

Sygn. akt: KIO 1961/23, KIO 1977/23

WYROK
z dnia 27 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: M.T.

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Rafała Ślusarskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT R.Ś. w Piotrkowicach**(KIO 1461/23) i w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę **EM-TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chruszczobrodzie** (KIO 1477/23) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach** przy udziale wykonawcy **INKO Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do obu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienie odrzucenia ofert obu odwołujących i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert obu odwołujących.
2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łącznie kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołań;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz każdego z odwołujących kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od obu odwołań,
 - 2.3. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy EM-TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chruszczobrodzie (KIO 1477/23) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1961/23, KIO 1977/23

Uzasadnienie

I. Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa obwodnicy miasta Włoszczowa w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 786 wraz z połączeniem z drogą wojewódzką nr 742 i 785 - /Etap II - Obwodnica Włoszczowy w ciągu DW 742/*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowy UE dnia 22 lutego 2023 roku pod nr 2023/S 038-112983.

W dniu 7 lipca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę R.Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTAPROJEKT R.Ś. w Piotrkowicach (KIO 1961/23) i dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę EM-TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chruszczobrodzie (KIO 1977/23) zostały wniesione odwołania.

Sygn. akt KIO 1961/23

Odwołujący R.Ś. zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust.1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania z związku z bezpodstawnym przyjęciem, że Wykonawca w kalkulacji nierzetelnie skalkulował cenę oferty;
- 2) art. 226 ust.1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania z związku z bezpodstawnym przyjęciem, że treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadniając tak postawione zarzuty odwołania, Odwołujący wskazywał, że „Zamawiający w Opisie Przedmiotu

Zamówienia nieprecyzyjnie określił okres wydłużenia kontraktu, poprzez wskazanie okresu wydłużenia do 10 miesięcy. Szacunek Zamawiającego jest nieuzasadniony i nie potwierdzony żadnymi dowodami wskazującymi akurat na wydłużenie kontraktu do 10 miesięcy. Równie dobrze kontrakt może się zakończyć w terminie 37 miesięcy, może się wydłużyć o przykładowe 3 miesiące lub nawet skrócić. Odpowiadając na pismo Zamawiającego, poprzez długoletnie doświadczenie na rynku budowlanym w pełnieniu nadzoru inwestorskiego na inwestycjach o podobnych wymaganiach, oszacowaliśmy maksymalny czas wydłużenia kontraktu jako 5 miesięcy, co też zawarliśmy w wyjaśnieniach z dnia 17.05.2023r.”.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy: INKO Consulting Sp. z o.o.:
- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Sygn. akt KIO 1977/23

Odwołujący EM-TECHNIK zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez „bezzasadne pominięcie okoliczności, że wynagrodzenie podane przez odwołującego miało charakter ryczałtowy, a w konsekwencji nie jest istotna struktura wewnętrzna ceny zaoferowanej przez odwołującego, albowiem odwołujący był uprawniony do dowolnego rozłożenia poszczególnych kosztów świadczenia usług i ryzyk z tym związanych; zamawiający odrzucił jednak ofertę złożoną przez odwołującego wyłącznie na tej podstawie, że odwołujący ustalił jedno z ryzyk, tj. ryzyko związane z realizacją usługi w okresie przedłużonym do 10 miesięcy, na poziomie 0%, tym samym zamawiający nie dokonał oceny całkowitej ceny podanej przez odwołującego, lecz wyłącznie ograniczył swe działania do jednego z elementów mogących wpłynąć na wysokość ceny; co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo tego, że cena podana przez odwołującego była rynkowa”;

2.art. 226 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, w sytuacji kiedy cena jego oferty była rynkowa i co najwyżej niska, a dodatkowo Odwołujący udzielił szczegółowych wyjaśnień celem wykazania przyjętej przez niego wysokości wynagrodzenia ryczałtowego;

3.art. 224 ust. 6 i 224 ust. 5 Prawa zamówień publicznych poprzez dwukrotne wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wyłącznie celem uzyskania przez zamawiającego podstawy faktycznej do odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;

4.art. 253 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez wewnętrznie sprzeczne i niespójne uzasadnienie decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, w treści uzasadnienia tejże decyzji wskazano bowiem, że oferta złożona przez odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych), podczas gdy została finalnie odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną (art. 226 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych), w konsekwencji odwołującemu nie są znane motywy decyzji podjętej przez zamawiającego, co narusza jego prawo do obrony przed niezasadnymi działaniami zamawiającego.”

Odwołujący EM-TECHNIK uzasadniając podniesione zarzuty stwierdzał, że Zamawiający „odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego wyłącznie z tej przyczyny, że odwołujący wskazał, że ryzyko związane ze zmianą terminu realizacji usługi zostało obliczone na 0%. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający nie stwierdził, że cena wskazana przez odwołującego jest rażąco niska, tylko że wykonawca błędnie ustalił jeden z kosztów, tj. koszt związany z przedłużeniem okresu obowiązywania umowy do 10 miesięcy.

Działania zamawiającego w sposób oczywisty są niezgodne z przepisami prawa i treścią SWZ. Stosownie do treści części XV ust. 2 SWZ odwołujący był zobowiązany do uwzględnienia przy ustalaniu wysokości ceny wszelkie koszty i ryzyka towarzyszące wykonaniu zamówienia. Postanowienie to ma charakter klauzuli generalnej, zaś ryzyka wskazane w dalszej części tego postanowienia mają charakter wyłącznie przykładowy. Odwołujący był zatem zobowiązany do uwzględnienia wszelkich ryzyk, które to mogą się pojawić w trakcie realizacji zamówienia. Ryzyka wskazane w treści SWZ miały wyłącznie charakter przykładowy. Zamawiający nie wymagał jednak od wykonawców nadania określonej wagi poszczególnym ryzykom, gdyż należało je wyłącznie zsumować i uwzględnić w cenie ofertowej. Bezsprzecznie odwołujący postąpił w sposób zgodny z treścią SWZ, gdyż uwzględnił on ryzyko związane z wydłużeniem czasu trwania umowy. Odwołujący miał prawo również uznać to ryzyko za nieistotne i mało prawdopodobne, a w konsekwencji ustalić je na 0%. (...) Zamawiający w uzasadnieniu swej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego oparł się wyłącznie na tym, że cena zaoferowana przez odwołującego rzekomo nie uwzględnia ryzyka związanego z prowadzeniem prac w okresie wydłużonym. Działania zamawiającego jest zatem nieprawidłowe, gdyż złożone przez niego uwagi nie odnoszą się do

całej ceny, lecz wyłącznie do jednego z kosztów, które to odwołujący miał prawo ustalić na dowolnym poziomie.

Kolejną kwestią istotną jest fakt, że zamawiający dwukrotnie zwrócił się do odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, tj. pismem z dnia 11 kwietnia 2023 roku i pismem z dnia 12 maja 2023 roku. W treści drugiego wezwania zamawiający wskazał wprost, że oczekuje wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ryzyka związanego z wydłużeniem okresu świadczenia usług do 10 miesięcy.”

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

- 1.unieważnienie czynności Zamawiającego polegającego na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;
- 2.unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 3.nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania i na rozprawie wnosil o oddalenie obu odwołań.

Sygn. akt KIO 1961/23

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśniał, że Odwołujący R.Ś., pismem z dnia 11 kwietnia 2023 roku, został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez niego ceny. Po dokonaniu oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, pismem z dnia 12 maja 2023 roku, Zamawiający wezwał Odwołującego o doprecyzowanie sposobu obliczenia kwoty przyjętego ryzyka z tytułu przedłużenia kontraktu, gdyż kwota ujęta w kalkulacji (60 000 zł) w zestawieniu z przedstawionymi w wyjaśnieniach stawkami (wynagrodzenia pracowników, koszty biura Inżyniera Kontraktu i samochodu dla Kierownika Projektu) w ocenie Zamawiającego jest niewystarczająca na pokrycie kosztów powstałych w okresie 10 dodatkowych miesięcy realizacji robót budowlanych.

Celem dokonanej przez Zamawiającego weryfikacji wysokości ceny było zapewnienie wyboru Wykonawcy, który należycie zrealizuje zamówienie i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach świadczenia usługi w wymaganym okresie. Zadaniem Wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie było dostosowanie swoich ofert do wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, czego Odwołujący nie uczynił.

Trudno zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że okres wydłużenia kontraktu miał prawo dowolnie ustalić w oderwaniu od postanowień SWZ i przyjęc do oszacowania okres dwukrotnie krótszy niż wynika to z treści SWZ, tj. 5 miesięcy. W złożonych wyjaśnieniach z dnia 14.04.2023 r. Odwołujący wykazał, iż do obliczenia ceny swojej oferty przyjął 37 miesięczny okres wykonywania zamówienia, co nie jest sprzeczne z postanowieniami SWZ. Doprecyzowując kwotę ryzyka wydłużenia kontraktu o 10 miesięcy, obliczoną na kwotę 60000 zł., Odwołujący w piśmie z dnia 17.05.2023 r. powołał się na dokonaną przez siebie analizę oszacowania kwoty ww. ryzyka, jednocześnie przedstawiając to ryzyko w sposób odmienny w stosunku do pierwszych wyjaśnień, tj. wraz z kosztami nieprzewidzianymi oraz nieuwjętymi w SWZ (łącznie 108000zł). Celem takich działań było dostosowanie tej kwoty do wyliczeń zawartych w tabeli Analiza ryzyka dołączonej do ww. pisma, gdzie ryzyko kalkulacyjne na poziomie około 8% pojawia się przy terminie wydłużenia zadania o 5 miesięcy (zgodnie z treścią pisma). Kwota ryzyka wydłużenia kontraktu w wyjaśnieniach z dnia 14.04.2023 roku wynosiła jednak 60000 zł i na podstawie ww. tabeli można określić ryzyko przyjęte do kalkulacji, które wynosi około 4%, co daje okres 2 miesięcy. Z pisma tego wynika także, że dopiero w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 12.05.2023 roku o doprecyzowanie kwoty ryzyka Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż nie wszystkie osoby ujęte w szczegółowej kalkulacji ceny uczestniczyć będą „w realizacji inwestycji od początku do końca budowy”, pomimo iż zadanie realizowane jest w formule „zaprojektuj i zbuduj” i proces budowy poprzedzony jest okresem projektowania. W ocenie Zamawiającego takie wyjaśnienia potwierdziły jedynie, że cena oferty została skalkulowana nierzetelnie, bez dokładnego zapoznania się z dokumentami zamówienia, a sama próba dokonania zmiany wcześniejszych wyjaśnień uznana została za niedopuszczalną.

Najczęściej w definicjach rażąco niskiej ceny zwraca się uwagę na to, że rażąco niska cena jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych, nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, wskazuje na możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi/ dostawy, a przez to nierzetelnie, niedokładnie lub nieuczciwie. Powodem podania w ofercie „rażąco niskiej ceny” może być niedokładna, nierzetelna kalkulacja kosztów przez wykonawcę lub jego świadome działanie.

Z treści art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż „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.” Z art. 224 ust. 5 ww. ustawy wynika także, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy (tu Odwołującego). To Wykonawca musi wykazać, że złożona przez niego oferta i zaproponowana cena nie jest rażąco niska i nie odbiega od warunków rynkowych. W wyjaśnieniu musi przekonać Zamawiającego, że podana cena jest rynkowa i pozwala na

profesjonalną realizację wszystkich założeń zamówienia publicznego, w tym także świadczenia usługi w całym okresie trwania zamówienia. Dlatego ważne jest, żeby wyjaśnienia były wyczerpujące i nie budziły wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący nie może zatem przenosić odpowiedzialności na Zamawiającego za swoje działania, polegające na składaniu nierzetelnych wyjaśnień, budzących wątpliwości opisane powyżej. Zamawiający nie ponosi również odpowiedzialności za decyzje biznesowe Odwołującego dotyczące ograniczenia udziału w innych przetargach, co zostało podniesione przez Odwołującego w końcowej części wyводу, tym bardziej, że oferta Odwołującego nie zawiera najniższej ceny i w wyniku punktacji nie uzyskałaby najwyższej liczby punktów. (...)

Zamawiający, badając złożone na wezwanie wyjaśnienia, nie miał zatem żadnych wątpliwości, że nie potwierdzają one wysokości ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na podstawie przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 14.04.2023 r. kalkulacji Zamawiający obliczył minimalne koszty związane z przedłużeniem o 10 miesięcy realizacji robót. Wynika z nich, że na pokrycie wynagrodzeń tylko dla części kluczowego zespołu specjalistów (Inżynier Kontraktu, Inspektor Nadzoru Robót Drogowych i Inspektor ds. rozliczeń), wymagana będzie kwota 73800,00zł. Do tego dochodzą koszty wynajmu biura i zapewnienia środka transportu dla Kierownika Projektu w kwocie 59000,00 zł, co łącznie daje kwotę 132800,00 zł. Kwota ta kilkakrotnie przewyższa kwotę ww. ryzyka (60000 zł) i nawet po uwzględnieniu kosztów nieprzewidzianych oraz nieujętych w SWZ (48000 zł) i założonego zysku w kwocie (19 040 zł), nadal nie daje podstaw do uznania, że tak skalkulowana cena nie stwarza możliwości wykonania zamówienia poniżej kosztów wykonania. Odwołujący nie wykazał, że jego oferta została skalkulowana rzetelnie, z uwzględnieniem wszystkich identyfikowalnych ryzyk i wymagań zawartych w SWZ. Nie wykazał zatem, że wysokość wynagrodzenia za wykonanie usługi nie ma charakteru rażąco niskiego w stosunku do rzeczywistych kosztów, które Odwołujący poniósłby, gdyby realizował zamówienie w przedłużonym o 10 miesięcy okresie realizacji robót.”

Sygn. akt KIO 1977/23

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Zamawiający wyjaśniał, że „Odwołujący EM-TECHNIK pismem z dnia 11 kwietnia 2023 roku, został wezwany przez Zamawiającego w trybie art 224 ust. 1 w zw. z art 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez niego ceny. Po dokonaniu oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, pismem z dnia 12 maja 2023 roku Zamawiający wezwał Odwołującego o doprecyzowanie sposobu obliczenia kwoty przyjętego ryzyka z tytułu przedłużenia kontraktu, gdyż kwota ujęta w kalkulacji (61 885 zł) w zestawieniu z przedstawionymi w wyjaśnieniach stawkami (wynagrodzenia pracowników, koszty biura Inżyniera Kontraktu i samochodu dla Kierownika Projektu) w ocenie Zamawiającego jest niewystarczająca na pokrycie kosztów powstałych w okresie 10 dodatkowych miesięcy realizacji robót budowlanych.

Celem dokonanej przez Zamawiającego weryfikacji wysokości ceny było zapewnienie wyboru Wykonawcy, który należycie zrealizuje zamówienie i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach świadczenia usługi w wymaganym okresie. Zadaniem Wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie było dostosowanie swoich ofert do wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, czego Odwołujący nie uczynił.

Trudno zgodzić się z argumentacją z argumentacją Odwołującego, że okres wydłużenia kontraktu miał kontraktowi miał prawo dowolnie ustalić w oderwaniu od postanowień SWZ i nie uwzględnić tego okresu w swojej kalkulacji. W złożonych wyjaśnieniach z dnia 18.04.2023 r.. Odwołujący wykazał, iż do obliczenia ceny swojej oferty przyjął 37 miesięczny okres wykonywania zamówienia, co nie jest sprzeczne z postanowieniami SWZ. Doprecyzowując kwotę ryzyk, Odwołujący w piśmie z dnia 18.05.2023 r. powoływał się na dokonaną przez siebie analizę, wskazując, że „Ryzyko związane ze zmianą terminu realizacji usługi zostało obliczone na 0%”. Odwołujący załączył także Arkusz kalkulacyjny ryzyka, gdzie wynik dokonanych obliczeń wynosi 0%. W ocenie Zamawiającego takie wyjaśnienia potwierdziły jedynie, że cena oferty została skalkulowana nierzetelnie, bez dokładnego zapoznania się z dokumentami zamówienia. Najczęściej w definicjach rażąco niskiej ceny zwraca się uwagę na to, że rażąco niska cena jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych, nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, wskazuje na możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi/dostawy, a przez to nierzetelnie, niedokładnie lub nieuczciwie. Powodem podania w ofercie „rażąco niskiej ceny” może być niedokładna, nierzetelna kalkulacja kosztów przez wykonawcę lub jego świadome działanie.

Zamawiający, badając złożone na wezwanie wyjaśnienia, nie miał zatem żadnych wątpliwości, że nie potwierdzają one wysokości ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na podstawie przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 18.04.2023 r. kalkulacji Zamawiający obliczył minimalne koszty związane z przedłużeniem o 10 miesięcy realizacji robót. Wynika z nich, że na pokrycie wynagrodzeń tylko dla części kluczowego zespołu specjalistów (Inżynier Kontraktu, Inspektor Nadzoru Robót Drogowych i Inspektor ds. rozliczeń), wymagana będzie kwota 56000 zł. Do tego dochodzą koszty wynajmu biura i zapewnienia środka transportu dla Kierownika Projektu w kwocie 80000,00 zł, co łącznie daje

kwotę 136000,00 zł., która przewyższa znacznie kwotę założonego zysku (24754 zł). Nie ma zatem podstaw do uznania, że tak skalkulowana cena nie stwarza możliwości wykonania zamówienia poniżej kosztów wykonania. Odwołujący nie wykazał, że jego oferta została skalkulowana rzetelnie, z uwzględnieniem wszystkich identyfikowalnych ryzyk i wymagań zawartych w SWZ. Nie wykazał zatem, że wysokość wynagrodzenia za wykonanie usługi nie ma charakteru rażąco niskiego w stosunku do rzeczywistych kosztów, które Odwołujący poniósłby, gdyby realizował zamówienie w przedłużonym o 10 miesięcy okresie realizacji robót.

Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, że w przypadku ceny ryczałtowej nie jest możliwe żądanie od wykonawców szczegółowego wyliczenia poszczególnych kosztów. W przypadku, gdy Zamawiający w wezwaniu do wykonawców określi obowiązek złożenia kalkulacji, to wykonawca nie może się od takiego obowiązku uchylać.

W ocenie Zamawiającego, kwestionowanie przez Odwołującego na obecnym etapie wezwań do wyjaśnienia wysokości ceny, a następnie doprecyzowania niejasności, jest spóźnione, gdyż termin na złożenie odwołania w tym zakresie skutecznie upłynął. Zamawiający nie zgadza się z tezą, iż zostały naruszone przepisy prawa skutkujące poniesieniem przez Odwołującego szkody, a co za tym idzie naruszony miałby zostać jego interes. Oferta Odwołującego nie zawiera najniższej ceny i w wyniku punktacji nie uzyskałaby najwyższej liczby punktów."

Do obu postępowań odwoławczych wykonawca INKO Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem któregokolwiek odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania należy uwzględnić.

Ustalenie okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ), ofert złożonych w postępowaniu, wezwań skierowanych do wykonawców przez Zamawiającego w sprawie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i odpowiedzi Odwołujących na te wezwania.

Izba stwierdziła, że obu Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący mają interes w uzyskaniu zamówienia i mogą ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo Zamówień Publicznych pod nazwą Zarządzenie i Nadzór nad realizacją inwestycji pn. Zarządzenie i Nadzór nad realizacją inwestycji pn.: „Budowa obwodnicy miasta Włoszczowa w ciągu drogi wojewódzkiej nr 786 wraz z połączeniem z drogą wojewódzką nr 742 i 785 -/ Etap II - Obwodnica Włoszczowy w ciągu DW 742”.

W części XV SWZ Zamawiający wskazał, że:

1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego „OFERTA”, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ

2. Cena (obliczona wartość brutto z pozycji „Razem” tabeli) musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (OPZ) - pkt 1.6, oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ, w tym koszt wykonania zamówienia oraz wszelkie koszty i ryzyka towarzyszące wykonaniu zamówienia, np. ryzyko związane z okresem trwania przerwy zimowej, ryzyko wydłużenia czasu trwania umowy z tytułu wydłużenia okresu trwania robót budowlanych (do 10 mies.), koszty przekazania praw autorskich do wykonanych wszystkich materiałów np. zdjęć. Cena oferty musi uwzględniać w szczególności:

1) koszt utrzymania biura Inżyniera Kontraktu oraz sprzętu i pojazdu dla Kierownika Projektu;

2) koszt usługi nadzoru dla każdej ze wskazanych w OPZ (SST) osób, w tym inspektora ds. rozliczeń;

3) koszt obsługi laboratoryjnej niezależnej od Zamawiającego i Wykonawcy robót; koszt obsługi geodezyjnej;

- 5)koszt obsługi archeologicznej;
- 6)koszt obsługi związanej z ochrona środowiska;
- 7)koszt obsługi związanej z weryfikacją dokumentacji projektowej.

3.Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ryczałtowy.

Według informacji Zamawiającego z dnia otwarcia ofert, w dniu 28 marca 2023 roku w postępowaniu złożono 9 ofert z następującymi cenami:

1. Konsorcjum: 1) Eksametr Sp. z o.o. - Lider ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05-075 Warszawa, 2) Miliarium Sp. z o.o. – Partner ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05-075 Warszawa – z ceną 1 186 242,75 zł;
2. ZBM S.A. ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa NIP: 1131966695 – z ceną 4 172 027,10 zł;
3. ZDI Sp. z o.o. ul. Jana Kiepyury 6, 22-400 Zamość – z ceną 2 160 962,40 zł;
4. INKO Consulting Sp. z o.o. ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków – z ceną 1 898 505,50 zł;
5. SCALA.CE Sp. z o.o. ul. Grudzie 39, 05-119 Legionowo – z ceną 2 937 486,00 zł;
6. SAFEGE S.A.S, 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 92022 Nanterre CEDEX, Francja – z ceną 5 086 050,00 zł;
7. MGGP S.A. ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów – z ceną 4 903 738,79 zł;
8. EM-TECHNIK Sp. z o.o. ul. Jana Sobieskiego 13, 42-456 Chruszczobród – z ceną 1 660 500,00
9. R.Ś. Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie "PROSTA PROJEKT" Piotrkowice, ul. Kielecka nr 37, 26-02 Chmielnik – z ceną 1 562 100,00 zł

Pismem z dnia 11 kwietnia 2023 roku Zamawiający wezwał m.in. obu Odwołujących do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny, wskazując, że zaoferowana przez nich cena budzi wątpliwości, ponieważ jest ona o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Prawa zamówień publicznych.

Obaj Odwołujący złożyli wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Następnie w dniu 12 maja 2023 roku Zamawiający wezwał Odwołujących do złożenia dalszych wyjaśnień.

W wezwaniu skierowanym do R.Ś. Zamawiający wskazał, że „badanie złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego wyjaśnień w sprawie ceny wykazało, iż kwota ryzyka przedłużenia kontraktu w zestawieniu z przedstawionymi w wyjaśnieniach stawkami pozwalającymi na oszacowanie tych kosztów w okresie 10 dodatkowych miesięcy (wynagrodzenia pracowników, koszty biura Inżyniera Kontraktu i samochodu dla Kierownika Projektu), jest niewystraszająca i wymaga doprecyzowania sposobu jej obliczenia ze wskazaniem czynników cenotwórczych.”.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący R.Ś. poinformował, że „kwota ryzyka w wyniku wydłużenia kontraktu jest kwotą pozwalającą na zrealizowanie inwestycji pn.: Zarządzanie i Nadzór nad realizacją inwestycji pn.: „Budowa obwodnicy miasta Włoszczowa w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 786 wraz z połączeniem z drogą wojewódzką nr 742 i 785 - /Etap II – Obwodnica Włoszczowy w ciągu DW 742/”. Zgodnie z tabelą analizy ryzyka, kwota jaką założyliśmy na przedłużenie kontaktu stanowi ponad 8% kosztów bezpośrednich, co stanowi ponad 5 miesięcy świadczenia usługi nadzoru inwestorskiego podczas wydłużenia kontraktu. Jesteśmy świadomi, iż wszystkie osoby ujęte w szczegółowej kalkulacji ceny nie uczestniczą w realizacji inwestycji od początku do końca budowy, jednak założyliśmy dla części osób stawki za „dniówkę” przez cały okres 37-miu miesięcy.

Nasza firma działa w branży budowlanej od 2008 r. Wiele lat doświadczenia sprawia, że sporządzona przez nas kalkulacja pozwala nie tylko na należyte wykonanie zamówienia, ale także na wygenerowanie zysku dla firmy i jej dalszy rozwój. Przy wycenie w/w zamówienia wzięliśmy po uwagę następujące czynniki, uwarunkowania i okoliczności, które miały decydujący wpływ na wysokość zaproponowanej kwoty w wypadku wydłużenia kontraktu. Dysponujemy sprawną organizacją pracy, sprawdzoną na wielu inwestycjach, a prowadzenie od lat firmy zajmującej się branżową działalnością pozwala zidentyfikować i wyeliminować potencjalnie występujące ryzyka i ograniczyć je do minimum, tak aby nie ponieść nieprzewidzianych kosztów, w tym również wszystkie koszty towarzyszące z wydłużeniem prac budowlanych włącznie. Od lat współpracujemy z doświadczonymi firmami świadczącymi usługi w zakresie Technologii, Geodezji, Archeologii i itp, co pozwoliło nam na założenie prawidłowej kwoty na zrealizowanie inwestycji we wszystkich branżach, łącznie z założeniem wydłużenia zadania. Jako firma świadcząca usługi nadzoru inwestorskiego od wielu lat, posiadamy własną flotę samochodów, a w przypadku zakupu kolejnego auta na potrzeby realizacji inwestycji jesteśmy w stanie obniżyć m.in. koszty paliwa, serwisu itp. Posiadamy własny sprzęt oraz operatorów sprzętu w celu realizacji zdjęć lotniczych. Osoby, które skierowaliśmy do realizacji zadania, już częściowo współpracują z Naszą firmą na innych kontraktach, a

funkcję Inspektora Nadzoru branży drogowej/mostowej często pełni właściciel firmy. Ponadto kwoty, które zostały ujęte w szczegółowej kalkulacji ceny są kwotami, które obejmują już ryzyko przedłużenia kontraktu.

Ryzyko wydłużenia kontraktu występuje zawsze, jednak równie dobrze, przy sprzyjających warunkach, czas realizacji inwestycji może się skrócić o kilka miesięcy lub nawet kilka tygodni. Wiele lat doświadczenia w branży budowlanej pozwoliło nam na założenie dwóch skrajnych przypadków, dzięki czemu jesteśmy w stanie zrealizować inwestycję również w wypadku przedłużenia zadania.”.

Do wyjaśnień załączył tabele zawierające analizę ryzyka oraz kosztów w okresie realizacji.

Analogicznie Zamawiający wezwał do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołującego EM-TECHNIK. Po otrzymaniu odpowiedzi na wezwanie Zamawiający wezwał Odwołującego do jej doprecyzowania, ponieważ „w ocenie zamawiającego odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących ryzyka przedłużenia okresu obowiązywania umowy o 10 miesięcy.” W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 18 maja 2023 roku Odwołujący EM-TECHNIK wskazał, że ryzyko związane ze zmianą terminu realizacji usługi zostało obliczone na 0%. Wykonawca podał, że „w tabeli poz. V przedstawiono wynik analizy ryzyka sumarycznie wynoszącym +5%. Stanowi to sumę ryzyk niezerowych wymienionych w ppkt e):

Ryzyko zwiększenia kosztów nieobjętych waloryzacją wynagrodzenia (inflacja, paliwo, wynagrodzenia itd.): + 10%

Ryzyko zmniejszenia kosztów (negocjacje, deflacja itd.): - 5%

Ryzyka pozostałe skutkujące zwiększeniem kosztu wykonania: + 5%

Ryzyka pozostałe skutkujące zmniejszeniem kosztu wykonania: - 5%

Ryzyko związane ze zmianą terminu realizacji usługi zostało obliczone na 0% zgodnie z arkuszem stanowiącym załącznik do niniejszego pisma.”

Ponadto załączył do wyjaśnień „Arkusz kalkulacyjny ryzyka - zmiana terminu realizacji usługi”.

Pismem z dnia 30 czerwca 2023 roku Zamawiający poinformował obu Odwołujących, że ich oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, a za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający wyjaśnił, że „Wykonawca EM-TECHNIK, wezwany w trybie art. 224 ust 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia w sprawie wysokości zaoferowanej ceny. Badanie złożonych wyjaśnień potwierdziło, iż w kalkulacji ceny nie ujęte zostało ryzyko z tytułu wydłużenia do 10 miesięcy okresu robót budowlanych (wynagrodzenia pracowników, kosztów biura Inżyniera Kontraktu, sprzętu i samochodu dla Kierownika Projektu). Wymóg uwzględnienia w cenie oferty ww. ryzyka określony został jednoznacznie w rozdziale XV ust. 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Z wyjaśnień odnoszących się do dokonanej przez Wykonawcę analizy ryzyk oraz z załączonej do nich tabeli wynika, iż „Ryzyko związane ze zmianą terminu realizacji usługi zostało obliczone na 0%”, a zatem nie zostało ujęte w cenie oferty. Wszystkie obliczenia dokonane przez Wykonawcę zostały w oparciu o 37-mio miesięczny okres realizacji zamówienia, bez okresu wydłużającego kontrakt o 10 miesięcy. Treść oferty Wykonawcy jest zatem niezgodna z warunkami zamówienia. Złożone wyjaśnienia wskazują na nierzetelne skalkulowanie ceny oferty, której wysokość stwarza możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów wykonania. Z treści art. 224 ust. 5 ustawy jednoznacznie wynika, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, który musi wykazać, że złożona przez niego oferta i zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana cena jest ceną rynkową i pozwala na prawidłową realizację wszystkich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w tym okresu świadczenia usługi. Wykonawca nie wykazał zatem, że zaproponowana cena na wykonanie usługi nie ma charakteru rażąco niskiego w stosunku do rzeczywistych kosztów, które poniósłby realizując zamówienie przez okres 13 miesięcy projektowania i 34 (łącznie) miesiące realizacji robót budowlanych. Zgodnie z dyspozycją art. 224 ust 6 ww. ustawy odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną podlega oferta Wykonawcy, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”

Analogiczne uzasadnienie Zamawiający podał w odniesieniu do podstaw odrzucenia oferty Wykonawcy R.Ś.: „Wykonawca, wezwany w trybie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia w sprawie wysokości zaoferowanej ceny. Badanie złożonych wyjaśnień potwierdziło, iż w kalkulacji ceny nie ujęte zostało ryzyko z tytułu wydłużenia okresu robót budowlanych do 10 miesięcy (wynagrodzenia pracowników, kosztów biura Inżyniera Kontraktu, sprzętu i samochodu dla Kierownika Projektu). Wymóg uwzględnienia w cenie oferty ww. ryzyka określony został jednoznacznie w rozdziale XV ust. 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Wykonawca, do obliczenia kosztów ww. ryzyka przyjął krótszy, niż wynika to z SWZ okres, który wynosi 5 miesięcy. Treść oferty Wykonawcy jest zatem niezgodna z warunkami zamówienia. Wszystkie obliczenia dokonane zostały przez Wykonawcę w oparciu o 37-mio miesięczny okres realizacji zamówienia, bez okresu wydłużającego kontrakt o 10 miesięcy. Złożone wyjaśnienia wskazują na nierzetelne skalkulowanie ceny oferty, której wysokość stwarza możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów wykonania. Z treści art. 224 ust. 5 ustawy jednoznacznie wynika, iż

obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, który musi wykazać, że złożona przez niego oferta i zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że zaferowana cena jest ceną rynkową i pozwala na prawidłową realizację wszystkich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w tym okresu świadczenia usługi. Wykonawca nie wykazał zatem, że zaproponowana cena na wykonanie usługi nie ma charakteru rażąco niskiego w stosunku do rzeczywistych kosztów, które poniósłby realizując zamówienie przez okres 13 miesięcy projektowania i 34 (łącznie) miesiące realizacji robót budowlanych.

Zgodnie z dyspozycją art. 224 ust 6 ww. ustawy odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną podlega oferta Wykonawcy, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”

Na podstawie powyższych ustaleń Izba zważyła, co następuje.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei stosownie do art. 224 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, 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. Zgodnie z art. 224 ust 5 Prawa zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający odrzucił oferty obu Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, uzasadniając, że ceny ofert obu Odwołujących są rażąco niskie, ponieważ nie uwzględnili oni w cenie oferty ryzyka wydłużenia kontraktu. Zamawiający w SWZ opisując sposób obliczenia ceny wskazał, że ma ona uwzględnić „wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (OPZ) - pkt 1.6, oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ, w tym koszt wykonania zamówienia oraz wszelkie koszty i ryzyka towarzyszące wykonaniu zamówienia, np. ryzyko związane z okresem trwania przerwy zimowej, ryzyko wydłużenia czasu trwania umowy z tytułu wydłużenia okresu trwania robót budowlanych (do 10 mies.), koszty przekazania praw autorskich do wykonanych wszystkich materiałów np. zdjęć.(...)”. Zamawiający wezwał obu Odwołujących do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a po ich otrzymaniu – wezwał do sprecyzowania, czy i w jaki sposób ujęli w cenie oferty koszt przedłużenia kontraktu. Zamawiającego nie usatysfakcjonowały wyjaśnienia obu wykonawców i ostatecznie uznał, że ich oferty podlegają odrzuceniu jako oferty z rażąco niską ceną, z czym obaj Odwołujący polemizowali w swoich odwołaniach. W związku z powyższym Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, bez względu na sposób ich sformułowania, za zasadniczy dla obu odwołań. I ostatecznie, ponieważ zarzut ten Izba uznała za uzasadniony z podanych niżej powodów, uwzględniła oba odwołania.

Po pierwsze, Zamawiający opisując w SWZ sposób obliczenia ceny w żaden sposób nie uszczegółowił, w jaki sposób należy obliczyć „ryzyko wydłużenia czasu trwania umowy z tytułu wydłużenia okresu trwania robót budowlanych (do 10 mies.)”.

W cenie należało uwzględnić „koszt wykonania zamówienia oraz wszelkie koszty i ryzyka towarzyszące wykonaniu zamówienia, np. ryzyko związane z okresem trwania przerwy zimowej, ryzyko wydłużenia czasu trwania umowy z tytułu wydłużenia okresu trwania robót budowlanych (do 10 mies.), koszty przekazania praw autorskich do wykonanych wszystkich materiałów np. zdjęć.” Wobec braku sprecyzowania sposobu obliczenia „ryzyka wydłużenia czasu trwania umowy z tytułu wydłużenia okresu trwania robót budowlanych (do 10 mies.)” obaj Odwołujący jako podstawę obliczeń przyjęli wybrane przez siebie metody, które opisali w odpowiedzi na drugie wezwania w sprawie rażąco niskiej ceny.

Po drugie, obaj Odwołujący jednoznacznie wskazali podstawy przyjęcia ryzyka na pewnym poziomie. Załączyli również kalkulacje, za pomocą których doszli do określonych wyników. Wobec takich odpowiedzi obu Odwołujących, brak było w ocenie składu orzekającego podstaw do odrzucenia ich ofert z powodu rażąco niskiej ceny – obaj wykonawcy podali, dlaczego otrzymali, za pomocą opisanych przez siebie metod, określone wyniki. Zamawiający zasadniczo nie zakwestionował co do istoty ani podstaw, ani metody obliczeń (do czego też nie miał podstaw wobec braku odpowiednich wskazówek w SWZ). Ogólnie rzecz biorąc stanowisko Zamawiającego sprowadzało się do tego, że jego zdaniem obaj Odwołujący powinni uwzględnić w cenie oferty wydłużony, względem podanego w umowie, o 10 miesięcy, czas realizacji zamówienia. Sprowadzając swoją argumentację do takiej tezy, Zamawiający zdawał się zapominać, że wykonawcy mieli w cenie uwzględnić „ryzyko” wydłużenia umowy, a nie jej wydłużenie. Rację miał Odwołujący R.Ś., który w uzasadnieniu odwołania zauważał, że „Równie dobrze kontrakt może się zakończyć w terminie 37 miesięcy, może się wydłużyć o przykładowe 3 miesiące lub nawet skrócić” – jest to wyłącznie ryzyko, którego oszacowanie należało do wykonawców. Metodologia szacowania ryzyka zależała wyłącznie od wykonawców. Skoro tak, to bez jakichkolwiek wytycznych Zamawiającego w tym zakresie (nie wskazano ich bowiem w SWZ) wykonawcy mogli to zrobić w dowolny, przyjęty przez siebie sposób. Wyjaśnienia obu Odwołujących w odniesieniu do ryzyka wydłużenia czasu trwania umowy podlegają takiemu samemu reżimowi, jak i inne wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny – i w ocenie Izby wyjaśnienia te

były przekonujące, a także załączono do nich dowody w postaci obliczeń, co potwierdza, że wykonawcy świadomie ujęli w cenie oszacowane przez siebie ryzyko wydłużenia kontraktu – wyjaśnienia nie były gołosłowne.

Trzeba zaznaczyć, że Izba badała udzielone przez obu wykonawców wyjaśnienia wyłącznie w kontekście zarzutów postawionych w obu odwołaniach, tj. badała, czy wyjaśnienia są adekwatne do wezwań Zamawiającego odnoszących się do ryzyka wydłużenia kontraktu. Zgodnie z art. 555 Prawa zamówień publicznych Izba może orzekać tylko co do zarzutów w granicach objętych odwołaniem.

Pozostałe zarzuty odwołania sygn. akt KIO 1977/23

Poza zarzutami naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący EM-TECHNIK w odwołaniu zarzucał naruszenie „art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez bezzasadne pominięcie okoliczności, że wynagrodzenie podane przez odwołującego miało charakter ryczałtowy, a w konsekwencji nie jest istotna struktura wewnętrzna ceny zaoferowanej przez odwołującego, albowiem odwołujący był uprawniony do dowolnego rozłożenia poszczególnych kosztów świadczenia usług i ryzyk z tym związanych; zamawiający odrzucił jednak ofertę złożoną przez odwołującego wyłącznie na tej podstawie, że odwołujący ustalił jedno z ryzyk, tj. ryzyko związane z realizacją usługi w okresie przedłużonym do 10 miesięcy, na poziomie 0%, tym samym zamawiający nie dokonał oceny całkowitej ceny podanej przez odwołującego, lecz wyłącznie ograniczył swe działania do jednego z elementów mogących wpłynąć na wysokość ceny; co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo tego, że cena podana przez odwołującego była rynkowa”. W odniesieniu do tak sformułowanego zarzutu, odnośnie jego podstawy prawnej, to trzeba zwrócić uwagę, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, który przysługuje wykonawcy, jeżeli poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych. Odwołujący powiazał przepis Kodeksu cywilnego z odesłaniem z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym do czynności zamawiającego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Niezależnie od prawidłowości podstawy prawnej tak sformułowanego zarzutu, to zarzut ten w ocenie składu orzekającego w zakresie swojej podstawy faktycznej był w istocie argumentacją w odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, a więc naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, a zarzut ten Izba uwzględniła.

Ponadto Odwołujący EM-TECH zarzucał naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych „poprzez wewnątrznie sprzeczne i niespójne uzasadnienie decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, w treści uzasadnienia tejże decyzji wskazano bowiem, że oferta złożona przez odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych), podczas gdy została finalnie odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną (art. 226 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych), w konsekwencji odwołującemu nie są znane motywy decyzji podjętej przez zamawiającego, co narusza jego prawo do obrony przed niezasadnymi działaniami zamawiającego”. Wobec tak postawionego zarzutu, Izba zauważyła, że mimo to Odwołujący był w stanie, podnosząc i uzasadniając zarzuty odwołania, polemizować z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. Zarzut ten zatem nie mógł być uwzględniony; trzeba też zwrócić uwagę, że wobec uwzględnienia zarzutu dalej idącego (nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny), ocena tego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania, a ewentualne nakazanie doprecyzowania uzasadnienia dla czynności Zamawiającego byłoby zbędne. Reasumując, potwierdziły się wszystkie zarzuty odwołania sygn. akt KIO 1961/23 i kluczowy zarzut odwołania KIO 1977/23, co zadecydowało o uwzględnieniu obu odwołań.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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), w szczególności § 7 ust. 5 rozporządzenia. Izba uznała, że mimo nieuwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania sygn. akt KIO 1977/23 o rozstrzygnięciu o kosztach na korzyść Odwołującego w całości przemawia rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę i ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Przewodniczący: