Sygn. akt: KIO 1171/25

WYROK

Warszawa, dnia 18 kwietnia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 28 marca 2025 r. przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Historyczne Miasta Krakowa

Uczestnik postępowania po stronie zamawiającego: A.P. prowadzący
w Krakowie działalność gospodarczą pod firmą STRADOM A.P.

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 4, 5 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert
z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3.Kosztami postępowania obciąża odwołującego w 2/5 i zamawiającego w 3/5 i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, 204 zł 00 gr (dwieście cztery złote zero groszy) tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika zamawiającego;

3.2.zasądza od Muzeum Historycznego Miasta Krakowana rzecz BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa kwotę 7 479 zł 00 gr (siedem tysięcy czterysta siedemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu części kosztów postępowania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1171/25

U z a s a d n i e n i e

Muzeum Historyczne Miasta Krakowa (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Świadczenie usługi pełnienia kompleksowego Nadzoru Inwestorskiego w ramach Projektu pn.: „Modernizacja i rozbudowa budynku dawnego kina Światowid na potrzeby Muzeum Nowej Huty" Projekt współfinansowany przez Unię Europejską w ramach działania VII Priorytetu Kultura Działania 7.1. Infrastruktura kultury i turystyki kulturowej Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027"*,znak postępowania: ZP-271-1/25. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 stycznia 2025 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 16635-2025, numer wydania: Dz.U. S: 7/2025.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zwierające uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zostało przesłane Odwołującemu w dniu 18.03.2025 roku.

W dniu 18 marca 2025 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k.

Wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że wezwanie Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia dotyczącego rażąco niskiej ceny z 20 lutego 2025 r.(dalej „Wezwanie") zostało sporządzone ogólnie bez identyfikacji konkretnych przyczyn które miały uzasadniać przyczynę wezwania – nie uwzględniając przy tym okoliczności, iż Zamawiający otrzymał od Odwołującego szczegółowe wyjaśnienia – uwzględniające w szczególności zakres Wezwania oraz minimum informacji jakie narzuca treść wezwania dotyczącego postępowania na usługi w art. 224 ust. 4 ustawy Pzp poparte dowodami (zarzut nr 1);

2) art. 224 ust. 4 w zw. art. 224 ust. 3 poprzez brak wskazania przez Zamawiającego w Wezwaniu obligatoryjnego zakresu informacji określonych w tych przepisach podczas gdy dyspozycja art. 224 ust 4 wskazuje jednoznacznie, iż w przypadku zamówień na usługi zamawiający obowiązany jest żądać wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 (zarzut nr 2);

3) art. 224 ust. 1 poprzez brak ponownego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pomimo iż pierwotnie złożone przez Odwołującego wyjaśnienia zawierały informacje konkretne, rzetelne i odpowiadające na treść Wezwania (zarzut nr 3);

4) art. 226 ust. 1 pkt 3 poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, podczas gdy niezgodność z przepisami ustawy Pzp w ofercie Odwołującego nie występuje w ogóle (zarzut nr 4);

5) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności w wyniku: błędnego i niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i tym samym zaniechanie wyboru złożonej przez Odwołującego oferty jako najkorzystniejszej, oraz uwzględnienia wyjaśnień pozostałych wykonawców którzy zostali wezwani do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - pomimo istnienia mniej wiarygodnej argumentacji w tym zakresie (zarzut nr 5).

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) poprawienie w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej;

4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w Odwołaniu i w jej wyniku dokonanie wyboru oferty Odwołującego;

5) ewentualnie, tj. na wypadek, jeśli doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, dodatkowo unieważnienia umowy.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu odwołania Odwołujący podał w szczególności, że Zamawiający w nie wskazał w żadnym miejscu wystosowanego do niego wezwania do wyjaśnień ceny oferty stopnia szczegółowości informacji jakie Odwołujący powinien przedstawić w wyjaśnieniach. Nie wskazał również formuły, w jakiej należy udzielić wyjaśnień. Nie sposób więc przyjmować, że złożone wyjaśnienia nie były wystarczająco szczegółowe, skoro nie było wytycznych co do stopnia ich szczegółowości. W Wezwaniu Zamawiający określił jedynie, i ż *„okoliczności faktyczne badanej oferty wskazują, iż jej cena jest zaniżona w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług oraz do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu".* Zamawiający nie sprecyzował również jakich części składowych ceny oferty mają dotyczyć wyjaśnienia Odwołującego. Nie sposób przyjąć, iż powyższy wymóg został spełniony, skoro Zamawiający szczegółowo odniósł się do tych informacji w uzasadnieniu dotyczącym odrzuceniu oferty Odwołującego (dalej „Uzasadnienie"). W ocenie Odwołującego Zamawiający nieprecyzyjnie określił zakres informacji wskazanych w Wezwaniu, jednak Odwołujący z ostrożności odniósł się do tych kwestii.

Odwołujący podał, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający argumentując, dlaczego Odwołujący jako podmiot działający od lat na rynku powinien posiadać niższe ceny niż inni wykonawcy – krócej działające na rynku - wskazał, iż: *„zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia zawodowego – im większe doświadczenie i jakość świadczonych usług przez profesjonalistów tym wyższe jest wynagrodzenie. Z praktyki wynika, iż specjaliści działający wiele lat na rynku posiadający bogate doświadczenie cenią swoje usług wyżej niż osoby, które dopiero rozpoczyna swoją karierę zawodową".* Doświadczenie Odwołującego wskazuje, iż jest zupełnie odwrotnie. Przez lata funkcjonowania na rynku wiele

podmiotów, w tym Odwołujący wykształcają niezbędne „know-how", relacje biznesowe i procesy optymalizacyjne, które pozwalają im oferować niższe ceny usług – a nie wyższe. Praktyka pokazuje również, iż często wykonawcy w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny powołują się na właściwe tylko im okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc.). Wypracowanie tych czynników opiera się głownie na doświadczeniu konkretnego podmiotu gospodarczego w wyniku istnienia długotrwałych i pomyślnych relacji biznesowych z kontrahentami. W dalszej treści uzasadnienia Zmawiający wskazał, że: *„Przy takim założeniu zysk miesięczny nie przekracza kwoty 1 000,00 zł. Koszt Zarządu miesięcznie wychodzi na poziomie poniżej 250 zł analogicznie jako koszty utrzymania biura. Koszt obsługi prawnej (wskazany przez wykonawcę, choć zamawiający uwzględnia, iż obsługa prawna nie musi być angażowana w każdym miesiącu) to wydatek poniżej 150 zł miesięcznie. Mając na uwadze ceny energii elektrycznej, mediów, koszty najmu powierzchni biurowej (w siedzibie wykonawcy koszty te wahają się średnio od 50 do 80 zł za m2) czy chociażby sam koszt papieru (5 ryz to wydatek średnio około 70 – 80 zł) wyliczenia przedstawione przez wykonawcę są rażąco niskie. Na cenę oferty ma wpływ szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Wykonawca nie wykazał jakie okoliczności i czynniki indywidualnie (poza doświadczeniem i miejscem zamieszkania personelu) mógłby mieć wpływ na zaoferowanie ceny na tak rażąco niskim poziomie."* Tymczasem postępowanie dotyczy usług w zakresie kompleksowego nadzoru inwestorskiego. Koszty stałe przy tego rodzaju postępowaniach to marginalny obszar kosztowy w usłudze nadzorczej. Postępowanie jest nieskomplikowane. Głównym kosztem jest koszt ludzki, zysk został przewidziany w wysokości 52 644,18 zł. Odwołujący wskazał, że:

1) koszty pośrednie stanowią około 5% niniejszego zamówienia. Dla porównania zysk i rezerwa to około 7% zamówienia, zatem Odwołujący posiada zapas na koszty stałe w wymiarze 140%;

2) postępowanie nie nakładało obowiązku ustanowienia nowego biura, dlatego wyjaśnienia Wykonawcy zawierają pozycje w zakresie partycypacji w kosztach utrzymania biura już posiadanego;

3) koszty zarządu zawarte w Wyjaśnieniach zostały wyliczony metodą Eichleya i zostało załączone dodatkowo oświadczenie w zakresie takiego kosztu;

4) koszty obsługi prawnej wynikają z przedstawionego przez Odwołującego dowodu - prawnik obsługuje wszystkie projekty firmy i koszt stanowi rozłożenie kwoty na poszczególne projekty;

5) Odwołujący realizuje równocześnie kilkadziesiąt projektów więc koszty biura i zarządu są rozdzielane na cały „portfel" projektów;

6) oferty firmy Archifach i Invest Projekt – które wskazał w Wyjaśnieniach Odwołujący – posiadają już zysk i koszty stałe i odzwierciedlają tym że oferta Odwołującego nie posiada rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu Odwołujący podał, że zgodnie z art. 224 ust 4 w zw. z art. 224 ust 3 ustawy Pzp wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny mogą dotyczyć w szczególności: *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. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 6. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie";* W przypadku gdy postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego dotyczy robót budowlanych lub usług – jak w przypadku niniejszego Postępowania - zamawiający obowiązany jest zażądać co najmniej informacji wskazanych w art. 224 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten ma charakter obligatoryjny co oznacza, *że „w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane zamawiający musi wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wskazanych czynników cenotwórczych. Oznacza to również, że wyjaśnienia wykonawcy składane w odpowiedzi na takie wezwanie, aby były skuteczne, muszą zawierać argumentację przynajmniej w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego".* Zamawiający nie wskazał jednak w żadnym fragmencie Wezwania, iż wymaga wskazania powyższych informacji. Mimo to Odwołujący w Wyjaśnieniach z własnej inicjatywy nawiązał do ww. kwestii.

W uzasadnieniu trzeciego zarzutu Odwołujący podał w szczególności, że przepisy ustawy Pzp nie wskazują jednoznacznie, ile razy zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Przyjmuje się jednokrotność takiego wezwania jednak w pewnych okoliczność istnieje możliwość ponownego wezwania wykonawcy, przy czym warunkiem jest spełnienie następujących przesłanek: złożone przez wykonawcę pierwsze wyjaśnienia można uznać za rzetelne, logiczne, poparte dowodami, a przede wszystkim zadość czyniące wymogom postawionym przez zamawiającego w wezwaniu; zamawiający w związku z powziętymi wątpliwości odnośnie niektórych kwestii treści

wyjaśnień wykonawcy stwierdza, że należy je doprecyzować. Odwołujący wskazał, że, jego wyjaśnienie spełniały powyższe wymagania.

W uzasadnieniu czwartego zarzutu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w treści informacji o wyborze ofert wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona również z tego względu, że była niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający nie był w stanie doprecyzować o jakie przepisy ustawy chodzi, zatem w tym zakresie uznać należy, że uzasadnienie odrzucenia oferty jest niepełne. Zamawiający porusza kwestię, że oczywista omyłka pisarska dokonana przez Odwołującego nie nosiła waloru „oczywistości". Zamawiający wywodzi, że przekroczenie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej doprowadziło do stanu, w którym Odwołujący zmienił swoją ofertę, co uczyniło ją sprzeczną z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowisko Zamawiającego jest niezgodne z prawem. Po pierwsze, wszystkie dane wskazujące na doświadczenie Odwołującego są prawidłowe. Kryteriami oceny ofert (str. 38 ust. 3 lit. a SWZ) było doświadczenie personelu wskazanego do realizacji zamówienia. Zamawiający przyznawał punkty „*za każde zamówienie lub zadanie inwestycyjne gdzie pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego lub funkcję kierownika budowy lub robót przy wykonywaniu robót budowlanych w budynku wpisanym do rejestru zabytków o wartości robót minimum 5 mln zł*". Oznacza to, że istotą oceny ofert było wykazanie zamówień o wartości przekraczającej 5.000.000,00 zł. Wymóg ten został zrealizowany przez Odwołującego w pełni – Odwołujący wykazał 4 inwestycje, których wartość przekraczała 5 milionów złotych. Do niedopuszczalnej zmiany oferty mogłoby dojść, gdyby Odwołujący próbował zmienić wartość robót budowlanych, ponieważ to ona była kryterium oceny ofert, tj. przekroczenie progu 5 milionów złotych było punktowane. Nazwa inwestycji w tym zakresie ma jedynie charakter pomocniczy, nakierowujący na konkretne zadanie, a nie przesądzający o doświadczeniu inspektora nadzoru czy wpisywania się w punktację ofert. Inwestycja opisywana jest wieloma cechami, nie tylko jej nazwą (pozwolenie na budowę, przedmiot robót opisany w umowie o wykonanie robót, itp.). Dla Zamawiającego znaczenie miało to, że inwestycji powinno być co najmniej 4 (tak żeby wyczerpać maksymalny limit punktów), wartość każdej z nich powinna przekraczać 5 mln zł i każdy z budynków, gdzie prace te były wykonywane powinien być wpisany do rejestru zabytków. Co szczególnie istotne, Zamawiający posługuje się pojęciem „wykonywania robót budowlanych w budynku wpisanym do rejestru zabytków" – zatem to budynek miał być wpisany do rejestru zabytków, a nie nazwa inwestycji. Zatem, konsekwentnie, poprawienie nazwy inwestycji przez Odwołującego nie miało żadnego znaczenia dla realizacji kryterium oceny ofert, ani nawet dla punktacji – albowiem punktacji podlegał budynek w rejestrze zabytków, co do którego wykonywane były prace o wartości większej jak 5 mln zł. Zarówno nazwa inwestora, lokalizacja jak i sam budynek oraz wartość prac gdzie wykonywane były prace są prawidłowe. W ramach pałacu Maurycego Poznańskiego (budynek przy ul. Więckowskiego 36 w Łodzi) realizowano wiele inwestycjibudowlanych. Istotne jest jedynie to, że budynek ów wpisany jest do rejestru zabytków, co Odwołujący wykazał. Odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu, że jego oferta jest sprzeczna z ustawą Pzp albowiem dokonano zmiany treści oferty jest całkowicie błędne. Po pierwsze dlatego, że celem oferty nie było podawanie nazw inwestycji (dla punktacji), lecz budynków wpisanych do rejestru zabytków oraz wartości robót budowlanych dotyczących tych budynków. Gdyby Odwołujący próbował zmieniać te dane, to można byłoby rozważać czy dochodzi do zmiany treści oferty. Sprostowanie dokonane przez Odwołującego nie doprowadziło do istotnych zmian w treści oferty, ponieważ nie odnosiło się do kryteriów oceny ofert. Nawet jeżeli uznać, jak próbuje argumentować Zamawiający, że omyłka nie ma charakteru „oczywistego", to zdaniem E. Nowickiego: „*Inna omyłka, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., nie musi mieć charakteru oczywistego. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek niemających takiego charakteru, pod warunkiem że poprawienie innej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Każdorazowo o tym, czy dana zmiana ma charakter istotny, czy też nie, należy rozstrzygać, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy. Jedynym więc ograniczeniem zakresu poprawienia omyłki jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną*." (P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski,*Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V*, Warszawa 2023, art. 223.) Podstawa do odrzucenia oferty na tej podstawie prawnej, na którą powołał się Zamawiający musi dotyczyć zasad prawa zamówień publicznych odnośne formy, języka, ilość ofert itp.

W uzasadnieniu piątego zarzutu Odwołujący podał, że nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego oraz wybór oferty Wykonawcy doprowadziły do sytuacji, kiedy to, pomimo że Zamawiający powinien wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, jego oferta nie została wybrana, co z kolei pozbawiło Odwołującego możliwości realizacji niniejszego zamówienia i osiągnięcia zakładanego w nim zysku. Z niniejszym powiązany jest zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający przyjął ofertę oraz wyjaśnienia Wykonawcy i uznał jego ofertę za realną, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego, gdyby nie została odrzucona, zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Do pisma Zamawiającego zostało

załączone pismo z Muzeum Sztuki w Łodzi z 27 lutego 2025 r., w którym zostało stwierdzone, że inwestycja pod nazwą „Magazyn Studyjny dla Muzeum Sztuki w Łodzi - Budynek J" nie dotyczyła realizacji robót budowlanych w budynku wpisanym do rejestru zabytków oraz informacja prasowa ze strony Muzeum Sztuki w Łodzi w zakresie realizacji zamówienia „Muzeum Sztuki w Łodzi - Budynek B-C"

Wykonawca Andrzej Potaczała prowadzący w Krakowie działalność gospodarczą pod firmą STRADOM A.P. (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W piśmie procesowym Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do ww. pism, a także złożone na posiedzeniu przez: Zamawiającego, tj. Wykaz kart adresowych gminnej ewidencji zabytków miasta Łodzi, Decyzja Prezydium Rady Narodowej miasta Łodzi z 20 stycznia 1971 r. w sprawie wpisania dobra kultury do rejestru zabytków.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego zawartego w piśmie procesowym z 11 kwietnia 2025 r. o przeprowadzenie dowodu z zrzutu ekranu (poz. 5) z uwagi na brak jego załączenia do pisma oraz przed zamknięciem rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

W uzasadnieniu interesu we wniesieniu odwołania Odwołujący podał w szczególności, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i następnie zamierzał zrealizować zamówienie, dla którego jest ono prowadzone, osiągając zakładany podczas jego realizacji zysk. Poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty Wykonawcy Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i realizacji zamówienia. W niniejszym przypadku szkoda dotyczy utraconych korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, a także straty w postaci kosztów poniesionych na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego co do braku interesu prawnego po stronie Odwołującego do wniesienia odwołania, co miałoby wynikać z tego, że gdyby nawet zostało stwierdzone, że nie wystąpiły wskazane przez Zamawiającego przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego, to przy braku przyznania tej ofercie maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym, nie uplasowałaby się ona na pierwszej pozycji w rankingu ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący ma interes prawny w tym, aby kwestionować czynność odrzucenia jego oferty po to, aby uzyskać przywrócenie jej do postępowania i możliwość jej oceny. Czynność oceny oferty Odwołującego według przyjętych w dokumentach zamówienia kryteriów oceny ofert nie została dokonana przez Zamawiającego. Izba natomiast dokonuje oceny takiej czynności Zamawiającego, a nie dokonuje oceny ofert za Zamawiającego, rozpatrując odwołanie od czynności odrzucenia oferty wykonawcy.

Następnie Izba ustaliła:

Zgodnie z treścią pkt. 3.1. ppkt 1 i 2 SWZ:

„1. Przedmiotem zamówienia jest Świadczenie usługi pełnienia kompleksowego Nadzoru Inwestorskiego w ramach Projektu pn.: „Modernizacja i rozbudowa budynku dawnego kina Światowid na potrzeby Muzeum Nowej Huty" Projekt współfinansowany przez Unię Europejską w ramach działania VII Priorytetu Kultura Działania 7.1. Infrastruktura kultury i turystyki kulturowej Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027 oraz przez Gminę Miejską Kraków.

2. Przedmiot zamówienia dzieli się na etapy:

1)Etap I – udział jako Biegły w pracach komisji przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Wykonanie robót budowlanych i prac konserwatorskich w ramach Projektu: „Modernizacja i rozbudowa dawnego kina Światowid na potrzeby Muzeum Nowej Huty" Projekt współfinansowany przez Unię Europejską w ramach działania VII Priorytetu Kultura Działania 7.1. Infrastruktura kultury i turystyki kulturowej Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027 oraz Gminę Miejską Kraków w zakresie wskazanym w załączniku nr 1

do specyfikacji warunków zamówienia,

2) Etap II – świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad Zadaniem w zakresie wskazanym w załączniku nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia,

3) Etap III – Prawo opcji – świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w przypadku wydłużenia okresu realizacji Zadania. Zamawiający wskazuje, iż wydłużenie może dotyczyć okresu do 12 miesięcy łącznie.

Jak wynika z informacji z otwarcia oferty w postępowaniu oferty złożyło 11 wykonawców.

Pismem z 20 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty wskazując: Zamawiający, *Muzeum Historyczne Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.) dalej ustawa pzp, wzywa Wykonawcę do złożenia w terminie do dnia 27.02.205 r. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.*

Okoliczności faktyczne badanej oferty wskazują, iż jej cena jest zaniżona w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług oraz do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej Pzp, wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wskazać obiektywne czynniki oraz sposób, w jaki wpłynęły na obniżenie całkowitej ceny oferty. Wyjaśnienia te powinny być konkretne, jasne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające wiarygodny charakter ceny złożonej oferty oraz przedstawiać dowody na twierdzenie wykazujące, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną w ofercie kwotę.

W tym celu Zamawiający wskazuje na konieczność przedłożenia przez Wykonawcę szczegółowych kalkulacji cenowych oraz innych dowodów, uzasadniających prawidłowość wyliczenia zaproponowanej ceny całkowitej oferty w tym cen jednostkowych poszczególnych elementów świadczenia, co będzie umożliwiało zbadanie prawidłowego oszacowania ceny oferty przez Wykonawcę oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem występowania rażąco niskiej ceny oferty lub jej braku.

Zamawiający powinien mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez Wykonawcę pełnej wiedzy umożliwiającej podjęcie decyzji co do istnienia podstaw (bądź ich braku) do odrzucenia oferty. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż odrzuci ofertę Wykonawcy, w przypadku nie złożenia wyjaśnień lub gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W zakreślonym przez Zamawiającego terminie, Odwołujący złożył wyjaśnienia ceny, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Złożył też dowody potwierdzające przyjęty poziom kosztów, tj. oferty Archifach i Inwest, umowę na obsługę prawną, oświadczenie Dyrektora Finansowego, oświadczenia osób mających wykonywać zamówienie, oświadczenie Zenit.

Zamawiający w części odtajnił otrzymane wyjaśnienia ceny.

Pismem z 26 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, wskazując, że oczekuje ich w zakresie: *Czy realizacja wskazana dla Pana Krzysztofa Pocałujko w pozycji nr 3 dotyczyło wykonania prac w budynku wpisanym do rejestru zabytków - to jest czy Magazyn Studyjny jest wpisany do rejestru zabytków.*

Odwołujący złożył wyjaśnienia, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego stwierdził, że wyjaśnienia te są jawne.

Pismem z 18 marca 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując jako podstawę prawną: art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał: *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. W myśl zaś art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.*

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp.

Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, iż cena rażąco niska to cena która jest nierealistyczna, niewiarygodna w

kontekście aktualnej sytuacji rynkowej.

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 zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia.

Przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w niniejszym postępowaniu w dużej mierze opierają się na powtórzeniu informacji ogólnych wręcz blankietowych. Wyjaśnienia w jednej trzeciej części opierają się na przytoczeniu orzecznictwa w zakresie rażąco niskiej ceny. O ile Zamawiający podziela stanowisko Krajowej Izby wyrażone w tych orzeczeniach o tyle zauważa, iż nie wyjaśniają one w żaden sposób czy cena złożona w tym konkretnym postępowaniu przez Wykonawcę jest rażąco niska czy nie.

W kolejnej części wyjaśnień Wykonawca przywołał swoje doświadczenie wskazując Zamawiającemu na wykonane projekty i realizację. Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia zawodowego - im większe doświadczenie i jakość świadczonych usług przez profesjonalistów tym wyższe jest wynagrodzenie. Z praktyki wynika, iż specjaliści działający wiele lat na rynku, posiadający bogate doświadczenie cenią swoje usługi wyżej niż osoby które dopiero rozpoczynają swoją karierę zawodową.

Wykonawca nie wskazał jednocześnie na żadną okoliczność która uzasadniała by w ocenie Zamawiającego zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie.

Zamawiający wskazał w specyfikacji warunków zamówienia, iż termin jego realizacji to 36 miesięcy. Przy czym jest to okres realizacji etapu I i etapu II. Etap III realizowany może być do 12 miesięcy. Wykonawca w wyjaśnieniach odnosił się do ceny zamówienia obejmującej etap I, II i III a więc daje to 48 miesięczny okres realizacji zamówienia.

Przy takim założeniu zysk miesięczny nie przekracza kwoty 1.000,00 zł. Koszt Zarządu miesięcznie wychodzi na poziomie poniżej 250 zł, analogicznie jak koszty utrzymania biura. Koszt obsługi prawnej (wykazany przez Wykonawcę choć Zamawiający uwzględnia, iż obsługa prawna nie musi być angażowana w każdym miesiącu) to wydatek poniżej 150 zł miesięcznie. Mając na uwadze ceny energii elektrycznej, mediów, koszty wynajmu powierzchni biurowej (w siedzibie Wykonawcy koszty te wahają się średnio od 50 do 80 zł za m2) czy chociażby sam koszt papieru (5 ryz to wydatek średnio około 70-80 zł) wyliczenia przedstawione przez Wykonawcę są rażąco niskie.

Na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Wykonawca nie wykazał jakie okoliczności i czynniki indywidualne (poza doświadczeniem i miejscem zamieszkania personelu) mogłyby mieć wpływ na zaoferowanie ceny na tak rażąco niskim poziomie.

Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawca ponosi negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Weryfikacja wyjaśnień wykonawcy nie może ograniczać się do bezrefleksyjnego przyjęcia przez zamawiającego założeń wykonawcy za prawidłowe (wyrok KIO z dnia 28.07.2023 r. sygn. akt KIO 2065/23). Jak wskazała '(rajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1130/23: Deklaracja o doświadczeniu i wieloletnim funkcjonowaniu firmy na rynku nie może stanowić samoistnej podstawy do przyjęcia, że w tym konkretnym postępowaniu wykonawca w sposób prawidłowy określił czynniki kosztotwórcze oraz prawidłowo oszacował wydatki, jakie będzie ponosił realizując zamówienie. Niewątpliwe wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny powinny odnosić się do konkretnego przedmiotu zamówienia, wymagań zamawiającego oraz obowiązków nałożonych na wykonawcę w danym postępowaniu. Fakt wieloletniego funkcjonowania firmy na rynku usług projektowych nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania, że oferowana cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia i pozwala na pokrycie kosztów jego wykonania.

Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp zwrócił się do Wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty w zakresie jednej z realizacji wykazanych w ramach kryterium oceny ofert. W odpowiedzi Wykonawca dokonał modyfikacji oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym zastępując jedną realizację drugą wskazaną w wyjaśnieniach nazywają dokonaną zmianę korektą oczywistej omyłki pisarskiej.

W pierwszej kolejności Zamawiający stoi na stanowisku, iż poprawa — zmiana oferty — dokonana przez Wykonawcę nie jest poprawą „oczywistej omyłki pisarskiej".

Oczywistą omyłką pisarską jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy (np. Wódz zamiast Łódź, rok 2024 zamiast 2025), widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia [ub innej wady, a niespowodowany

uchybieniem merytorycznym.

Przy czym za oczywistą uznaje się omyłkę, która jest wyraźnie zauważalna, nie budzi wątpliwości i jest możliwa do poprawy w jeden sposób, bez potrzeby dokonywania przez zamawiającego dodatkowych ustaleń, czy pozyskiwania wyjaśnień od wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska dotyczy zatem takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a oczywistość omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się każdemu, a przez dokonanie poprawy tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Poprawa omyłki polega na wprowadzeniu zmian skutkujących przywróceniem zamierzonego brzmienia, w miejsce omyłkowego, nie może przy tym prowadzić do doprowadzenia do zaoferowania innego przedmiotu zamówienia, do zmiany oświadczenia woli wykonawcy. (wyrok KIO z dnia 29 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1716/21).

Krajowa izba Odwoławcza wielokrotnie zajmowała się problematyką „oczywistych omyłek pisarskich" . Dla przykładu w wyroku z dnia 5 września 2023 r. sygn. akt KIO 2465/23 wskazano: Omyłka nie stanowioczywistej omyłki pisarskiej. Podkreślić należy, że musiałby tu być spełniony i charakter "pisarski" omyłki (czyli np. przestawienie cyfr, wyrazów), i przymiot "oczywistości". W tym przypadku nie sposób mówić i o "oczywistej" omyłce, i o "pisarskiej" omyłce, skoro poprawienie błędu/omyłki polegałoby na przeniesieniu wartości z całkiem innej pozycji (choć sąsiadującej) do tej właściwej, a dotyczącej innego Specjalisty.

Słusznie też zauważono: Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń (wyrok KIO z dnia 28.03.2022 r. sygn. akt KIO 646/22).

Dokonana przez Wykonawcę zmiana - a więc zmiana jednej inwestycji na drugą w ramach kryterium oceny ofert nie może być uznane za oczywistą omyłkę pisarską. Zmiana jednej inwestycji na drugą - nawet wykonywanej na rzecz tego samego inwestora, która polega na wykazaniu w ramach kryterium oceny ofert innego obiektu w miejsce realizacji nie spełniającej warunek postawiony przez Zamawiającego jest zmianą istotną wpływającą na przebieg postępowania oraz ocenę ofert w ramach kryterium oceny ofert. Jest to zmiana niedopuszczalna, albowiem dokonywanie zmian w ofertach po upływie terminu składania ofert nie jest możliwe za wyjątkiem sytuacji ściśle określonych ustawą (art. 223 ust. 2 ustawy pzp). Wynikająca z komentowanego ust. 1 art. 223 zasada niezmienności oferty stanowi gwarancję zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców. Zmiany są dopuszczalne tylko w ściśle określonych przypadkach (Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany). Wyjaśnianie jest jedną z odmian rozumowania. Wyjaśnianie (zwane również tłumaczeniem) jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia podanej przez wykonawcę treści formularza ofertowego. Wyjaśnianie treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 p.z.p. zdanie pierwsze polega zatem na udzieleniu odpowiedzi na pytanie: „dlaczego tak jest, jak wykonawca postanowił w treści oferty?". Nie będzie można zatem uznać za wyjaśnienie treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 p.z.p. zdanie pierwsze takiego wyjaśnienia, w którym wykonawca dokonuje zmiany treści oferty. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia muszą bowiem wskazywać sposób rozumienia treści złożonej oferty, nie mogą natomiast zmieniać treści oferty (Nowicki Józef Edmund, Wiśniewski Piotr, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V). „Nie można również pod pozorem uzupełnieniadokumentów zmieniać treści oferty. Dotyczy to zarówno działania na wezwanie zamawiającego, jak i z własnej inicjatywy wykonawcy. Ma tu zastosowanie zasada wyrażona w art. 223 ust. 1 p.z.p., która jest zasadą nadrzędną i jednym z ważniejszych instrumentów zachowania przejrzystości postępowania i zachowania uczciwej konkurencji, bardzo podkreślaną też w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE" (zob. wyrok KIO z 14.11.2014 r., KIO 2238/14, LEX nr 1611764). Mając na uwadze powyższe ofertę należało odrzucić.

Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający przewidział kryteria oceny ofert: *Cena z wagą 60% oraz „Doświadczenie Personelu wskazanego do realizacji zamówienia" w wagą 40%. Zamawiający będzie badał doświadczenie: 1) Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno – budowlanej – maksymalnie 20 punktów 2) Inspektora nadzoru inwestorskiego w branży elektrycznej - maksymalnie 20 punktów Zamawiający przyzna punkty za dodatkowe umowy (inne niż wymagane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określone w Rozdziale V): a) dla Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno – za każde zamówienie lub zadanie inwestycyjne gdzie pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego lub funkcję kierownika budowy lub funkcję kierownika robót w swojej specjalności przy wykonaniu robót budowlanych w budynku wpisanym do rejestru zabytków o wartości robót minimum 5.000.000,00 PLN brutto. Za każde zrealizowane zamówienie w powyższym zakresie wykonawca otrzyma 5 punktów. Maksymalnie w ramach tego kryterium można uzyskać 20 pkt. b) dla Inspektora nadzoru inwestorskiego w branży elektrycznej - za każde zamówienie lub zadanie inwestycyjne gdzie pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w swojej specjalności lub funkcję kierownika robót w swojej specjalności przy wykonaniu robót*

budowlanych o wartości robót budowlanych branży elektrycznej minimum 1.000.000,00 PLN brutto. Za każde zrealizowane zamówienie w powyższym zakresie wykonawca otrzyma 5 punktów. Maksymalnie w ramach tego kryterium można uzyskać 20 pkt. Uwaga: (…)

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutów nr 1, 4, 5. W zakresie zarzutów nr 2 i 3 odwołanie podlega oddaleniu.

Ad zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp

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 art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: *6. 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.*

Ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów jego realizacji. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę. W związku z tym, odpowiedź wykonawcy na takie wezwanie powinna zawierać w szczególności wyjaśnienia wątpliwości zgłoszonych przez zamawiającego, powinna być rzeczowa, spójna, w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu. Ze złożonych wyjaśnień powinno w szczególności wynikać, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny oferty oraz jakie okoliczności, właściwe dla danego wykonawcy, umożliwiły obniżenie ceny jego oferty.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. Izba bierze pod uwagę w szczególności przedmiot zamówienia, treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty i treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi, a także treść zarzutów odwołania i sposób ich wykazania.

Przechodząc od tych rozważań na grunt analizowanej sprawy, w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że jak wyżej ustalono, Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego wskazując, iż czyni to na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jest niezgodna z przepisami ustawy.* Zamawiający nie wykazał jednak związku pomiędzy ww. podstawami odrzucenia oferty Odwołującego.

Argumentacja Zamawiającego w zakresie wystąpienia w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny odnosi się natomiast do treści udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień ceny. Zamawiający jednak nie wskazuje na związek art. 226 ust. 1 pkt 8 z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Następnie wskazania wymaga, że jak wyżej wskazano, oceniając wyjaśnienia ceny należy mieć na uwadze treść wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, w tym przedstawione w nim wątpliwości i oczekiwania co do zakresu i sposobu ich wyjaśnienia.

W okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający nie sformułował konkretnych wątpliwości, lecz wskazał, iż oczekuje wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym wskazania obiektywnych czynników oraz sposobu, w jaki wpłynęły one na obniżenie całkowitej ceny oferty, a także przedłożenia przez Wykonawcę szczegółowych kalkulacji cenowych oraz innych dowodów, uzasadniających prawidłowość wyliczenia zaproponowanej ceny całkowitej oferty, w tym cen jednostkowych poszczególnych elementów świadczenia.

W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący poza częścią ogólną, z powołaniem się na orzecznictwo, przedstawił kalkulację kosztów, w tym koszty zatrudnienia personelu, koszty pośrednie i ich zestawienie, a także podsumowanie kosztów i przychodów oraz szczególne uwarunkowania i obiektywne czynniki, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny.

Z analizy ww. informacji wynika, że Odwołujący przewidział nie tyko ww. koszty ale też rezerwę oraz zysk na zamówieniu.

Ponadto Odwołujący wskazał na swoje doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, przedstawiając realizowane zamówienia z ostatnich lat i związane z tym doświadczenie w zakresie pracochłonności usług, podał, że nie ponosi kosztów zakwaterowania i noclegów personelu, potwierdzając swoje wyliczenia załączonymi do wyjaśnień dowodami.

Należy zatem uznać, że Odwołujący złożył wyjaśnienia adekwatne do treści wezwania.

Nie można uznać zasadności argumentacji przedstawionej w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, dotyczącej dokonanych samodzielnie przez Zamawiającego wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego kosztów dla całego zamówienia, tj. etapów I, II i III z podziałem na miesięczne stawki dotyczące zysku, kosztów zarządu, kosztów utrzymania biura, obsługi prawnej, kosztów wynajmu powierzchni biurowej czy kosztów papieru, które to koszty Zamawiający uznał, za rażąco niskie.

Jak sam zauważył Zamawiający, Odwołujący odnosił się do ceny zamówienia za wszystkie trzy etapy w maksymalnym wymiarze, tj. 48 miesięcy, natomiast w SWZ Zamawiający termin realizacji zamówienia określił na 36 miesięcy (etap I i II) a etap III może być realizowany do 12 miesięcy. Zamawiający dokonał swoich wyliczeń przyjmując 48 miesięczny okres realizacji zamówienia, nie uwzględniając, że może on być krótszy, jak też nie różnicując stopnia zaangażowania wymaganego w poszczególnych etapach, które, jak wyżej ustalono znacznie różnią się zakresem. Jedynie w odniesieniu do obsługi prawnej przyznał, że nie musi ona być wykonywana w każdym miesiącu. Nie przeszkodziło to jednak Zamawiającemu także co do niej wyliczenia kosztu miesięcznego. Nadto Zamawiający pomija, że wskazane przez niego koszty są przypisane wyłącznie do tego konkretnego zamówienia i, jak wskazał Odwołujący w wyjaśnieniach, np. przyjęte przez niego w kalkulacji ceny oferty koszty zarządu stanowią udział kosztów zarządu proporcjonalny względem struktury wszystkich projektów przedsiębiorstwa

Zamawiający nie wskazuje jednocześnie, że np. koszt zarządu czy pozostałe koszty wskazane przez niego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, stanowią istotną część składową ceny oferty, nie wskazuje na rażące zaniżenie ceny całej oferty. Tymczasem ocena w zakresie rażąco niskiej ceny odnosi się do ceny globalnej oferty. Zwraca przy tym uwagę, że Zamawiający nie podnosi, że cena oferty Odwołującego jest nierealistyczna, że nie jest możliwe wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia, tj. kompleksowego nadzoru inwestorskiego za cenę oferty tego wykonawcy.

W sprawie nie ma sporu, że zważywszy na przedmiot i specyfikę zamówienia zdecydowanie najwyższą pozycję kosztową stanowią koszty osobowe, a te zostały wykazane w kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach oraz potwierdzone w załączonych do nich dowodach.

W ocenie Izby argument Odwołującego dotyczący stałego personelu jest okolicznością, która jest istotnym czynnikiem indywidualnie dotyczącym przedsiębiorcy. W związku z tym nie można zgodzić się z Zamawiającym, że w zakresie indywidualnych okoliczności, Odwołujący przywołał jedynie swoje doświadczenie i miejsce zamieszkania personelu. Stała i sprawdzona kadra, zwłaszcza w przypadku zamówień na usługi intelektualne, jak w analizowanym postępowaniu, jest także czynnikiem wskazującym na indywidualne, korzystnie uwarunkowania wykonawcy.

Nie można także podzielić argumentu Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, że użyte w wyjaśnieniach sformułowanie o zatrudnieniu personelu na wyłączność potwierdza zaniżenie wynagrodzenia oferty Odwołującego. Skoro Odwołujący wskazuje szereg realizowanych zadań, to wyłączność zatrudnienia poszczególnych osób nie oznacza, że nie mogą one otrzymywać innego wynagrodzenia, poza wynikającym z przedmiotowego zamówienia. Nie jest więc tak, że skoro osoby te nie pracują na rzecz innych zleceniodawców to nie otrzymują wynagrodzenia z innych zamówień.

W ocenie Izby, Zamawiający w sposób nienależyty dokonał oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień.

W sprawie nie zostało wykazane, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez Odwołującego cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu.

Ad zarzut nr 2 dotyczący naruszenie art. 224 ust. 4 w zw. art. 224 ust. 3 ustawy Pzp

Stosownie do art. 224 ust. 3, 4 ustawy Pzp: *3. 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. oraz z 2023 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. 4. 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.

Zarzut naruszenia ww. przepisów odnosi się do treści wezwania do wyjaśnień ceny.

Odwołujący w ustawowym terminie nie skorzystał z możliwości wniesienia odwołania na tę czynność Zamawiającego, lecz zastosował się do wezwania

W związku z tym zarzut ten nie podlega uwzględnieniu.

Ad zarzut nr 3 dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp

Stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp: *1. Jeżeli zaoferowana 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.*

Odwołujący stawia ten zarzut jako odrębny, wskazując, iż z uwagi na treść wezwania do wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień, mimo, iż przyjmuje się jednokrotność takiego wezwania, Zamawiający powinien ponownie wezwać go do złożenia wyjaśnień.

Zwraca przy tym uwagę, że Odwołujący jednocześnie w odwołaniu stwierdził, że w złożonych wyjaśnieniach przestawił szczegółową argumentację, popartą stosownymi dowodami, a wątpliwości dotyczące Wyjaśnień Zamawiający sprecyzował dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty. W związku z tym Odwołujący nie mógł się już do nich odnieść. Uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania może być natomiast konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez Zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu.

W ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający w informacji o odrzuceniu jego oferty nie tyle sprecyzował swoje wątpliwości, ile dokonał dowolnej oceny otrzymanych wyjaśnień ceny oferty Odwołującego. Uczynił to z pominięciem pełnej ich treści oraz załączonych dowodów.

W związku z tym zarzut ten nie podlega uwzględnieniu.

Ad zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

Zważywszy na sposób przedstawienia tego zarzutu, rozstrzygnięcia wymagają dwie kwestie. Po pierwsze, czy zasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. uznanie, że jego oferta jest sprzeczna z ustawą Pzp, bowiem w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący dokonał zmiany treści oferty w taki sposób, stała się sprzeczna z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Po drugie, czy przeprowadzona przez tego wykonawcę w wyjaśnianiach oferty próba zmiany tej oferty dotyczyła omyłki, która kwalifikowała się do poprawy przez Zamawiającego.

Dla zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty określona w art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie niezgodności oferty z ustawą Pzp lub aktami wykonawczymi do ustawy Pzp. Może to dotyczyć np. formy, niezgodności z zasadą pisemności, zasadą języka polskiego, złożenia więcej niż jednej oferty. Żadna z tego rodzaju okoliczności nie została wskazana przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał natomiast na dokonaną przez Odwołującego z złożonych wyjaśnieniach zmianę treści oferty taki sposób, że uczyniło ją to sprzeczną z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi. *1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

Przepis ten przewiduje prawo zamawiającego do żądania wyjaśnień w merytorycznych granicach treści podlegającej wyjaśnieniu, co oznacza brak możliwości zmiany oferty poza wskazanymi w nim sytuacjami. Zasadą jest bowiem, że oferta po upływie terminu składania ofert nie podlega zmianie. Podjęcie zatem przez wykonawcę niedozwolonej próby zmiany treści oferty nie może się okazać skuteczne. Oznacza to, że ocenie podlega oferta w brzmieniu sprzed takiej próby.

W związku z tym, w sytuacji, gdy Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazał jedynie na taką niedozwoloną zmianę oferty, to należy uznać, że nie wykazał wypełnienia się przesłanki wskazanej w tym przepisie. Tym samym nie wykazał zaistnienia podanej przez siebie podstawy odrzucenia oferty. W konsekwencji czynność odrzucenia oferty na wskazanej podstawie należy uznać za wadliwą.

Odnośnie drugiej kwestii, tj. próby zmiany oferty przez Odwołującego z uzasadnieniem, że chodzi o omyłkę, w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że czynność poprawy omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp należy do Zamawiającego.

Odwołujący natomiast nie postawił zarzutu zaniechania przez Zamawiającego dokonania poprawy omyłki, na którą wskazał w złożonych wyjaśnieniach tej oferty. Nie podniósł i nie wykazał, że Zamawiający mógł i powinien wskazaną przez niego omyłkę zauważyć i sam dokonać jej poprawy.

Zważywszy jednak na to, iż dla uzasadnienia braku zasadności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Odwołujący kontynuował w odwołaniu próbę wykazania, że chodzi o omyłkę, wskazania wymaga, że stosownie do art. 223 ust. 2 ustawy Pzp *Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

W ofercie dla uzyskania punktów w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia personelu, Odwołujący wskazał *„Magazyn Studyjny dla Muzeum Sztuki w Łodzi – Budynek J”* podając adres: Więckowskiego 36 Łódź i numer wpisu do rejestru zabytków: A/42.

W wyjaśnieniach oferty, złożonych - jak wyżej ustalono - na wystąpienie Zamawiającego, który oczekiwał wyjaśnienia czy Magazyn Studyjny wskazany w poz. 3 jest wpisany do rejestru zabytków, Odwołujący podał, że w ofercie doszło do oczywistej omyłki pisarskiej i wskazał, że prawidłowy zapis tej pozycji powinien brzmieć inaczej, wskazując przy tym na inny budynek.

Powyższej zmiany nie sposób uznać za oczywistą omyłkę pisarską.

Oczywista omyłka pisarska jest tego rodzaju, że nasuwa się każdemu i nie wymaga wyjaśnień. Nadto nie ma ona charakteru merytorycznego. Tymczasem przedmiotowa zmiana oferty, jaką w wyjaśnieniach tej oferty Odwołujący chciał do niej wprowadzić, ma charakter merytoryczny. Dotyczy ona bowiem oświadczenia woli co do innego budynku niż wskazany w ofercie. Wyklucza to zatem możliwość uznania tej zmiany za oczywistą omyłkę pisarską. Tym bardziej, że Odwołujący nie wykazał, ze w innym miejscu oferty został przez niego podany budynek, na który wskazał w wyjaśnieniach oferty.

Nie jest to także omyłka, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przepis ten winien zostać zastosowany przez zamawiającego, gdy wystąpi zauważalna niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, mająca charakter omyłki, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Nie może on zatem stanowić podstawy do znaczącej interwencji w treść oferty.

Tymczasem przedmiotowa próba zmiany oferty w zakresie informacji, podawanej - co istotne - dla uzyskania punktów w kryterium oceny ofert, nie dotyczyła jedynie zmiany nazwy zadania, jak próbuje przekonywać Odwołujący, lecz zmiany budynku nadzorowanego przez wskazaną w ofercie osobę, tj. zastąpienia budynku wymienionego w ofercie, innym budynkiem. Odwołujący nie wykazał przy tym, że z treści oferty Zamawiający mógł powziąć wiedzę w jaki sposób miałby dokonać takiej poprawy oferty.

W związku tym Zamawiający powinien dokonać oceny oferty Odwołującego w takim brzmieniu, w jakim została złożona.

Ad zarzut nr 5 dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

Zgodnie z art. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Stosownie do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp stanowi: *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Zarzut ten jest zarzutem wynikowym, związanym z zarzutami dotyczącymi odrzucenia oferty Odwołującego na

wskazanych przez Zamawiającego podstawach, które to zarzuty potwierdziły się.

W związku z tym także ten zarzut należy uznać za podlegający uwzględnieniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie w odniesieniu do trzech z pięciu postawionych w odwołaniu zarzutów zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający w związku z niezasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego nie dokonał bowiem czynności oceny tej oferty. Badanie i ocena ofert należy do Zamawiającego. W związku z tym Zamawiający powinien dokonać czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy.

Z uwagi na potwierdzenie zasadności trzech z pięciu zarzutów odwołania, Strony postępowania zostały odpowiednio obciążone kosztami postępowania odwoławczego, tj. Odwołujący w 2/5 i Zamawiający w 3/5. Na koszty postepowania składają się kwoty: wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł, 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, 204,00 zł tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika Zamawiającego. Łącznie koszty postępowania wynoszą 18 804,00 zł. Odwołujący zapłacił 15 000 zł 00 gr, a uwzględniając stosunkowe obciążenie kosztami, powinien zapłacić 7 521,60 zł. Zamawiający zapłacił 3 804 zł 00 gr, a powinien zapłacić 11 282,40 zł. W związku z tym Zamawiający powinien zapłacić na rzecz Odwołującego kwotę 7 479,00 zł tytułem zwrotu części kosztów postępowania.

Odwołujący nie przedłożył wymaganych przepisami nw. rozporządzenia dokumentów potwierdzających poniesione koszty z tytułu zastępstwa prawnego. W związku z tym koszty te nie mogły być przyznane.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 7 ust. 3 i 6 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).

Przewodnicząca: ……..……