Sygn. akt: KIO 5652/25

WYROK

Warszawa, dnia 9 lutego 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Robert Siwik

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2026 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2025 r. przez wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eksametr sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Miliarium sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego,

orzeka:

1.**Oddala odwołanie w całości**.

2.Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** w następujący sposób:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od **Odwołującego** – **wykonawcy MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** na rzecz **Zamawiającego – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 5652/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa Obwodnicy Pisza w ciągu dróg krajowych nr 58 i 63" (znak postępowania: OOL.D-3.2411.8.2025).

Ogłoszenie o zamówieniu ww. postępowania zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3.09.2025 r. pod numerem 574247-2025.

Dnia 15 grudnia 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie zostało wniesione przez wykonawcę MGGP S.A. („**Odwołujący**") odwołanie na podstawie art. 505 ust. 1 oraz 513 pkt. 1) i 2) oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowej, pełnej weryfikacji oferty złożonej przez Konsorcjum Eksametr w zakresie aspektów cenowych, skutkujące zaniechaniem wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie ceny ofertowej, która wykazuje oznaki ceny rażąco niskiej, a co najmniej wykazania realności kalkulacji w zakresie niektórych istotnych elementów składowych ceny, które wydają się obiektywnie być rażąco niskie w stosunku do świadczeń nimi objętych, w szczególności ze względu na niezgodność z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę, porównanie do cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz realiów rynkowych, a także aspektów obejmujących obowiązki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia – w odniesieniu do pozycji Formularza Cenowego: 1.2 Środki transportu Konsultanta, 1.4.1 Środek transportu Zamawiającego typu SUV 4x4 w okresie projektowania, 1.4.2 Środek transportu Zamawiającego typu SUV 4x4 w okresie realizacji, 1.5 Środek transportu Zamawiającego

typu Pickup w okresie realizacji, pozycja 4.4 Środek transportu Zamawiającego w okresie od ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, 4.5 Środek transportu Zamawiającego typu Pickup w okresie od ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. 4.6 Personel biurowy (dotyczy kosztów w okresie od wystawienie ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), 2.1.1 Inżynier kontraktu, 2.2.11 Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, 2.2.13 Asystent Technologa, 2.2.14 Specjalista ds. nadzoru geotechnicznego i geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych, 2.2.15 Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni (w tym herpetolog, ornitolog, chiropterolog i akustyk), 2.2.16 Specjalista ds. inżynierii ruchu (w tym SZR oraz organizacji ruchu), 2.2.17 Specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji, 2.2.18 Specjalista ds. umów z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami oraz umów z gestorami sieci, 2.2.20 Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji, 2.2.21 Prawnik,

2) *naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia, czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającej na oferowaniu zaniżonych, nierynkowych cen jednostkowych świadczenia usługi nadzoru i zarządzania w zakresie zaangażowania poszczególnych członków personelu Konsultanta,*

3) *naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr, pomimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż z treści oferty wynika jednoznacznie, że wykonawca ten nie jest w stanie zapewnić obsługi biura Konsultanta przez Personel biurowy w okresie od wystawienie ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności ani też zapewnić środka transportu Konsultanta oraz środków transportu Zamawiającego,*

4) *naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez podjęcie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,*

5) *naruszenie art. 16 ustawy Pzp - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny, poprzez naruszenie wskazanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp, a w szczególności wybór jako oferty najkorzystniejszej 6. naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania prawidłowej oceny ofert oraz wyborze oferty Konsorcjum Eksametr jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, w sytuacji gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, a co najmniej powinna podlegać badaniu w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.*"

Odwołujący wskazywał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ „*Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, który złożył drugą w kolejności co do korzystności, ważną ofertę. Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Eksametr jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że istotne elementy składowe oferty cenowej złożonej przez Konsorcjum Eksametr wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, a Zamawiający zaniechał nawet wezwania Konsorcjum Eksametr do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Dokonana z naruszeniem przepisów prawa, a w szczególności art. 224 ustawy Pzp ocena oferty Konsorcjum Eksametr, skutkująca bezzasadnym wyborem tego wykonawcy, pozbawiła Odwołującego możliwości pozyskania zamówienia*".

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. *unieważnienia czynności z dnia 3 grudnia 2025 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Eksametr,*
2. *dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz odrzucenie oferty Konsorcjum Eksametr w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ewentualnie w przypadku nieodrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr:*
3. *dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym wezwania Konsorcjum Eksametr do przedstawienia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących sposobu wyliczenia ceny ofertowej na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, oraz zbadanie oferty w pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji,*
4. *powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem wyników badania oferty Konsorcjum Eksametr.*"

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia: Eksametr sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej jako „**Przystępujący**").

W dniu 21 stycznia 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację na oddalenie odwołania, a także jego odrzucenie. W odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i

prawne swego stanowiska. W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazywał, że: „*W ocenie Zamawiającego, odwołanie powinno być odrzucone na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp. W stanie sprawy, Odwołujący nie przekazał dowodów wymienionych w treści odwołania, co jest równoznaczne z nieprzekazaniem odwołania w taki sposób, aby Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem do wniesienia odwołania.*" Do ww. wniosku o odrzucenie odwołania przychylił się także Przystępujący.

W dniu 22 stycznia 2026 r. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie. W ocenie Izby nie było także podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na to, że do odwołania nie załączono jednego załącznika (dowodu), jaki został wskazany w spisie załączników, tj. wydruk Sekoncenbud, II kwartał 2025. Odwołujący w postępowaniu przed Izbą jest dysponentem własnego odwołania, co oznacza, że do czasu zamknięcia rozprawy może je cofnąć, a także przedstawiać nowe dowody i argumentację na poparcie zarzutów. Ww. załącznik stanowił dowód na poparcie argumentacji Odwołującego, który został także uzupełniony (przesłany do Izby oraz uczestników postępowania) przed otwarciem rozprawy, co dodatkowo umożliwiło zarówno Zamawiającemu oraz Przystępującemu zapoznanie się z tym dowodem oraz przygotowanie argumentacji w tym zakresie.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w ustawowym terminie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia: Eksametr sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach. Strony nie zgłosiły opozycji ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tych wykonawców do postępowania odwoławczego pod stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz wniosku dowodowego Przystępującego (wydruk Sekoncenbud, II kwartał 2025), złożonych przed posiedzeniem.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Odwołujący uzasadniając wniesione odwołanie wskazywał m.in.

„*Konsorcjum Eksametr dołączyło do swojej oferty Formularz cenowy, którego poszczególne pozycje (wskazane szczegółowo poniżej) zawierają ceny mające oczywiste znamiona cen rażąco niskich, w tym naruszających przepisy o minimalnym wynagrodzeniu. Pomimo tego Zamawiający przeprowadzając ocenę oferty Konsorcjum zaniechał wezwania tego wykonawcy do przedłożenia odnośnych wyjaśnień wraz z dowodami, a następnie dokonał wyboru oferty zawierającą cenę, której istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w dokumentacji Postępowania*.

Odwołujący wskazuje na poniższe, istotne części składowe oferty cenowej Konsorcjum Eksametr, zawarte w Formularzu Cenowym, które powinny być przedmiotem wyjaśnień w procesie oceny ofert, ze względu na ich rażąco niską wartość:

a.pozycja 4.6 Personel biurowy (dotyczy kosztów w okresie od wystawienie ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności),
b.b. pozycja 1.2 Środki transportu Konsultanta,
c.c. pozycja 1.4.1 Środek transportu Zamawiającego typu SUV 4x4 wokresie projektowania,
d.d. pozycja 1.4.2 Środek transportu Zamawiającego typu SUV 4x4 wokresie realizacji,
e.e. pozycja 1.5 Środek transportu Zamawiającego typu Pickup wokresie realizacji,
f. pozycja 4.4 Środek transportu Zamawiającego w okresie od ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia

Ostatecznego Świadectwa Płatności

g. pozycja 4.5 Środek transportu Zamawiającego typu Pickup w okresie od ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.

h. pozycja 2.1.1 Inżynier kontraktu,

i. pozycja 2.2.11 Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,

j. pozycja 2.2.13 Asystent Technologa,

k. pozycja 2.2.14 Specjalista ds. nadzoru geotechnicznego i geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych,

l. pozycja 2.2.15 Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni (w tym herpetolog, ornitolog, chiropterolog i akustyk),

m. pozycja 2.2.16 Specjalista ds. inżynierii ruchu (w tym SZR oraz organizacji ruchu),

n. pozycja 2.2.17 Specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji,

o. pozycja 2.2.18 Specjalista ds. umów z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami oraz umów z gestorami sieci,

p. pozycja 2.2.20 Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji,

q. pozycja 2.2.21 Prawnik.

W szczególny sposób Odwołujący wskazuje na pozycję 4.6 Personel biurowy (dotyczy kosztów w okresie od wystawienie ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), za realizację której Konsorcjum Eksametr wskazało cenę jednostkową 2900,00 PLN za miesiąc, co w przewidywanym czasie realizacji 15 miesięcy daje łączną kwotę 43 500,00 PLN."

Zdaniem Odwołującego: „*Zgodnie z zapisami OPZ – pkt. 2.1 Personel Konsultanta: a. Personel biurowy będzie wykonywać swoje obowiązki w biurze Konsultanta zorganizowanym zgodnie z zapisami pkt. 2.2.1 niniejszego OPZ oraz ma za zadanie zapewnić pracę i dostępność Biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach kontraktu*". Dalej Odwołujący wskazywał, że: „*cena za pozycję 4.6 została ustalona z naruszeniem odpowiednich przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia, gdyż stawka miesięczna w wysokości 2 900,00 PLN nie jest w stanie pokryć kosztów wykonawcy (jako pracodawcy czy zleceniodawcy) związanych z minimalnym, wymaganym przez Zamawiającego zaangażowaniem personelu biurowego w okresie od wystawienie ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. W ocenie Odwołującego ten fakt przesądza o konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr, jako niezgodnej z warunkami zamówienia – Wykonawca nie zapewnia obsługi biura Konsultanta żądanego w dokumentacji Postępowania.*"

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazywał, że: „*Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania to 6.881.259,60 zł. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5a i 10 ustawy Pzp to 8.184.480,80 zł.*

Cena oferty Konsorcjum w składzie: Lider – Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej Konsorcjum Eksametr lub Konsorcjum) stanowi:

- *85,66% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania;*
- *72,02% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5a i 10 ustawy Pzp.*

Powyższe porównanie wskazuje, że cena całkowita oferty Konsorcjum Eksametr NIE jest niższa o co najmniej 30% ani od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5a i 10 ustawy Pzp. Brak jest zatem podstaw do obligatoryjnego zastosowania procedury z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

W przekonaniu Zamawiającego cena zaoferowana przez Konsorcjum Eksametr NIE wydaje się rażąco niska w

stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również NIE budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Przesłanki z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp są natomiast oparte o wątpliwości Zamawiającego (subiektywne, ale racjonalne w realiach sprawy), a nie o wątpliwości Odwołującego. Skoro Zamawiający nie miał wątpliwości, to brak jest podstaw do zastosowania procedury w zakresie wyliczenia ceny oferty."

Ponadto Zamawiający szczegółowo odniósł się do zarzutów odwołania i zawartej tam argumentacji.

Izba podkreśla, że z treści art. 224 ust. 1 Pzp wynika, że cena oferty nie musi być niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, aby zamawiający mógł zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie tej ceny. Zatem nawet jeśli różnica między ceną oferty a ww. wskaźnikami jest mniejsza, zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Należy jednak podkreślić, że wezwanie takie nie może być dokonane w zupełnie dowolnych okolicznościach. Z art. 224 ust.1 Pzp wynika, że cena oferty musi się wydawać zamawiającemu rażąco niska i budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Aby ww. wątpliwości mogły powstać, muszą zaistnieć określone okoliczności, które te wątpliwości wywołują. Nie chodzi zatem o sytuację, w której zamawiający wg. swobodnego uznania stwierdza, że „ma wątpliwości", ale o sytuację, w której zamawiający wywodzi swoje wątpliwości z obiektywnych okoliczności. Okoliczności te (zwłaszcza wysokość różnicy procentowej między ceną oferty a pozostałymi wskaźnikami) mogą być różne w zależności od charakteru zamówienia i sytuacji zaistniałej w danym postępowaniu. Niemniej jednak muszą one wskazywać na zasadność powzięcia przez zamawiającego wątpliwości i co za tym idzie - na zasadność wezwania do złożenia przez wykonawcę wyjaśnień (tak wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2020 r., KIO 709/20, KIO 715/20).

Niewątpliwie brak dostatecznego uzasadnienia wezwania do złożenia wyjaśnień, co do której zamawiający ma wątpliwości, będzie stanowiło istotne naruszenie interesu wykonawców. Wobec powyższego oceniając postawione przez Odwołującego zarzuty odwołania oraz przedstawioną argumentację Izba nie miała wątpliwości, że w okolicznościach sprawy Zamawiający nie był zobligowany do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, wobec tego, że Odwołujący nie wykazał, jakoby istniały „obiektywne okoliczności", nakazujące takie wezwanie.

Odwołujący swoim odwołaniem – abstrahując od zarzutu dot. Odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, domagał się de facto wezwania Przystępującego do przedstawienia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących sposobu wyliczenia ceny ofertowej na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, oraz zbadanie oferty w pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji. Wobec tak postawionych zarzutów to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania obiektywnych okoliczności, które powodowałyby wątpliwości u Zamawiającego co do sposobu wyliczenia ceny ofertowej.

Izba przypomina, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne w myśl zasady - *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego czynności, czy też jak w niniejszej sprawie zaniechania co oznacza, że to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) argumentacją oraz dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby zawarte w odwołaniu twierdzenia i zarzuty, miały wyłącznie charakter ogólnikowy, nie były nawet poparte żadnymi dowodami (poza przedłożonym wydrukiem Sekocenbud), a przez co nie tylko nie udowodniały, iż cena oferty Przystępującego ma charakter rażąco niski, ale tej okoliczności nawet nie uprawdopodabniały. Okolicznością, która powinna być wzięta także pod uwagę przy ocenie stawianych zarzutów, a co za tym idzie kalkulacji ceny oferty Przystępującego jest to, że Przystępujący aktualnie realizuje w pobliżu (odległość około 5 km) terenu budowy tego zamówienia, inwestycję pn. „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Rozbudowa drogi krajowej nr 63 na odcinku Borki - Jeże", dla tego samego Zamawiającego. Niewątpliwie pozwala mu to wykorzystanie aktualnie zatrudnianego personelu i zaplecza sprzętowego do niniejszego zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego wyceny Personelu biurowego, zdaniem Odwołującego powołującego się na pkt

2.1 OPZ: *„Z powyższego wynika jednoznacznie, że przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, a więc także w okresie od wystawienie ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności Konsultant musi zapewnić co najmniej jedną osobę personelu biurowego w minimalnym wymiarze 8 godzin/5 dni w tygodniu do obsługi biura Konsultanta. Podkreślamy, że Zamawiający w odniesieniu do tej pozycji nie oczekiwał ograniczenia ceny jednostkowej w porównaniu do ceny za okres od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia" (…) Powyższe zestawienia wskazują, że cena za pozycję 4.6 została ustalona z naruszeniem odpowiednich przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia, gdyż stawka miesięczna w wysokości 2 900,00 PLN nie jest w stanie pokryć kosztów wykonawcy (jako pracodawcy czy zleceniodawcy) związanych z minimalnym, wymaganym przez Zamawiającego zaangażowaniem personelu biurowego w okresie od wystawienie ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. W ocenie Odwołującego ten fakt przesądza o konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr, jako niezgodnej z warunkami zamówienia – Wykonawca nie zapewnia obsługi biura Konsultanta żądanego w dokumentacji Postępowania*".

W ocenie Izby Odwołujący formułując ww. zarzut mylnie przyjął, że poz. 4.6 Formularza cenowego

W kwestionowanej przez Odwołującego poz. 4.6 obowiązkiem wykonawców było wycenić koszty personelu biurowego w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności (tzw. Okres rozliczeń). W tym okresie nie ma zdaniem Izby obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu. Wskazuje na to chociażby § 13 ust. 4 i 5 projektu umowy:

„4. Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na podstawie stosunku pracy były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel biurowy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ.

5. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie stosunku pracy w wymiarze pełnego etatu. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Personelu biurowego). W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie stosunku pracy, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z zasad określonych w niniejszej umowie".

Ponadto Izba przychyla się do argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na Odwołanie, że: *„Kwestionowana pozycja 4.6 FC nie stanowi istotnej części składowej6 ceny oferty Konsorcjum Eksametr. Wartość tej pozycji w ofercie Konsorcjum to zaledwie 0,91% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 0,88%. C. MGGP kwestionuje wysokość kosztów przedstawionych w poz. 4.6 FC załączonego do oferty Konsorcjum Eksametr wskazując, że minimalny koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wynosi co najmniej 5.790,28 PLN. Koszty te dotyczą jednak zatrudnienia w wymiarze pełnego etatu (8 godzin dziennie), czego – jak już wcześniej wyjaśniono – nie wymagają warunki zamówienia. Uznanie argumentacji Odwołującego skutkowałoby tym, że nie tylko Konsorcjum Eksametr (2.900,00 zł netto / miesiąc), ale również sam Odwołujący (3.500,00 zł netto / miesiąc) przyjął niewłaściwe koszty w tej pozycji FC. Koszty niższe niż wykazane w odwołaniu przyjęli również oferenci: SGS Polska Sp. z o.o (3.500,00 zł netto / miesiąc) i Transprojekt Gdański Sp. z o.o. (5.358,00 zł netto / miesiąc).*"

Odnosząc do kolejnych zarzutów odwołania Izba wskazuje za Zamawiającym z odpowiedzi na odwołanie, że wartość tych pozycji jest bardzo znikoma, tj.

„Kwestionowane pozycje FC nie stanowią istotnej części składowej ceny oferty Konsorcjum Eksametr. Wartość tych pozycji odpowiednio wynosi:

- Dla poz. 1.4.1 (Środek transportu Zamawiającego typu SUV 4x4 w okresie projektowania) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 0,64% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 0,88%;
- Dla poz. 1.4.2 (Środek transportu Zamawiającego typu SUV 4x4 w okresie realizacji) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 1,29% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 1,73%;
- Dla poz. 4.4 (Środek transportu Zamawiającego w okresie od ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 0,33% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 0,38%;
- Poz. 1.5 (Środek transportu Zamawiającego typu Pickup w okresie realizacji) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 1,42% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 2,71%;

- Poz. 4.5 (Środek transportu Zamawiającego typu Pickup w okresie od ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 0,16% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 0,20%".

Odwołujący kwestionując ww. wartości opierał się li tylko na swoich własnych wyliczeniach oraz wybranych modelach samochodów, nie przedstawiając żadnych wiarygodnych dowodów, które kwestionowałyby wyceny Przystępującego, jako nierynkowe. Zdaniem Izby, mając też na uwadze przywołane powyżej znikome różnice procentowe w poszczególnych wycenach, nie sposób uznać, że Odwołujący przedstawił „obiektywne okoliczności" podważające rynkowość wyceny Przystępującego.

Izba w odniesieniu do zarzutów dotyczących stawek personelu Konsultanta (tj. poz. 2.1.1 Inżynier kontraktu, poz. 2.2.11 Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, poz. 2.2.13 Asystent Technologa, poz. 2.2.14 Specjalista ds. nadzoru geotechnicznego i geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych, poz. 2.2.15 Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni (w tym herpetolog, ornitolog, chiropterolog i akustyk), poz. 2.2.16 Specjalista ds. inżynierii ruchu (w tym SZR oraz organizacji ruchu), poz. 2.2.17 Specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji, poz. 2.2.18 Specjalista ds. umów z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami oraz umów z gestorami sieci, poz. 2.2.20 Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji oraz poz. 2.2.21 Prawnik) przychyla się do argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że świadczone przez te osoby usługi to usługi intelektualne, które charakteryzują się brakiem sztywnych podstaw ich wyceny, a różnice w tych oferowanych na rynku stawkach są powszechne.

Odwołujący w treści odwołania podaje minimalne stawki wynikające z Sekocenbud dla wskazanych stanowisk. W ocenie Izby minimalne stawki Sekocenbud często nie odzwierciedlają rzeczywistych rynkowych kosztów, gdyż są oparte na ankietach, a nie na twardych dokumentach źródłowych. Należy więc uznawać te publikatory za wartość jedynie informacyjną, a nie dowodową. W zakresie zastosowania cennika Sekocenbudu, jak powszechnie wiadomo, ceny wskazywane w tej publikacji i ceny oferowane przez wykonawców zamawiającym znacząco się różnią, więc nie mogą być porównywane bezpośrednio. (…) Nie zmienia to jednak faktu, że publikacja ta zbiera informacje z rynku budowlanego i może być pewnym wyznacznikiem, ale nie powinna stanowić jedynego punktu odniesienia. Dotyczy to w szczególności sytuacji gdy istnieje różnica pomiędzy cenami tam wskazywanymi a cenami zaoferowanym przez wykonawcę na potrzeby konkretnego przetargu. Jeśli różnica ta istnieje, to zdaniem Izby, nie można przesądzić, że oferowane przez wykonawcę stawki należy ocenić jako zaniżone" (tak wyrok KIO z 3 września 2018 r., sygn. akt.1589/18). Tak też należy ocenić podważane przez Odwołującego pozycje, tj. nie można a priori przesądzać ich zaniżenia.

Izba również w odniesieniu do ww. pozycji dostrzega za Zamawiającym z odpowiedzi na odwołanie znikomość tych pozycji dla całej oferty, i tak:

„Kwestionowane pozycje FC nie stanowią istotnej części składowej ceny oferty Konsorcjum Eksametr. Wartość tych pozycji wynosi odpowiednio:

- *Poz. 2.1.1 (Inżynier kontraktu) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 10,43% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 14,87%;*
- *Poz. 2.2.11 (Inspektor Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 1,45% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 1,75%;*
- *Poz. 2.2.13 (Asystent Technologa) zarówno w ofercie Konsorcjum, jak i w ofercie MGGP to zaledwie 3,44% wartości całej oferty;*
- *Poz. 2.2.14 (Specjalista ds. nadzoru geotechnicznego i geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 1,78% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 2,29%;*
- *Poz. 2.2.15 (Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego, ochrony środowiska i zieleni (w tym herpetolog, ornitolog, chiropterolog i akustyk)) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 1,58% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 1,62%;*
- *Poz. 2.2.16 (Specjalista ds. inżynierii ruchu (w tym SZR oraz organizacji ruchu)) zarówno w ofercie Konsorcjum, jak i w ofercie MGGP to zaledwie 1,35% wartości całej oferty;*
- *Poz. 2.2.17 (Specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 1,58% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 1,44%;*
- *Poz. 2.2.18 (Specjalista ds. umów z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami oraz umów z gestorami sieci) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 2,45% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 2,24%;*

- *Poz. 2.2.20 (Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 3,21% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 3,86%;*
- *Poz. 2.2.21 (Prawnik) w ofercie Konsorcjum to zaledwie 1,00% wartości całej oferty, a w ofercie MGGP jest to 1,20%".*

Najwyższa wartość procentowa wskazanych wyżej pozycji dotyczy poz. 2.1.1 (Inżynier kontraktu) w ofercie Przystępującego to 10,43% wartości całej oferty, a w ofercie Odwołującego jest to 14,87%. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że minimalna stawka z Sekocenbud dla tej pozycji to 500,00 zł netto, a więc dokładnie taka jaką zaoferował Przystępujący.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i oddaliła odwołanie w całości. Izba w całości przychyliła się do argumentacji zaprezentowanej zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego, którzy w odpowiedzi na ogólnikowość odwołania przedstawili szczegółowe wyjaśnienia i argumenty referujące do stawianych zarzutów. Ponadto Izba nie mogła nie dostrzec, że podważane przez Odwołującego określone pozycje z formularza cenowego nie były istotne, zarówno w odniesieniu do ich wartości, jaki i zakresu rzeczowego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……