowanie zespołu osób, w skład którego wchodziłoby więcej osób, niż minimum wskazane przez Zamawiającego oraz, że zamówienie miało być realizowane „z udziałem” osób wskazanych w wykazie osób, a nie „wyłącznie przez” osoby wskazane w wykazie osób.

#### Charakter zamówienia i wpływ uwzględnienia dodatkowych osób na kalkulację

Odwolujący wskazał, iż zamówienie miało być realizowane przez zespół osób. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego „zespół” to grupa ludzi wspólnie pracujących lub robiących coś w jakiejś dziedzinie. Członkowie zespołu mają różne zadania, w tym również

i takie o charakterze niemerytorycznym, jak np. fizyczne przygotowanie jakichś materiałów (kserowanie, drukowanie itd.) czy poszukiwanie informacji. W praktyce realizacji tego typu zadań zawsze uczestniczy większa grupa osób, tak, aby osoby merytoryczne nie musiały zajmować się absolutnie wszystkim, lecz mogły skoncentrować się na przygotowaniu analizy. Uwzględnienie tych osób w kalkulacji jest dowodem na rzetelne jej przygotowanie. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący w swojej kalkulacji zapewnił 2 dodatkowe osoby, które miały wspierać zespół merytoryczny w realizacji ich zadań, co w żaden sposób nie oznaczało, że zamówienie nie będzie realizowane z udziałem osób wskazanych

w wykazie osób, a jedynie, że osoby te będą miały dodatkowe wsparcie.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający, wzywając do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w których czyni zarzut z powodu przewidzenia w kalkulacji większej ilości osób niż wskazane w SWZ minimum, wykazał się skrajnym formalizmem, całkowicie pomijając: - cel, w jakim prowadzona winna być procedura wyjaśnień rażąco niskiej ceny (a zatem ustalenie, czy cena oferty nie jest dumpingowa), - cel, jakim jest należyta realizacja zamówienia (oczywistym jest, że większy zespół osób będzie miał większe możliwości prawidłowej realizacji zamówienia, chociażby z uwagi na czynnik ludzki (choroby, urlopy, nieprzewidziane sytuacje). Bez względu na powyższe istotne jest to, że nadmiarowa ilość osób wskazana

w kalkulacji w żaden sposób nie może dowodzić, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Odwołujący uwzględnił realną liczbę osób biorącą udział w zamówieniu oraz fakt, że ekspertów wysokiej klasy musi wspierać zespół realizujący działania organizacyjne, korektorskie oraz inne wspierające prace projektowe. Ujęcie w kalkulacji dodatkowych 2 osób w żaden sposób nie oznaczało, że zamówienie nie będzie realizowane „z udziałem” osób wskazanych w wykazie osób (zresztą Zamawiający nie formułuje takiego zarzutu), a już na pewno nie mogło budzić jakichkolwiek wątpliwości pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający nigdy nie wskazał, jak w jego ocenie fakt w kalkulowaniu w koszty oferty 2 dodatkowych osób miałyby wpłynąć na jej wysokość (w kontekście tej sprawy – jak dodatkowy koszt miałyby świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty). Odwołujący zaoferował Zamawiającemu większy zespół osób niż oczekiwane w SWZ minimum i z tego tytułu nie może ponosić jakichkolwiek konsekwencji, a już na pewno nie takich jak odrzucenie jego oferty z tytułu rażąco niskiej ceny.

#### Interpretacja wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – zmiana kalkulacji wynikająca z ww. interpretacji

Odwolujący wskazał, iż dopiero z treści wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 26.05.2023 r. oraz 2.06.2023 r., Wykonawca powziął wiedzę o tym, że intencją Zamawiającego było to, aby zespół osób składał się nie „przynajmniej” z osób wymienionych w wykazie osób, lecz „wyłącznie” z osób wymienionych w wykazie osób, oraz że zamówienie nie ma być realizowane „z udziałem” osób wymienionych w wykazie osób, lecz „wyłącznie” przez osoby wymienione w wykazie osób. Wobec powyższego, chcąc uczynić zadość oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w wezwaniach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący przedstawił kalkulację, w której przewiduje realizację zamówienia bez dodatkowych osób, co pozwoliło Odwołującemu na poczynienie dodatkowych oszczędności.

Wskazane wyżej rozwiązanie wydawało się być jedynym słusznym

w zaistniałej sytuacji, albowiem jak wynikało z treści wezwań do wyjaśnień Zamawiający nie dopuszczał możliwości udziału w realizacji zamówienia jakichkolwiek innych osób niż te, które wymienione były w wykazie osób. W ocenie Odwołującego zmiana wykazu osób

w wyniku procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny byłaby działaniem niedopuszczalnym. Wobec tego, jedyne co mógł uczynić w tej sytuacji Odwołujący, aby sprostać oczekiwaniom Zamawiającego ujawnionym w wezwaniach do wyjaśnień, to usunąć koszt 2 dodatkowych osób ze swojej kalkulacji i w ten sposób uszczuplić ją o koszt wynagrodzenia ww. osób. Zaoszczędzone w ten sposób środki Odwołujący zdecydował się przenieść w inne kategorie, co w żaden sposób nie wpłynęło na sumaryczną cenę oferty i powodowało, że wciąż była ona na poziomie rynkowym pozwalającym Odwołującemu na należyłą realizację zamówienia oraz uzyskanie satysfakcjonującego zysku (nawet wyższego niż zakładano pierwotnie).

#### Uzasadnienie odrzucenia oferty – nieprawidłowa ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny

W dniu 21.06.2023 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie

art. 226 pkt 8 ustawy Pzp.

Uzasadniał, że Zamawiający nie wskazał z których zapisów SWZ wynika wniosek, że liczba osób wskazanych w wykazie osób musi odpowiadać liczbie osób podanej w kalkulacji. Zamawiający nie wyjaśnił też, w jaki sposób okoliczność wskazania w kalkulacji większej liczby osób niż w wykazie osób miałyby prowadzić do wniosku, że cena oferty jest rażąco niska (logicznym jest, że dodatkowe osoby oznaczają dodatkowe koszty), bo to przecież jest podstawą odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 pkt 8 ustawy Pzp.

Podkreślał, że zmiana kalkulacji polegająca na zmniejszeniu liczby osób wykraczających ponad te, jakie były w wykazie osób została wymuszona przez Zamawiającego, który w treści wezwań formułował dodatkowe wymagania niewynikające z zapisów SWZ. Zamawiający musi mieć na uwadze w tej sytuacji, że Wykonawca, który dopiero na etapie wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny poznaje intencje Zamawiającego niewyraźne wprost w dokumentacji postępowania, nie może ponosić tego konsekwencji.

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że wszelkie wątpliwości odnośnie do treści SWZ zamawiający musi rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Przywołał wyrok KIO z 16 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 660/15.

Odwolujący podkreślał, że Zamawiający nie ma narzędzia do tego, aby zweryfikować jaką liczbę osób wybrany w postępowaniu wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia. Tymczasem właśnie ta okoliczność decyduje o odrzuceniu oferty Odwołującego, co więcej – skalkulowanie pracy większej ilości ekspertów niż wymagane przez Zamawiającego minimum stało się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego z tytułu rażąco niskiej ceny, co przeczy zasadom logiki i doświadczenia życiowego. Odwołujący

w sposób kategoryczny wskazał, że nie istnieje przepis prawa, z którego wynikałoby uprawnienie Zamawiającego do

odrzućenia oferty wykonawcy na tej podstawie, że w wyniku wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pod wpływem Zamawiającego, dokonuje on modyfikacji kalkulacji w taki sposób, że usuwa z niej nadmiarowy koszt i przesuwa go do innej kategorii.

Uzasadniał, iż żadna z sytuacji określonych art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie zaistniała w okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy. Odwołujący udzielił wyjaśnień

w terminie oraz złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę. Zatem działanie Zamawiającego, nie mającego żadnych podstaw aby twierdzić, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska, stanowi oczywiste naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający jako podstawę prawidłowości swojego działania nie przedstawia przepisu prawa, lecz orzeczenie zapadłe w zupełnie odmiennym stanie faktycznym,

w którym osiǳ sporu była kwestia, czy założona przez przystępującego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz czy zamawiający ma prawo wzywać więcej niż jeden raz wykonawcę do wyjaśnienia podstaw kalkulacji ceny oferty. Przywołane przez Zamawiającego orzeczenie dotyczyło sytuacji, w której wykonawca w toku wyjaśnień dodał dodatkowe, nieuwzględnione wcześniej w kalkulacji pozycje, co spowodowało ujawnienie nowych kosztów, nieuwjętych w pierwszych wyjaśnieniach. Jak wynika z powyższego stan faktyczny sprawy, w której zapadło ww. orzeczenie nie był analogiczny do przedmiotowego, co czyni niezasadnym podejmowanie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w tym postępowaniu w oparciu

o ww. wyrok. Zbyt daleko idącym byłoby twierdzenie (reprezentowane przez Zamawiającego), że każda zmiana kalkulacji, zawsze i bezwzględnie skutkować powinna odrzuceniem oferty wykonawcy. Tym bardziej w przedmiotowej sytuacji, gdy nie ma wątpliwości, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska, a dokonana zmiana nie miała żadnego wpływu na wysokość ceny ani też zakres zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający musi mieć też świadomość, istnienia orzeczeń przeciwnych, jak choćby KIO 1021/17, w którym to Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, który zmodyfikował pierwotnie przedłożoną kalkulację. Przy czym to także była sytuacja, w której kalkulacja została uzupełniona o nieistniejące w pierwotnej kalkulacji elementy – a zatem to odmienna od przedmiotowej,

w której to Odwołujący usunął koszt 2 osób i przeniósł oszczędności tak pozyskane w inne pozycje. Odwołujący przywołuje powyższy wyrok na potwierdzenie tego, że jakkolwiek automatyzm w ocenie modyfikacji kalkulacji i tego, czy może ona stanowić podstawę do odrzucenia oferty, jest całkowicie niedopuszczalny.

Podkreślał, że Zamawiający nie może działać w sposób automatyczny, bezrefleksyjny i niezajdujący oparcia w przepisach ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacjach, w których podejmuje decyzje o odrzuceniu oferty wykonawcy. Działanie takie jest sprzeczne

z zasadami dobrej administracji oraz proporcjonalności.

#### Cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest i nigdy nie była rażąco niska

Odwołujący wskazał na rozumienie pojęcia rażąco niskiej ceny w dorobku orzecznictwa i doktryny.

Oświadczył, że zaoferowana przez niego cena nie jest i nigdy nie była rażąco niska (wynosi dokładnie tyle samo przy założeniu w kalkulacji dodatkowych osób, jak i po ich usunięciu do czego doszło pod wpływem pism Zamawiającego). Do ceny ofertowej nie dodano nieuwzględnionych wcześniej, a wynikających z SWZ elementów, co mogłoby decydować o niedopuszczalności takiej zmiany. Cena za realizację zamówienia została obliczona z uwzględnieniem wszelkich wymagań SWZ oraz gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Usługa objęta przedmiotem oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, tj. w pełni zgodny z potrzebami Zamawiającego opisanymi w SWZ, zgodnie ze sposobem obliczenia ceny podanym w SWZ oraz w sposób odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym zapewnieniem zysku na oczekiwanym poziomie. Przedstawiona przez Odwołującego cena jest realna, wiarygodna oraz równocześnie jest ceną rynkową, obliczoną w sposób rzetelny, z uwzględnieniem wszelkich kosztów i ryzyk związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Odwołujący przedstawił kalkulację cenową odpowiadającą charakterystyce zamówienia. Kalkulacja cenowa obejmuje wszystkie elementy składowe zamówienia. Przedstawione dowody nie mogą budzić żadnych wątpliwości, co do ich rzetelności i realności. Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach ceny nie ograniczył się do złożenia ogólnego zapewnienia, że wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są konkretne, wyczerpujące i przekonujące, ujawniające składniki cenotwórcze, a przede wszystkim adekwatne do wezwania Zamawiającego i zawierające wszystkie elementy, których Zamawiający zażądał w wezwaniu.

Podkreślał, że oferta albo została złożona z rażąco niską ceną (tj. cena była rażąca już w momencie jej zaoferowania), za którą obiektywnie nie jest możliwe wykonanie zakresu zamówienia na warunkach rynkowych i bez ponoszenia straty, albo została przygotowana

w sposób prawidłowy z ceną realną i wiarygodną, skalkulowaną w relacji do rzeczywistych kosztów ponoszonych przez wykonawcę. W żadnym jednak wypadku oferta pierwotnie prawidłowo skalkulowana, za którą można z zyskiem wykonać zamówienie, nie może „stać się” ofertą złożoną z rażąco niską ceną w trakcie postępowania w związku z reprezentowaną przez Zamawiającego w wezwaniach do wyjaśnień interpretacją zapisów SWZ. Zamawiający nigdy realnie nie zakwestionował ceny oferty Odwołującego. Zamawiający nigdy też nie wskazał w jaki sposób nadmiarowa (w jego ocenie) liczba osób wskazanych w kalkulacji zamówienia miałyby decydować o tym, że oferta jest rażąco niska.

#### Sposób prowadzenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie może zmierzać do odrzucenia oferty wykonawcy. Działania Zamawiającego nie są proporcjonalne

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 31 lipca 2019 r. sygn. akt: KIO 1358/19

i uzasadniał, że w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący został właśnie wciągnięty w ww. „formalną pułapkę”, w której to Zamawiający „wymusił” na Odwołującym zmianę kalkulacji (która w żadnym wypadku nie wskazywała na rażąco niską cenę oferty),

a następnie odrzucił ofertę Odwołującego w uwagi na dokonanie ww. zmiany. Powołał się także na wyrok KIO sygn. akt: 3436/21 oraz wyrok TSUE z dnia 28 lutego 2018 r.

w sprawach połączonych C-523/16, C-536/16, MAT.I. SUD SpA v. Centostazioni SpA

i Duemme SGR SpA przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) (EU:C:2018:122). Argumentował, że Zamawiający nie może podejmować decyzji w oderwaniu od zasady proporcjonalności.

#### Odpowiedzialność z tytułu dyscypliny finansów publicznych

Odwołujący stwierdził, że w wyniku opisanych wyżej naruszeń, Zamawiający z chwilą podpisania umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych, narażając Skarb Państwa na stratę wynoszącą 63 345,00 zł (różnica między ceną oferty najkorzystniejszej, a ceną oferty wybranej).

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 2, *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia oraz zawiadania o wykonawcach których oferty zostały odrzucone. Ponieważ jak to zostało wykazane powyżej, oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona z postępowania, Zamawiający winien unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 21.06.2023 r.,

a następnie powtórzyć czynność badania i oceny ofert, a następnie dokonać wyboru oferty Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest

jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Odwolujący wskazał, że w stanie faktycznym sprawy, mając na uwadze opisaną wyżej argumentację, pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, byłoby wprost sprzeczne z wymienionymi w treści zarzutu przepisami ustawy Pzp. Nie sposób zaakceptować odrzucenia oferty z powodu uznania, że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp), w sytuacji gdy bezsprzecznie oferta ta nie jest rażąco niska.

Zamawiający w dniu 7 lipca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 10 lipca 2023 r. pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 10 lipca 2023 r. pismo procesowe w sprawie złożył Odwołujący.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Ł. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł. S. ekowert we Wrocławiu [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, wezwania do wyjaśnień ceny kierowane do Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 21 czerwca 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 lipca 2023 r., w tym odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego oraz pismo procesowe Odwołującego z dnia 10 lipca 2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Zamawiającego, tj.: 1. zestawienie dotyczące zespołu specjalistów w I i III wyjaśnieniach Odwołującego; 2. wyciąg z SWZ, wyciąg z umowy o numerze DGWiZŚ-POIiŚ-U-212/22-M, z dnia 18.01.2023 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, wykaz osób realizujących zamówienie, wniosek Wykonawcy o dodanie nowego eksperta.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na wykonaniu opracowania pn. „Analiza społeczno-ekonomiczna użytkowania wód morskich oraz kosztów degradacji środowiska morskiego”.

Zgodnie z pkt. 4.1.5.2 SWZ Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia zespół, w skład którego wchodzić będą co najmniej następujące osoby:

a) Kierownik/koordynator projektu, posiadający:

- co najmniej tytuł zawodowy inżyniera lub licencjata z zakresu jednej z dziedzin: biofizyki albo biologii albo ekologii albo inżynierii środowiska albo nauk o ziemi albo oceanografii albo ochrony środowiska oraz

- doświadczenie w kierowaniu/koordynowaniu minimum 3 projektami (analizami albo ekspertyzami albo raportami albo badaniami albo opracowaniami) o tematyce związanej z ochroną środowiska morskiego, w ramach których przeprowadzono badania środowiskowe mające na celu zgromadzenie i analizę danych,

b) co najmniej 2 ekspertów merytorycznych, z których każdy posiada: - co najmniej tytuł zawodowy inżyniera lub licencjata z zakresu jednej z dziedzin: biofizyki albo biologii albo ekologii albo inżynierii środowiska albo nauk o ziemi albo oceanografii albo ochrony środowiska

oraz

- doświadczenie w realizacji/współrealizacji w charakterze eksperta merytorycznego minimum 1 projektu (analizy albo ekspertyzy albo raportu albo badania albo opracowania),

o tematyce związanej z ochroną środowiska morskiego, w ramach którego przeprowadzono badania środowiskowe mające na celu zgromadzenie i analizę danych.

Na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami. Wykaz należało sporządzić według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ.

Zgodnie z punktem 7.11 lit. e) SWZ, oferta musi zawierać wykaz „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia”, zawierający informacje pozwalające na dokonanie oceny zgodnie z kryterium oceny ofert, określonym w pkt 12.4. Wykaz należy sporządzić według wzoru, stanowiącego Załącznik Nr 6 do SWZ.

Zgodnie z § 6 ust. 6 projektowanych postanowień umowy [dalej „PPU”] (załącznik nr 2 do SWZ): W razie powierzenia wykonania dzieła osobom nie wskazanym w ofercie Wykonawcy, Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w terminie 7 dni od powzięcia przezeń wiedzy o takim powierzeniu. Dodatkowo, w przypadku określonym w zdaniu poprzedzającym, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia brutto, określonego w § 4 ust. 1.

Zgodnie z § 11 ust. 1 PPU: Wykonawca oświadcza, że dysponuje wiedzą, doświadczeniem zawodowym oraz odpowiednimi zasobami technicznymi i osobowymi, niezbędnymi do prawidłowego i terminowego wykonania Przedmiotu Umowy oraz, że wykona je z udziałem osób wskazanych w wykazie osób, który stanowi Załącznik nr 5 do Umowy, zwanych dalej „Zespołem autorskim”.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 194 340 zł oraz Przystępujący z ceną 257 685 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT stanowiła 334 724 zł.

Cena oferty Odwołującego odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT o 42%.

W dniu 17.05.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty, w tym złożenia dowodów, w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie sformułował szczegółowych pytań.

Pismem z dnia 21 maja 2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia ceny oferty oraz dowody, które w całości objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały odtajnione przez Zamawiającego.

W dniu 26.05.2023 r. Zamawiający skierował do Wykonawcy wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W szczególności Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy liczbą osób wchodzących w skład zespołu specjalistów (wskazanych w wykazie osób, które zostaną skierowane do realizacji

zamówienia) tj. kierownika projektu/koordynatora, dwóch ekspertów merytorycznych, a liczbą osób wskazanych w szczegółowej kalkulacji kosztów zespołu specjalistów ze składowymi tj. kierownik projektu/koordynator, trzech ekspertów merytorycznych oraz pracownik wspierający.

Pismem z dnia 30 maja 2023 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia, które

w całości objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały odtajnione przez Zamawiającego.

W dniu 2.06.2023 r. Zamawiający skierował do Odwołującego kolejne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W szczególności Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, „dlaczego w kalkulacji kosztów zostały uwzględnione osoby (tj. dodatkowy ekspert merytoryczny oraz pracownik wspierający), które nie będą realizować przedmiotu zamówienia, ponieważ nie zostały wskazane w wykazie osób?”

Pismem z dnia 6 czerwca 2023 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia wraz

z załącznikami, które w całości objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały odtajnione przez Zamawiającego.

W dniu 21 czerwca 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego.

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający wskazał: „Wykonawca został wezwany na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia zaoferowanej łącznej ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę

w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca

w złożonych w dniu 22.05.2023 r. wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny przedstawił informacje dotyczące elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Do wyjaśnień dołączył szczegółową kalkulację kosztów zespołu specjalistów ze składowymi. Oprócz kosztów osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, wymaganych

w warunkach udziału w postępowaniu, tj. kierownika projektu/koordynatora, dwóch ekspertów (wskazanych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą), wymienił także koszty dotyczące trzeciego eksperta merytorycznego oraz pracownika wspomaganego. Zgodnie

z zapisem § 11 ust. 1 projektowanych postanowień umowy Wykonawca oświadcza, że dysponuje wiedzą, doświadczeniem zawodowym oraz odpowiednimi zasobami technicznymi i osobowymi, niezbędnymi do prawidłowego i terminowego wykonania Przedmiotu Umowy oraz, że wykona je z udziałem osób wskazanych w wykazie osób (...). Wykaz osób złożony wraz z ofertą nie zawierał informacji na temat trzeciego eksperta merytorycznego ani pracownika wspomaganego. W związku z powyższym, Wykonawca został wezwany do złożenia dodatkowych wyjaśnień dot. rozbieżności pomiędzy liczbą osób wchodzących

w skład zespołu specjalistów (wskazanych w wykazie osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia) tj. kierownika projektu/koordynatora, dwóch ekspertów merytorycznych, a liczbą osób wskazanych w szczegółowej kalkulacji kosztów zespołu specjalistów ze składowymi tj. kierownik projektu/koordynator, trzech ekspertów merytorycznych oraz pracownik wspierający. Wykonawca w dodatkowych wyjaśnieniach złożonych w dniu 30.05.2023 r., dotyczących rażąco niskiej ceny potwierdził, że zgodnie

z pkt 4.1.5.2 SWZ skieruje do realizacji zamówienia zespół osób w skład którego wchodzi co najmniej kierownik/koordynator projektu oraz co najmniej 2 ekspertów merytorycznych. Jednocześnie oświadczył, że Przedmiot Umowy wykona z udziałem osób wskazanych

w wykazie osób. Ponieważ w dalszym ciągu było niejasne dlaczego w kontekście powyższych wyjaśnień, Wykonawca w kalkulacji ujął więcej osób niż wskazał w wykazie osób, które będą realizowały zamówienie, Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, dlaczego w kalkulacji kosztów zostały uwzględnione osoby (tj. dodatkowy ekspert merytoryczny oraz pracownik wspierający), które nie będą realizować przedmiotu zamówienia, ponieważ nie zostały wskazane w wykazie osób. Wykonawca

w złożonej w dniu 06.06.2023 r. odpowiedzi wyjaśnił, że interpretacja zapisów pkt 4.1.5.2 SWZ oraz § 11 ust. 1 projektowanych postanowień Umowy, prowadzi w ocenie Wykonawcy do wniosku, że dopuszczalne jest zbudowanie zespołu łączącego więcej osób niż wskazane przez Zamawiającego minimum, o ile przedmiot zamówienia realizowany będzie z udziałem osób wymienionych w wykazie osób. Niemniej z uwagi na treść wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 26.05.2023 r. oraz 02.06.2023 r., Wykonawca zrozumiał, że intencją Zamawiającego było to, aby zespół osób składał się nie „przynajmniej” z osób wymienionych w wykazie osób, lecz „wyłącznie” z osób wymienionych w wykazie osób. Wykonawca załączył nową kalkulację, w której przedstawił realizację zamówienia bez dodatkowych osób. Wykonawca prawidłowo zinterpretował warunek udziału w postępowaniu, określony w pkt 4.1.5.2 SWZ, zgodnie z którym Wykonawca był zobowiązany skierować do realizacji zamówienia zespół, w skład którego wchodzić będą co najmniej następujące osoby: kierownik/koordynator projektu oraz 2 ekspertów merytorycznych. Wykonawca mógł zatem zbudować, zespół, w skład którego wchodzić będzie więcej osób niż minimum wymagane przez Zamawiającego (spełniających wymagania określone w pkt 4.1.5.2 SWZ), jednak

w takim przypadku osoby te powinien wykazać w wykazie osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia – tak by liczba ekspertów merytorycznych odpowiadała liczbie osób wycenionych w kalkulacji kosztów. Wykonawca zaś tego nie uczynił, a dodatkowo,

w związku z błędną interpretacją wezwania (mimo, że treść wezwania była pochodną treści wyjaśnień Wykonawcy oraz dokumentów zamówienia) zmienił treść swojej pierwotnej kalkulacji kosztów usuwając z niej wskazane wcześniej osoby, a co za tym idzie, zwiększając ilość godzin zaangażowania w projekcie kierownika/koordynatora projektu, eksperta merytorycznego 1 oraz eksperta merytorycznego 2. Wykonawca zwiększył także rezerwę oraz zysk, po to aby dostosować cenę oferty do błędnie przyjętej interpretacji wezwania. Zdaniem Zamawiającego takie działanie Wykonawcy zgodnie z orzecznictwem jest niedopuszczalne, ponieważ doprowadziło do modyfikacji wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 05.05.2021 r. (syg. akt KIO 918/21) „Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia w zakresie ceny oferty prowadzą do nadania jej zapisom

z wcześniejszych wyjaśnień nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją treści wyjaśnień, a nie ich uszczegółowieniem. Wyjaśnić można tylko to co w ofercie, czy złożonych na wezwanie zamawiającego informacjach, już istnieje. Natomiast każde wprowadzenie nowej treści jest uzupełnieniem treści wyjaśnień, a nie wyjaśnieniem kwestii wątpliwych dla Zamawiającego”. Uwzględniając powyższe, Wykonawca mimo dodatkowych wyjaśnień nie przedstawił informacji uzasadniających rzetelną kalkulację swojej ceny ofertowej, w związku z czym uniemożliwił ustalenie przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny, czy jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dokonywane przez Wykonawcę zmiany w zakresie założeń kształtujących koszty zamówienia nie mogą zostać uznane przez Zamawiającego za przekonujące wyjaśnienia odnośnie ceny rażąco niskiej. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości Zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, jest zrównane w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i koniecznością odrzucenia oferty. Tak np. stanowi wyrok KIO z dnia 18.02.2021 r., (sygn. akt KIO 204/21), zgodnie z którym „Wykonawca biorący udział w postępowaniu obowiązany jest do udzielania w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego kompletnych i konkretnych wyjaśnień i ponosi negatywne skutki niewypełnienia tego obowiązku. Zarówno Zamawiający jak i Izba nie są zobowiązani, ale też uprawnieni do domyślania się stanowiska Wykonawcy, gdyż godziłoby to w naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (art. 7

ust. 1 ustawy Pzp)”.

Izba zważyła, co następuje:

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

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie Izba wskazuje treść przepisów ustawy Pzp będących podstawą rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) 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 (Dz.U. z 2020 r.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Jednocześnie zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Przypomnienia wymaga, że z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych wynika, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi

w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaofferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami, przy czym wykonawcy mają swobodę w ich doborze.

Następnie w ocenie Izby podkreślenia wymaga, iż dokonując oceny prawidłowości czynności zamawiającego Izba opiera się na okolicznościach faktycznych, które zostały zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu jego oferty. Zatem to w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty do czego też obowiązuje Zamawiającego treść art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Tym samym rozszerzenie uzasadnienia faktycznego ww. czynności, tj. odrzucenia oferty Odwołującego w świetle okoliczności zawartych w odpowiedzi na odwołanie jest działaniem spóźnionym i pozostającym bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy. Ocenie Izby mogą bowiem podlegać wyłącznie okoliczności przedstawione wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. To na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Z powyższych przyczyn Izba nie wzięła pod uwagę złożonego przez Zamawiającego dowodu nr 1 stanowiącego zestawienie dotyczące zespołu specjalistów w I i III wyjaśnieniach Odwołującego oraz argumentacji Zamawiającego na poparcie okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty Wykonawcy, bowiem nie zostały one wskazane w decyzji z dnia 21 czerwca 2023 r.

Kolejno Izba wskazuje, iż odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doniosłą instytucją Prawa zamówień publicznych służącą eliminacji z postępowania m.in. wykonawców, których oferty

zawierają cenę rażąco niską,

a zatem pozbawiającą wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym samym badanie oferty danego wykonawcy pod kątem rażącego zaniżenia ceny oferty powinno zostać dokonane kompleksowo, rzetelnie i z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy, a wynik tej weryfikacji powinien prowadzić do jednoznacznego wniosku, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Uwzględniając przedstawione na wstępie kwestie formalne, po analizie przeprowadzonej przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej poziom ceny oferty Odwołującego oraz decyzji uzasadniającej odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego uchybiała przepisom ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż w realiach rozpoznawanej sprawy za nietrafne uznana stanowisko Odwołującego jakoby skierowane do Wykonawcy wezwanie, na podstawie art. 224 ust. 2

pkt 1 ustawy Pzp, miało charakter wyłącznie formalny oraz że Zamawiający „najprawdopodobniej przeszacował wartość zamówienia”.

Niewątpliwie w ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia zaistniała sytuacja obligująca Zamawiającego do żądania od Odwołującego wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie rzeczywistych możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną, wobec porównania tej ceny z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług. Wskazać należy, iż art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp kreuje obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu wykonawcy do udzielenia wyjaśnień

w zakresie ceny ofert, w sytuacji gdy cena całkowita oferty jest niższa niż wskaźniki określone w tym przepisie. Możliwość odstąpienia od takiego wezwania jako wyjątek od zasady nie może być traktowana rozszerzająco. Rozbieżność między ceną oferty

a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o VAT lub średnią arytmetyczną złożonych ofert musi wynikać z okoliczności oczywistych, tj. niewymagających wyjaśnień. Zamawiający może skorzystać z możliwości odstąpienia od wezwania do wyjaśnień, jeśli nie ma żadnych wątpliwości, z czego wynika różnica między zaoferowaną ceną a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek VAT oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny (por. m.in. wyrok z dnia 8 października 2021 r. sygn. akt: KIO 2686/21).

Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, iż szacunek Zamawiającego nie ma związku z rzeczywistością i nie może być powoływany jako wiarygodny obraz wartości rynkowej zamówienia, zwłaszcza że został on ukształtowany na podstawie wycen wykonawców działających w danej branży, w tym w oparciu o szacunek Odwołującego. Izba wskazuje, że Odwołujący nie polemizował z wyjaśnieniami Zamawiającego, który podniósł, że kierując się zasadą wyrażoną w art. 28 ustawy Pzp, nakazującą ustalenie wartości zamówienia z należytą starannością, dwukrotnie zwrócił się do wykonawców profesjonalnie zajmujących się prowadzeniem działalności w zakresie przedmiotu zamówienia, o dokonanie kalkulacji kosztów wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia. Pierwsze wstępne szacowanie wartości zamówienia Zamawiający przeprowadził w październiku 2022 r., w ramach którego otrzymał wycenę od 3 podmiotów na kwoty 190 000,00 zł netto (Odwołujący), 461 000,00 zł netto oraz 150 600,00 zł netto. Szacunkowa wycena wartości zamówienia na podstawie średniej arytmetycznej w/w cen wyniosła wówczas 267 200,00 zł netto (328 656,00 zł brutto). Następnie, na około 2 miesiące przed wszczęciem postępowania, Zamawiający w celu pozyskania najbardziej aktualnych cen za wykonanie przedmiotu zamówienia skierował zapytanie do 58 podmiotów (instytutów badawczych i firm consultingowych) działających

w obszarze gospodarki wodnej, ochrony środowiska i ocen oddziaływania na środowisko.

W odpowiedzi na zapytanie, Zamawiający otrzymał wyceny od 4 podmiotów, które kształtowały się w następujący sposób: 170 000,00 zł netto (Odwołujący), 185 400,00 zł netto, 461 000,00 zł netto oraz 1 050 000,00 zł netto. Finalnie, jako podstawę do oszacowania przedmiotu zamówienia, Zamawiający przyjął średnią arytmetyczną z 3 ww. wycen, która wyniosła 272 133,33 zł netto (334 724,00 zł brutto). Chcąc uniknąć ewentualnego sztucznego zawyżenia wartości szacunkowej, Zamawiający nie uwzględnił

w szacowaniu wyceny opiewającej na kwotę 1 050 000,00 zł. Dwukrotne pozyskanie z rynku aktualnych cen w wyniku zwrócenia się do tak dużej liczby potencjalnych wykonawców oraz analiza przekazanych wycen potwierdza dochowanie wszystkich obowiązków z art. 28

i nast. ustawy Pzp.

Przechodząc następnie do analizy uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 21 czerwca 2023 r. wskazać należy, że decyzja Zamawiającego miała charakter ogólny, niejako oderwany od celu procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W istocie sprowadzała się do uznania wyjaśnień Odwołującego za nierzetelne z uwagi na dokonane przez Wykonawcę zmiany w zakresie założeń kształtujących koszty zamówienia polegające na usunięciu z pierwotnej kalkulacji dwóch osób, zwiększeniu ilości godzin zaangażowania w projekcie kierownika/koordynatora projektu i dwóch ekspertów, a także rezerwy oraz zysku. Podkreślić jednak należy, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie zakwestionował konkretnych wyliczeń przedstawionych przez Wykonawcę dotyczących kosztów osobowych stanowiących kluczowy element kalkulacji, w tym założeń cenotwórczych dotyczących zakładanej ilości roboczogodzin oraz stawek wynagrodzenia za godzinę pracy poszczególnych członków zespołu. Zamawiający nie twierdził, że założenia Odwołującego dotyczące wynagrodzenia personelu są oderwane od realiów rynkowych czy też sprzeczne z przepisami prawa pracy, lecz ograniczył się do odnotowania okoliczności, iż Odwołujący dokonał zmiany w pierwotnej kalkulacji nie wskazany powyżej zakresie, przy czym nie wyjaśnił, w jaki sposób zmiana ta przesądzała o rażąco niskiej cenie oferty przekładającym się na brak możliwości należytego wykonania zamówienia publicznego za oferowaną cenę. Co istotne, w prowadzonym na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp postępowaniu wyjaśniającym Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia przez Odwołującego różnicy dotyczącej liczby osób wskazanej

w wykazie osób (3 osoby) oraz szczegółowej kalkulacji ceny (5 osób), przy czym - jak pokazało postępowanie odwoławcze - istotą pytań adresowanych do Wykonawcy było nie tyle wyjaśnienie założeń kalkulacyjnych oraz kosztów dotyczących wynagrodzenia zespołu eksperckiego, lecz ustalenie, czy do realizacji zamówienia Wykonawca skieruje osoby ujęte w wykazie, których doświadczenie oraz wykształcenie zostały zweryfikowane na etapie badania ofert. Zamawiający wielokrotnie w odpowiedzi na odwołanie akcentował, że przedmiotowe zamówienie winno zostać wykonane przez zbadaną w toku postępowania kadrę ekspercką ujętą w wykazie osób. Powyższy wymóg Zamawiającego nie stoi jednak

z dniem Izby w sprzeczności z zamiarem Odwołującego dotyczącym skierowania do realizacji przedmiotu zamówienia dwóch dodatkowych osób, które miały wspierać 3-osobowy zespół ekspertów w realizacji ich zadań. Skierowanie do realizacji zamówienia większej liczby osób, tj. ponad minimum określone warunkiem udziału w postępowaniu nie oznaczało, że zamówienie nie będzie realizowane z udziałem osób wskazanych w wykazie.

Za kluczową w niniejszej sprawie Izba uznała okoliczność, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Wykonawcy oparta została na nieprawidłowej wykładni dokumentów zamówienia, skutkującej w konsekwencji błędnym wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny pismem z dnia 2 czerwca 2023 r.

W kontekście powyższego podnieść należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego

z postanowień specyfikacji warunków zamówienia nie wynikał obowiązek wskazania

w wykazie osób wszystkich osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym również osób stanowiących np. personel pomocniczy, czy też posiadających niższe kwalifikacje niż personel kluczowy wymagany na

potwierdzenie warunku (kierownik/koordynator projektu oraz dwóch ekspertów merytorycznych), a których potrzebę zaangażowania w wykonanie zamówienia dostrzegali wykonawca. Zamawiający nie wskazał, z których zapisów SWZ wynikało, że liczba osób wskazanych w wykazie osób musiała odpowiadać liczbie osób podanej w kalkulacji. Lektura postanowień dokumentów zamówienia prowadzi do wniosku, iż obowiązkiem wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem niniejszego zamówienia było wykazanie, że wykonawca dysponuje kluczowym personelem o kwalifikacjach i doświadczeniu określonym przez Zamawiającego w punkcie 4.1.5.2 SWZ oraz wykonanie zamówienia z udziałem osób wskazanych w wykazie zgodnie

z brzmieniem § 11 ust. 1 PPU. Za wykładnią Zamawiającego nie przemawia także postanowienie § 6 ust. 6 PPU określające prawo odstąpienia przez Zamawiającego od umowy oraz zapłaty kary umownej przez wykonawcę w sytuacji powierzenia wykonania dzieła osobom niewskazanym w ofercie. Zdaniem Izby oczywistym jest, iż w praktyce realizacja danego zamówienia odbywa się przy udziale większej grupy osób, w skład której wchodzi nie tylko personel kluczowy wymagany przez zamawiającego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, którego zaangażowania w realizację zamówienia wymaga zamawiający, ale i osoby wspierające, pomocnicze, pełniące pomniejszych funkcje, których udział wykonawca może uznać za niezbędny do prawidłowego wykonania zadania publicznego. Tym samym uwzględnienie personelu dodatkowego, ponad wymagane przez zamawiającego minimum, co do zasady nie stanowi dowodu na nierzetelne przygotowanie kalkulacji ofertowej.

Izba wskazuje, iż przyjęta przez Zamawiającego błędna wykładnia postanowień SWZ oparta na założeniu, że obowiązkiem wykonawcy było wskazanie w wykazie osób pełnego personelu przeznaczonych do realizacji zamówienia, w tym osób niestanowiących *stricto* zespołu autorskiego dedykowanego do sporządzenia analizy objętej przedmiotem zamówienia, skutkowało w następstwie błędnym wezwaniem Wykonawcy pismem z dnia 2 czerwca 2023 r. Zamawiający kierując do Odwołującego pytanie o treści „*dlaczego w kalkulacji kosztów zostały uwzględnione osoby (tj. dodatkowy ekspert merytoryczny oraz pracownik wspierający), które nie będą realizować przedmiotu zamówienia, ponieważ nie zostały wskazane w wykazie osób?*” postawił dodatkowe, nieuwjęte w dokumentach zamówienia wymaganie, iż przedmiotowe zamówienie może być wyłącznie realizowane przez osoby ujęte w wykazie.

Nie może zatem dziwić, w kontekście powyższego pytania Zamawiającego, decyzja Odwołującego o usunięciu z kalkulacji dwóch dodatkowych osób, motywowana chęcią uczynienia zadość oczekiwaniom Zamawiającego, choć ich przedstawienie w kalkulacji było działaniem prawidłowym i zgodnym z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia. Jakkolwiek co do zasady wyjaśnienia w zakresie ceny oferty nie powinny być modyfikowane przez wykonawców w toku procedury, o której mowa w art. 224 ustawy Pzp, to jednak okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że dokonana przez Odwołującego zmiana kalkulacji ceny polegająca na usunięciu nadmiarowego kosztu osobowego i przesunięciu go do innych kategorii, nastąpiła pod wpływem nieuprawnionych czynności Zamawiającego, którymi nie może zostać obciążony Wykonawca. Zgodnie bowiem z ugruntowanym w orzecznictwie Izby poglądem, zamawiający nie może obciążać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami własnych uchybień, zaniedbań, jak też kierować do wykonawców żądań, które nie znajdują oparcia w dokumentach zamówienia.

Wziąwszy pod uwagę wszystko powyższe Izba doszła do przekonania, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp była wadliwa i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Zamawiającego oznaczony numerem 2 obejmujący dokumentację innego postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem nie miał on znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ekover Ł. S. stanowiący konsekwencję ww. zarzutów.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....