

WYROK

Warszawa, 25 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 marca 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
ZBM spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy ul. Cybernetyki 19B (02-677 Warszawa) oraz EUROPROJEKT GDAŃSK spółkę akcyjną z siedzibą w Gdańsku przy ul. Nadwiślańskiej 55 (80-680 Gdańsk) w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku przy ul. Mostowej 11A (80-778 Gdańsk)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Lafrentz Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Kamiennogórskiej 22 (60-179 Poznań)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZBM spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie oraz EUROPROJEKT GDAŃSK spółkę akcyjną z siedzibą w Gdańsku i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1185/25

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją i kontrolą rozliczenia budowy na zadaniu: „Rozbudowa*

i przebudowa drogi wojewódzkiej nr 221 na odcinku od Jankowa do Obwodnicy Kościerzyny – Odcinek B – odcinek od m. Kolbudy do m. Przywidz w podziale na dwa odcinki:

- odcinek B1: od km ok. 14+645 do km 21+710,

- odcinek B2: od km 21+710 do km ok. 26+875”

w trakcie realizacji robót oraz w okresie rękojmi i gwarancji jakości robót o numerze: 102/WZP/2024/PN/WRI, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 października 2024 r., pod numerem publikacji: 653375-2024 (nr wydania Dz.U. S: 210/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

31 marca 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz EUROPROJEKT GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie na następujące czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, polegające na:

- badaniu i ocenie złożonych ofert;
- zaniechaniu należytego wyjaśnienia treści oferty odwołującego;
- odrzuceniu oferty odwołującego;
- zaniechaniu wezwania Lafrentz do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
- dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Lafrentz jako najkorzystniejszej;
- zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego w postępowaniu odwołujący postawił następujące zarzuty mające istotny wpływ na wynik postępowania:

1) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 5, ust. 6 Pzp oraz w zw. z art. 353¹ k.c. przez:

a) prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz w sposób przejrzysty, proporcjonalny oraz nie zapewniający najlepszej jakości usług uzasadnionej charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia;

b) zaniechanie należytego wyjaśnienia treści oferty odwołującego oraz bezpodstawne odrzucenie jego oferty, w sytuacji w której odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia

z dowodami w zakresie braku rażąco niskiej ceny (dalej: „rnc”) oraz wykazał, że złożona przez niego oferta nie jest rażąco niska;

c) bezpodstawne przyjęcie, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia rnc są lakoniczne i ogólnikowe oraz że odwołujący nie wyjaśnił / nie uzasadnił podanej w ofercie ceny lub kosztu;

d) odrzucenie oferty odwołującego jako czynności nieproporcjonalnej do postawionych mu zarzutów w piśmie z 21 marca 2025 r. oraz odnoszących się do nieistotnych części składowych oferty;

2) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 – ust. 5 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz w sposób przejrzysty, proporcjonalny oraz bez zapewnienia najlepszej jakości usług uzasadnionej charakterem zamówienia,

w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia, zaniechanie należytego wyjaśnienia treści oferty Lafrentz,

w tym zaniechanie wezwania Lafrentz do złożenia wyjaśnień rnc, w sytuacji gdy cena całkowita oferty tego wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, wskazanej przez zamawiającego w piśmie z 14 stycznia 2025 r., a uzasadnienie tegoż pisma winno automatycznie odnosić się także do sytuacji Lafrentz;

- co doprowadziło także do naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu, aby w postępowaniu:

- unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej;
- unieważnił odrzucenie oferty odwołującego;
- dokonał ponownego badania i oceny ofert;
- dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada warunkom zamówienia, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu

i brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz ubiegał się o udzielenie mu zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp, to nie dokonałby odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz nie dokonałby wyboru oferty Lafrentz, gdyż to oferta odwołującego powinna być zostać uznana za najkorzystniejszą.

W konsekwencji skutkowałoby to wyborem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez odwołującego. Oferta odwołującego uplasowałaby się na pierwszej pozycji w rankingu ofert. Odwołujący podkreślił również, że wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, a przedłożone przez niego wyjaśnienia były prawidłowe i kompletne. Ponadto odwołujący stwierdził, że przez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia w postępowaniu oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe, zdaniem odwołującego, stanowiło wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał dodatkowo, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Pzp niewątpliwie może mieć i miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego było bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób może wpłynąć i wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący przedstawił stanowisko odnoszące się do podniesionych zarzutów.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

14 kwietnia 2025 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

14 kwietnia 2025 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo wraz z załącznikiem zawierające stanowisko dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 8 kwietnia 2025 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - oferty złożone w postępowaniu;
 - wezwanie z 14 stycznia 2025 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
 - wyjaśnienia z 28 stycznia 2025 r. wraz załącznikami złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
 - wezwanie z 6 lutego 2025 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp dotyczące złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie rażąco niskiej ceny;
 - wyjaśnienia z 11 lutego 2025 r. złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
 - informację z 21 marca 2025 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
- 2) załączoną do odpowiedzi na odwołanie listę przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez beneficjenta;
- 3) załączone do pisma procesowego przystępującego opracowanie Sekocenbud, stawki wynagrodzeń ekspertów.

Izba ustaliła co następuje

Szacunkowa wartość zamówienia została przez zamawiającego określona na kwotę netto: 1 613 276,70 zł, tj. brutto: 1 984 330,34 zł. Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 1 900 000,00 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty przez następujących wykonawców:

- 1) konsorcjum: Transprojekt Gdański sp. z o.o. oraz B-ACT S.A. – 3 441 608,88 zł;
- 2) Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT – 2 199 240,00 zł;
- 3) odwołującego – 1 338 883,09 zł;
- 4) przystępującego – 1 805 376,36 zł;
- 5) BAUMARK Sp. z o.o. – 4 255 800,00 zł (oferta ostatecznie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp).

Wezwaniem z 14 stycznia 2025 r. zamawiający, wskazując, że oferta złożona przez odwołującego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia – była bowiem niższa o 48,67% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający wskazał na treść przepisu art. 224 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym wyjaśnienia 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 prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 5) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający podkreślił również, że zgodnie z art. 224 ust. 4 Pzp, wykonawca ma obowiązek dodatkowo złożyć wyjaśnienia w zakresie:

1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

oraz, że art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Pismem z 28 stycznia 2025 r. odwołujący złożył pisemne wyjaśnienia wraz

z załącznikami. W wyjaśnieniach odwołujący podniósł, że w przypadku odrzucenia dwóch najdroższych ofert – wówczas jego oferta stanowiłaby 70,47% budżetu zamawiającego oraz 75,17% średniej arytmetycznej pozostałych ofert, co miało świadczyć o prawidłowej wycenie, znajomości rynku usług nadzorczych i nie nosić znamion rażąco niskiej ceny. Odwołujący przedstawił ponadto szereg okoliczności, które w jego ocenie pozwoliły na znaczące obniżenie kosztów realizacji zamówienia.

Zamawiający powziął wątpliwość, co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty

i uwzględnienia przez odwołującego wszystkich kosztów określonych w dokumentach postępowania. W związku z powyższym, zamawiający pismem z 6 lutego 2025 r. wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w następującym zakresie:

1. Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, gdzie i w jakiej wysokości został ujęty koszt wykonania wszystkich czynności po zakończeniu robót budowlanych, w tym w szczególności, **koszt wykonania kompleksowego odbioru oraz rozliczenia końcowego zadania wraz ze sporządzeniem i złożeniem raportu końcowego, który został w Formularzu cenowym wyceniony na kwotę 30 000,00 zł, z uwzględnieniem terminów określonych w § 2 wzoru umowy, tj.:**

a) Par. 2 ust. 1 - "(...) Termin złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie lub zawiadomienie odpowiedniego organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy dla obiektu budowlanego i wszystkich jego elementów wynosi 40 dni od dnia zakończenia wszystkich robót budowlanych wymienionych w pkt 1 i 2."

b) Par. 2 ust. 2 - "Za zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy przyjmuje się datę wywiązania się Wykonawcy ze wszystkich obowiązków, określonych niniejszą Umową, **wraz z kompleksowym odbiorem i rozliczeniem końcowym robót budowlanych oraz złożeniem raportu końcowego (...)**"

Zgodnie z par. 7 ust. 3 pkt 38) Wykonawca zobowiązany jest w szczególności do (...) sporządzenia i dostarczenia Zamawiającemu sprawozdania (raportu) końcowego z realizacji robót budowlanych, w terminie 14 dni od daty podpisania protokołu odbioru przedmiotu umowy na roboty.

2. Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, w których pozycjach w przedłożonej tabeli zbiorczej i w jakiej wysokości ujęto koszty:

a) Przygotowania i udostępnienia platformy internetowej, na której będą na bieżąco zamieszczane wszystkie dokumenty dotyczące realizacji zadania - osobne foldery dla wszystkich stron (Wykonawca robót, Inżynier Kontraktu, Inwestor/Zamawiający) - zgodnie

z par. 7 ust. 3 pkt 42) wzoru Umowy.

b) Sali do przeprowadzenia narady koordynacyjnych i rad budowy oraz innych spotkań związanych z realizacją zadania na min 20 osób. Sala winna być wyposażona w sprzęt audio wizualny- zgodnie z pkt 4.1.10 OPZ.

c) Wykonania dokumentacji fotograficznej i filmowej wysokiej jakości, dokumentującej przebieg realizacji inwestycji, obejmującej (zgodnie z pkt 4.2.5):

- etap przed rozpoczęciem inwestycji (inventaryzacja terenu objętego planowaną rozbudową przed rozpoczęciem robót budowlanych),

- w trakcie prowadzenia robót budowlanych (co miesiąc w postaci załącznika do raportu miesięcznego oraz w postaci odrębnego opracowania raz na kwartał od momentu rozpoczęcia robót).

d) Obowiązków Inżyniera po zakończeniu robót na etapie przygotowania do odbioru końcowego Zadania (zgodnie z pkt 4.1.1 OPZ oraz pkt 4.2.5):

- pozyskanie od Wykonawcy robót i sprawdzenie dokumentów niezbędnych do uzyskania decyzji pozwolenia na użytkowanie obiektu lub zawiadomienia o zakończeniu robót w zakresie zgodnym z przepisami Prawa budowlanego,
- pozyskanie od Wykonawcy robót, sprawdzenie i zatwierdzenie przed wyznaczonym terminem odbioru (...) końcowego robót wszelkiej niezbędnej dokumentacji powykonawczej (m.in. kolaudat) potrzebnej do odbioru (...) końcowego robót,
- sprawdzanie i pisemne zatwierdzenie wszystkich niezbędnych dokumentów potrzebnych do odbioru końcowego Zadania,
- przygotowanie i przekazanie Zamawiającemu w wersji elektronicznej (skany ostatecznych, podpisanych dokumentów) zgromadzonej przez Inżyniera dokumentacji Zadania, skatalogowanej tematycznie, uporządkowanej i przygotowanej do zarchiwizowania,
- Wykonania dokumentacji fotograficznej i filmowej wysokiej jakości, dokumentującej przebieg realizacji inwestycji, obejmującej inwentaryzację terenu objętego przebudową po zakończeniu realizacji inwestycji.

e) Przygotowania załączników do raportu miesięcznego i raportu końcowego, w tym (zgodnie z OPZ pkt 4.5.2 i 4.5.3):

Załącznik nr 5 - Dokumentacja fotograficzna oraz dokumentacja filmowa „z lotu ptaka”.

- Dokumentacja fotograficzna z postępu realizacji robót w danym miesiącu załączana ma być każdorazowo do raportu miesięcznego na płycie CD/DVD lub innym nośniku danych cyfrowych. Dokumentacja fotograficzna winna dokumentować zakres robót realizowany

w danym okresie sprawozdawczym, z uwzględnieniem wszystkich branż. Zdjęcia winny być skatalogowane z podziałem na branże. Dokumentacja fotograficzna winna być sporządzona w jakości i dokładności, pozwalającej na identyfikację miejsca, a nazwy poszczególnych zdjęć winny zawierać co najmniej datę wykonania.

- Dokumentacja filmowa „z lotu ptaka” z postępu realizacji robót ma być sporządzana raz na kwartał, w tym pierwsza – przed rozpoczęciem robót budowlanych lub w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy na pełnienie usługi Nadzoru Inwestorskiego, jeżeli umowa na roboty budowlane z Wykonawcą robót została podpisana wcześniej. Każda następna dokumentacja filmowa winna być sporządzana na koniec trzymiesięcznego okresu realizacji robót i dołączana do kolejnego raportu miesięcznego na płycie CD/DVD lub innym nośniku danych cyfrowych. Materiał filmowy winien być sporządzony w jakości 4K/30kl/sek lub FULL HD 1920x1080.

3. Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie rozbieżności w zakresie wysokości kwoty wskazanej w poz. 3 Pełnienie usługi nadzoru inwestorskiego w okresie rękojmi i gwarancji jakości na roboty (zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia i warunkami Umowy na okres rękojmi

i gwarancji jakości na roboty) tabeli Formularza cenowego (9 090,88 zł netto), a kwotą wskazaną w poz. A.2.1 tabeli Kalkulacja usługi ZBM stanowiącej załącznik nr 1 do Wyjaśnień z dn. 28.01.2025 r. (8000,00 zł netto).

4. Wykonawca w przedłożonych wyjaśnieniach z dnia 28.01.2025 r. wskazuje, że “Poczynione przez Wykonawcę założenie zatrudnienia personelu miejscowego (jesteśmy firmą lokalną, warszawską) przy realizacji przedmiotowego zamówienia, pozwoliło na uzyskanie znacznych oszczędności”. Zamawiający zwraca się o wskazanie w jaki sposób fakt bycia firmą lokalną (warszawską) i zatrudnienie personelu miejscowego pozwoliło na uzyskanie znacznych oszczędności w kalkulacji ceny ofertowej dla inwestycji realizowanej ponad 300 km od Warszawy.

5. Mając na uwadze treść “Oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie , o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp” złożonego wraz z ofertą Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie dotyczące podziału kosztów i zysku między członkami Konsorcjum. Z treści ww. oświadczenia wynika, że Wykonawca ZBM S.A. wykona 80% przedmiotu umowy, a Wykonawca EUROPROJEKT S.A. 20% przedmiotu umowy. Przedłożona wraz z wyjaśnieniami z dn. 28.01.2025 r. tabela zawierająca kalkulację ceny ofertowej została zatytułowana jako Kalkulacja usługi ZBM, co wskazywałoby na przedstawienie kosztów i zysków będących wyłącznie po stronie Lidera konsorcjum.

Odwołujący udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie, pismem z 11 lutego 2025 r.

Przystępujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

21 marca 2025 r. zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jak wynikało z tej informacji zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu wybrał ofertę przystępującego. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Treść przepisów dotyczących rozpoznanych zarzutów:

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.;

- art. 17 ust. 1 Pzp – Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 1-6 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.

2. 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.

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. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) 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.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

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.;

- art. 353¹ k.c. – Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.;

- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu Izba zdecydowała się wziąć pod uwagę stanowisko przystępującego, który zasadnie stwierdził, że wbrew twierdzeniom odwołującego brak było podstaw do uznania, że pierwsze wyjaśnienia

złożone przez odwołującego były rzeczowe i kompletne. O ich niewystarczającym charakterze świadczył chociażby fakt, że zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, wyraźnie wskazując przy tym na niespójności i niejednoznaczność przedstawionych dotąd informacji. Zamawiający wskazał przy tym również na konkretne elementy wymagające dodatkowego wyjaśnienia oraz konieczność złożenia przez odwołującego w tym zakresie stosownych dowodów. W tym świetle nie można było podzielić stanowiska odwołującego, jakoby pierwsza odpowiedź rozwiewała wszelkie zastrzeżenia. Konieczność dodatkowego wezwania dowodziła okoliczność przeciwną, tj. złożone wcześniej wyjaśnienia były niewystarczające, a zawarte

w nich twierdzenia nie były poparte na tyle szczegółowymi i weryfikowalnymi danymi, aby zamawiający mógł przeprowadzić pełną i rzetelną ocenę zaoferowanej ceny. Fakt skierowania drugiego wezwania do odwołującego w sposób oczywisty potwierdzał, że wątpliwości dotyczące ceny nie zostały w pełni wyjaśnione na pierwszym etapie, a pierwotne wyjaśnienia odwołującego były niewystarczające.

Co istotne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w tym także wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, od której wykonawcy przysługuje możliwość wniesienia odwołania. W związku z tym jeżeli odwołujący uważał, że już wyjaśnienia z 28 stycznia 2025 r. były wystarczające i powinny rozwiązać wątpliwości zamawiającego w zakresie ceny to powinien wnieść odwołanie od czynności wezwania go do złożenia dodatkowych wyjaśnień, czyli od czynności dokonanej 6 lutego 2025 r. Odwołujący na tamtym etapie nie kwestionował czynności wezwania go do złożenia dodatkowych wyjaśnień, próbował na nie odpowiedzieć

i dopiero w sytuacji, w której efekt badania jego oferty był dla niego niekorzystny, ponieważ zamawiający odrzucił jego ofertę, odwołujący zdecydował podnieść argumentację, która

w zawołowany sposób poddawała pod wątpliwość zasadność dodatkowego wezwania.

Z tego także względu skład orzekający nie mógł zakwestionować okoliczności związanych

z dodatkowym wezwaniem, ponieważ odwołujący utracił legitymację do podważenia tej czynności. Tym samym Izba nie miała innego wyjścia jak uznać, że odwołujący udzielając wyjaśnień 28 stycznia 2025 r. nie odpowiedział w sposób satysfakcjonujący zamawiającego na wezwanie z 14 stycznia 2025 r. W konsekwencji zamawiający słusznie wezwał odwołującego do dodatkowych wyjaśnień odnośnie ceny. W dalszej kolejności skład orzekający, mając na uwadze powyżej zaprezentowaną argumentację, stwierdził, że na moment rozpoznania przedmiotowej sprawy, Izba nie miała możliwości kwestionowania treści wezwania z 6 lutego 2025 r. Odwołujący w swojej argumentacji szeroko zwracał uwagę, że zastosowana przez zamawiającego sankcja w postaci odrzucenia jego oferty była nieproporcjonalna, a zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty powołał się na okoliczności, których nie można było zakwalifikować jako istotne części składowe ceny. Ostatecznie odrzucenie oferty odwołującego było konsekwencją nieudzielenia odpowiednich wyjaśnień na wątpliwości podane w dodatkowym wezwaniu. Okoliczność ta została wyraźnie wskazana w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. W ocenie składu orzekającego odwołujący w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie w zasadzie nie odpowiedział na pytania nr 1 i 2 z tego wezwania. Z racji tego, że odwołujący nie wniósł odwołania od czynności wezwania go do złożenia dodatkowych wyjaśnień, Izba w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie miała możliwości rozstrzygnięcia w zakresie zasadności zadania poszczególnych pytań w tym wezwaniu. Tym samym istota sprawy sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy odwołujący

w sposób, który można było uznać za wystarczający, odpowiedział na wezwanie z 6 lutego 2025 r. Izba doszła do przekonania, że odpowiedź na powyżej wskazane pytanie była negatywna dla odwołującego, co skutkowało uznaniem, że zamawiający słusznie odrzucił jego ofertę.

Odnosząc się dodatkowo do wyjaśnień z 11 lutego 2025 r. Izba stwierdziła, że odwołujący złożył lakoniczne, ogólnikowe wyjaśnienie, bez wskazania wysokości przyjętych kosztów wykonania pozycji, których przedstawienia żądał zamawiający. Ponadto odwołujący nie przedłożył również żadnych dodatkowych dokumentów (dowodów) mogącej potwierdzić realność zaoferowanej przez niego ceny. Treść złożonych wyjaśnień uzupełniających nie rozwiązała wątpliwości zamawiającego co do prawidłowej kalkulacji kosztów i możliwości faktycznego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Na marginesie Izba wzięła również pod uwagę część argumentacji przystępującego, która wskazywała, że mając na uwadze argumentację odwołującego wskazaną w treści odwołania oraz treści złożonych przez odwołującego wyjaśnień, które nie potwierdziły zasadności przyjętych przez odwołującego kalkulacji, w szczególności wskazać można było w tym zakresie na poniższe kwestie:

1) choć odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że przy kalkulacji wynagrodzeń uwzględnił wymogi dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (wynoszącej obecnie 30,50 zł brutto) oraz koszty związane

z pracowniczymi planami kapitałowymi, to nie przedstawił żadnego szczegółowego wyliczenia, z którego wynikałoby, w jaki sposób i w jakiej wysokości zostały w ofercie uwzględnione powyższe należności. Brak wykazania konkretnych

stawek i dowodów uniemożliwił weryfikację, czy rzeczywiście wartość kosztów pracy nie była zaniżona. W konsekwencji stwierdzenie odwołującego o zachowaniu ustawowych gwarancji płacowych pozostawało w sferze ogólnych deklaracji, niewspartych żadnymi konkretnymi danymi czy dowodami;

2) przyjęty przez odwołującego czas trwania usługi ograniczono do 18 miesięcy, podczas gdy wskazane w dokumentach zamówienia 594 dni przekładały się faktycznie na okres około 19,5 miesiąca;

3) odwołujący podkreślał, że skorzystał z subwencji finansowej w wysokości 3,5 mln zł, nie wykazał jednak bezpośredniego przełożenia tej okoliczności na obniżenie ceny ofertowej, czyli w jaki konkretnie sposób dostęp do tych środków umożliwił znaczne zredukowanie kosztów realizacji zamówienia.

Powyższe okoliczności dodatkowo potwierdzały, że wyjaśnienia odwołującego były niewystarczające.

Skład orzekający zwrócił również uwagę, że odwołujący w argumentacji podniesionej na rozprawie podkreślał zdawkowość i lakoniczność uzasadnienia odrzucenia jego oferty, które zostało zaprezentowane w informacji z 21 marca 2025 r. oraz argumentował, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie znacznie rozszerzył katalog powodów na podstawie, których odrzucił jego ofertę w stosunku do ww. informacji. Izba uznała, że powyżej zaprezentowana argumentacja odwołującego nie mogła doprowadzić do uwzględnienia pierwszego zarzutu, ponieważ po pierwsze odwołujący nie podniósł zarzutu dotyczącego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia jego oferty. Po drugie Izba pominęła stanowisko zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, które wykraczało poza okoliczności podane w uzasadnieniu ww. czynności.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 5, ust. 6 Pzp oraz w zw. z art. 353¹ k.c., podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania.

W zakresie drugiego zarzutu Izba przyjęła i uznała za słuszną argumentację zamawiającego. Skład orzekający ustalił, że w postępowaniu złożono 5 ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp. W trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu zamawiający stwierdził, że cena oferty złożonej przez wykonawcę BAUMARK Sp. z o.o. była *rażąco wysoka*, a tym samym sztucznie zawyżała średnią arytmetyczną cen złożonych ofert (była wyższa od średniej o 63,17%).

Ponadto zamawiający wyjaśnił, że podejmując decyzję o odstąpieniu od skierowania wniosku o wyjaśnienia w zakresie ceny złożonej oferty do przystępującego, kierował się następującymi okolicznościami:

1) rozbieżność pomiędzy średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, a ofertą przystępującego (cena niższa o 30,78%) wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia, tj. spowodowana była *rażąco wysoką ceną* oferty wykonawcy BAUMARK Sp. z o.o., która sztucznie zawyżała średnią arytmetyczną;

2) cena oferty przystępującego (1 805 376,36 zł) była zbliżona do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, tj. 1 984 330,34 zł oraz kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (opublikowanej przed upływem terminu otwarcia ofert), tj. 1 900 000,00 zł;

3) cena oferty przystępującego była wyższa od oferty odwołującego (noszącej znamiona *rażąco niskiej*) o 466 493,27 zł;

4) dyspozycja art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, pozwala zamawiającemu na odstąpienie do wzywania wykonawcy do wyjaśnień w sytuacji, gdy *rażąco niska* cena wynika z okoliczności oczywistych.

W ocenie składu orzekającego zamawiający skutecznie argumentował i wykazał, że

w okolicznościach przedmiotowej spawy rozbieżność pomiędzy średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, a ofertą przystępującego wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia.

Ponadto na poparcie powyżej przedstawionej argumentacji skład orzekający zwrócił uwagę na wyrok z 17 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1612/21, w którym Izba stwierdziła, że, *Zamawiający jest zwolniony z wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, jeśli rozbieżność między tą ceną a wartością zamówienia powiększoną VAT lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p.) Przyczyna zastosowania ww. przepisu, tj. odstąpienia od badania *rażąco niskiej* ceny, może wynikać z tego, że *znacząco wyższa od innych* cena jednej lub kilku ofert złożonych w postępowaniu wyraźnie *zawyża średnią arytmetyczną* wszystkich złożonych ofert, co powoduje, że pozostałe oferty okazują się mieć *cenę niższą o co najmniej 30% od tejże średniej*.*

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 – ust. 5 Pzp, podniesiony w pkt 2 *petitum* odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt

wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:.....