

WYROK
z dnia 13 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
 Magdalena Rams
 Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Annopol 22 (03-236 Warszawa) w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku przy ul. Zwycięstwa 2 (15-703 Białystok)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Franklina Roosvetla 22 (60-829 Poznań) oraz K. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Inżynierskiego K. Sz. z siedzibą w Zambrowie przy Al. Wojska Polskiego 27A lok. 100 (18-300 Zambrów), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 934 zł 32 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści cztery złote, trzydzieści dwa grosze) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

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 2019 r., poz. 2019 ze 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, w imieniu, którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na *pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: 1) „Projekt i budowa Obwodnicy Suchowoli w ciągu drogi krajowej nr 8” 2) „Projekt i budowa Obwodnicy Sztabina w ciągu drogi krajowej nr 8”*, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2020 r., pod numerem 2020/S 250-625286.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 6 kwietnia 2021 r. wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień odwołującego z dnia 17 lutego 2021 r.;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), pomimo iż oferta odwołującego jest zgodna z SIWZ a zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu faktycznym żadnej sprzeczności;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 26 marca 2021 r polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów. Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą i ubiega się o udzielenie zamówienia, a w wyniku bezprawnych czynności zamawiającego wskazanych powyżej został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazał, że cena jego oferty w wysokości 14 733 703,52 zł jest ofertą z najniższą ceną wśród wszystkich złożonych ofert. Jest niższa o 2 228 894,33 zł (13,14 %) od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oraz o 3 609 323,38 zł (19,68 %) niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zdaniem odwołującego zamawiający biorąc pod uwagę liczbę złożonych ofert przyjął, że ceny jednostkowe pozostałych ofert stanowią odzwierciedlenie powszechnie przyjętych stawek rynkowych. Nie odniósł się natomiast do aspektu, w jaki sposób sam dokonał kalkulacji wartości przedmiotowego zamówienia i w jaki sposób określił budżet oraz zapisy SIWZ w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

Jak zwrócił uwagę odwołujący w wezwaniu z dnia 9 lutego 2021 r. zamawiający stwierdził *Oceniając wyjaśnienia wraz z dowodami przedłożonymi na ich potwierdzenie. Zamawiający będzie brał pod uwagę czynniki obiektywne, w szczególności czynniki wskazane w art. 90 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp.* Natomiast w odrzuceniu z dnia 25 marca 2021 r. zamawiający wskazał, iż *Wykonawca nie przedłożył szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych netto w 38 pozycjach o które pytał Zamawiający, a także nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów, ani dowodów potwierdzających, że zaoferowane ceny jednostkowe są cenami realnymi, rynkowymi.*

(...)

Wraz z wyjaśnieniami z dnia 17.02.2021 załączyli Państwo oświadczenie z dnia 27.01.2021 r. złożone przez Instytut Diagnostyki i Technologii Budownictwa z siedzibą w miejscowości Strzałkowo, zgodnie z którym ww. podmiot zobowiązuje się do zapewnienie zespołu eksperckiego w ramach Kontraktu, w którym ujęto zakres liczbowy dniówek świadczenia usługi - „co najmniej 8 godzin w dobie”, (...) Przedłożone oświadczenia nie mogą być uznane za prawidłowe w szczególności uwzględniając fakt, że ceny te są niewiarygodnie niskie w porównaniu do stawek rynkowych. Zgodnie z danymi GUS, przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w branży budowlanej wynosi ponad 5 000 zł, przy czym

wynagrodzenie to jest ustalane z uwzględnieniem wszystkich stawek w branży, również niewykwalifikowanych.

Jak stwierdziła KIO w swym orzeczeniu z dnia 22.02.2021 r. KIO 211/21, „w świetle przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wskazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265)”. Minimalne wynagrodzenie jest nieprzekraczalnym minimum płacowym ustalonym w celu wykluczenia szkodliwej dla pracowników konkurencji pracodawców w obniżaniu kosztów poprzez zaniżanie płac. W kontekście powyższego należy zauważyć, że Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że zatrudnieni przez niego Eksperci będą otrzymywali „godziwą płacę” za swoje specjalistyczne usługi.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przyjęta przez zamawiającego argumentacja nie znajduje odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ. Zgodnie z postanowieniami IDW, Tom I, pkt 15.3 Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. W przypadku wskazanych cen jednostkowych, pozycją rozliczeniową jest dniówka. Definicje dniówki normują postanowienia SIWZ, Tom II Projekt Umowy, gdzie w § 1 Definicje określono:

Dniówka; jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obowiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta.

W ocenie odwołującego SIWZ jasno wskazywała, że cena jednostkowa obejmuje koszt wykonania jednej jednostki i w żadnym punkcie nie określa, iż w tej jednostce musi być zawarta całość wynagrodzenia danego eksperta, nie określa również kwot minimalnych ani maksymalnych, jakie w danych jednostkach rozliczeniowych należy uwzględnić. Nie było zgodne z ww. postanowieniami SIWZ twierdzenie zamawiającego, iż Wykonawca przyjął cenę jednostkową w wysokości 20 zł dla poszczególnych ekspertów wynosi od 89 do 676 dni. Uwzględniając średnią liczbę dni roboczych w 2021 i 2022 roku oznacza to obowiązek realizowania usługi przez poszczególne osoby z personelu ekspertów od jednego do ponad trzech lat. Sposób realizacji usługi przez personel Wykonawcy, określony przez Zamawiającego w Istotnych postanowieniach umowy, w szczególności § 13 ust 16, § 27 i §

28, które w sposób konstytutywny określają obowiązujące zasady realizacji przedmiotu zamówienia przez personel Wykonawcy.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotowa usługa ma trwać przez okres 65 miesięcy, co oznacza, iż osoba na którą zamawiający rozdysponował 89 dni pracy, może średnio pracować 1 dzień w miesiącu i w tym czasie nie jest uprawniona do podejmowania innych zajęć zarobkowych. Kwestia ta została uregulowana w Tom II SIWZ, Projekt Umowy, § 11 Potencjał kadrowy i zasoby administracyjne, pkt. 13 *Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz Inni Eksperti zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy (z wyłączeniem Innych Ekspertów, których planowany czas pracy określony w zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu kalendarzowym, nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) w okresie trwania Umowy nie będą podejmowały czynności kolidujących lub uniemożliwiających wykonywanie obowiązków w ramach Umowy, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę. Zamawiający nie wyrazi zgody, o której mowa w niniejszym ust, jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar spowoduje wystąpienie konfliktu interesów.* Zastrzeżenie w sposób jasny dotyczy tylko przypadku, w którym dodatkowe czynności mogą kolidować lub uniemożliwiać wykonywanie usługi, w przeciwnym wypadku nie ma nawet konieczności informowania o takim zdarzeniu.

Najistotniejszym dla odwołującego argumentem był jednak stan faktyczny, istniejący u zamawiającego – zdaniem odwołującego sam zamawiający nie zastosował się do argumentów, które wskazał w piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego. Sam zamawiający w prowadzonych przez siebie równolegle postępowaniach określa wysokość „dniówek” w kwotach bardzo niskich – tj. takich, które w przedmiotowym postępowaniu „budzą wątpliwości” zamawiającego co do ich rynkowego charakteru oraz zgodności z przepisami. Zapisy odnośnie sposobu kalkulacji ceny były takie same we wszystkich postępowaniach równolegle prowadzonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, a tym samym obowiązywały w nich dokładnie takie same zasady ustalania ceny ofertowej i sposobu jej rozliczenia. W odwołaniu zawarto tabele zawierającą postępowania, w których średnia wartość dniówki ustalona przez zamawiającego na etapie szacowania wartości zamówienia, nie pokrywała minimalnego wynagrodzenia. W ocenie odwołującego we wszystkich postępowaniach zamawiający szacował ten budżet na podstawie *rozpoznania rynku wartości usług tego samego rodzaju w oparciu o preliminarz kosztów (wstępny kosztorys inwestorski) lub Bazy cen nadzorów GDDKiA*, co wpisywał do protokołu z postępowania w Dziale nr 2, ppkt 4. Co więcej w postępowaniu *Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy Smolajń w ciągu drogi krajowej nr 51”* prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Numer

postępowania: O/OL.D-3.2410.6.2020” przedstawił harmonogram szacowania wartości zamówienia w podziale na dniówki i ceny jednostkowe za poszczególne dniówki. I tak dla 19 osób spośród Personelu Innego, aż 8 ekspertów ma przyjęte wartości dniówek poniżej wartości minimalnego wynagrodzenia na które powołuje się zamawiający. Przedmiotowy kontrakt ma trwać 30 miesięcy, a więc wg interpretacji zamawiającego przedmiotowe osoby będą pracowały tylko i wyłącznie przy przedmiotowej usłudze, co najmniej 8 godzin dziennie lub więcej, zarabiając wynagrodzenie niższe niż minimalne krajowe oraz nie podejmą żadnej innej pracy zarobkowej. Wobec czego argumentacja zamawiającego, że dana jednostka rozliczeniowa musi być wyższa niż wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę jest argumentacją błędną, sprzeczną z działaniami samego zamawiającego. Zamawiający nie może stosować innych zasad dla oceny swoich czynności, a innych zasad – dla czynności wykonawców. A zatem zamawiający musi wybrać jedno z poniższych rozwiązań:

- uznać, że „dniówka” jest jednostką rozliczeniową niezależną od wynagrodzenia otrzymywanego przez specjalistów – co wynika z ww. postępowań – czego skutkiem jest wadliwość odrzucenia oferty odwołującego;
- unieważnić wszystkie wskazane w odwołaniu postępowania, gdyż na etapie szacowania ceny zamawiający rażąco naruszył prawo przez przyjęcie, że specjaliści mają zarabiać mniej niż wynagrodzenie minimalne, co powoduje, że postępowania obarczone są niemożliwą do usunięcia wadą.

Odwołujący skonstatował, że zamawiający nie może wybiórczo stosować sobie jednej z dwóch ww. argumentacji, w zależności od tego, która jest dla niego wygodniejsza i korzystniejsza.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz K. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. Sz. z siedzibą w Zambrowie.

Zamawiający w dniu 10 maja 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

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

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do

postępowania odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej nadal: „nPzp”, ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 6 kwietnia 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się wszystkich zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz K. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Inżynieryjnego K. Sz. z siedzibą w Zambrowie (zwanym dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2021 r., w tym w szczególności:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną przez odwołującego;
 - wezwanie z dnia 9 lutego 2021 r. skierowane do odwołującego w sprawie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
 - wyjaśnienia z dnia 19 lutego 2021 r. udzielone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z załącznikami;
 - pismo z dnia 25 marca 2021 r. w sprawie odrzucenia oferty odwołującego;

- 2) załączony do odwołania i złożony dodatkowo na rozprawie na arkuszu A3 kosztorys zamawiającego dotyczący szacowania wartości zamówienia w postępowaniu na *Pełnienie nadzoru na projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzania Kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy Smolajn w ciągu drogi krajowej nr 51”*;
- 3) złożony na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego kosztorys cenowy dotyczący szacowania wartości zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Izba ustaliła co następuje

W pkt 15.1 Tomu I SIWZ (IDW) zamawiający wskazał, że *Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy zawarty w Tomie IV SIWZ*. Natomiast zgodnie z pkt 15.3 IDW *Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym*.

Pismem z dnia 9 lutego 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowane istotne składowe ceny oferty nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. W treści wezwania zamawiający wyszczególnił 38 pozycji złożonego przez odwołującego formularza cenowego, w których wskazano cenę jednostkową za „dniówkę” w wysokości 20 zł netto. W związku z tym zamawiający poprosił odwołującego o przedłożenie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej netto (kolumna „5” formularza cenowego) w ramach tych 38 pozycji.

Odwołujący pismem z dnia 19 lutego 2021 r. złożył wyjaśnienia na powyżej wskazane wezwanie zamawiającego. Do wyjaśnień odwołujący nie załączył szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej netto, dotyczącej wskazanych przez zamawiającego 38 pozycji formularza cenowego. Do wyjaśnień odwołujący załączył ofertę podwykonawcy.

W dniu 26 marca 2021 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. 90 ust. 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W piśmie zawierającym informację odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający podał uzasadnienie dla tej czynności.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

- art. 90 ust. 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

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.

Jeśli chodzi o rozpoznanie zarzutów oznaczonych pkt 1 i 2 w *petitum* odwołania, Izba za punkt wyjścia wzięła następujące dokumenty: wezwanie z dnia 9 lutego 2021 r. skierowane do odwołującego w sprawie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia z dnia 19 lutego 2021 r. udzielone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z załącznikiem w postaci oferty podwykonawcy oraz pismo z dnia 25 marca 2021 r. w sprawie odrzucenia oferty odwołującego.

W wezwaniu z dnia 9 lutego 2021 r. zamawiający zwrócił uwagę na zaproponowaną przez odwołującego cenę jednostkową „dniówki” w wysokości 20 zł netto podaną przez odwołującego dla 38 pozycji formularza cenowego, która dotyczyła specjalistów mających realizować zamówienie objęte postępowaniem. Zamawiający uznał, że powyżej wskazana cena jednostkowa dla 38 pozycji formularza cenowego jako istotna część składowa ceny wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W związku z tym zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp wezwał odwołującego do przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej netto (kolumna „5” formularza cenowego) w ramach tych 38 pozycji.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 19 lutego 2021 r. W przedmiotowych wyjaśnieniach odwołujący przede wszystkim skupił się na kwestionowaniu zasadności wezwania oraz intencji zamawiającego w tym zakresie. Jednakże odwołujący nie zakwestionował czynności zamawiającego z dnia 9 lutego 2021 r.,

polegającej na wezwaniu go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przez wniesienie odwołania, zatem w przedmiotowej sprawie Izba nie była uprawniona do badania zgodności z przepisami Pzp powyższej czynności zamawiającego i w związku z tym argumentację odwołującego podaną w tym zakresie w wyjaśnieniach należało uznać za irrelevantną.

Odnosząc się do *meritum* wyjaśnień Izba stwierdziła, że odwołujący nie zastosował się do najistotniejszej kwestii wynikającej z wezwania z dnia 9 lutego 2012 r., tj. nie przedłożył szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej netto dla 38 wskazanych w wezwaniu pozycji formularza cenowego. Odwołujący w wyjaśnieniach przytoczył bogate orzecznictwo Izby w zakresie rażąco niskiej ceny, zaprezentował argumentację w zakresie tworzenia i znaczenia klastrów biznesowych oraz powołał się na załączoną do wyjaśnień ofertę podwykonawcy. Argumentację zaprezentowaną przez odwołującego w wyjaśnieniach, wobec nieprzedłożenia chociażby szcążkowej kalkulacji ceny jednostkowej netto dla 38 wskazanych w wezwaniu pozycji formularza cenowego, Izba uznała za niewystarczającą. Wymaganej przez zamawiającego kalkulacji nie mogła zastąpić załączona do wyjaśnień oferta podwykonawcy. Dokument ten mógłby być co najwyżej uzupełnieniem takiej kalkulacji, ale złożony samodzielnie nie mógł w żaden sposób rozwiązać wątpliwości zamawiającego, wynikających z treści wezwania. Jak słusznie zwrócił uwagę zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego z treści wyjaśnień nie wynikało, aby odwołujący zweryfikował prawidłowość i wiarygodność stawek zaoferowanych przez podwykonawcę, bezkrytycznie opierając na nich swoją wycenę.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że najistotniejszym argumentem zawartym w odwołaniu na poparcie przedmiotowych zarzutów było twierdzenie, iż to sam zamawiający w prowadzonych przez siebie równoległe postępowaniach określa wysokość „dniówek” w kwotach bardzo niskich – tj. takich, które w przedmiotowym postępowaniu „budzą wątpliwości” zamawiającego co do ich rynkowego charakteru oraz zgodności z przepisami. Na potwierdzenie tej argumentacji odwołujący przywołał trzy inne prowadzone przez zamawiającego postępowania, w których zamawiający w kosztorysach będących podstawą szacowania wartości zamówienia w tych postępowaniach, podawał średnie wartości jednej dniówki dla personelu na poziomie 125,45 zł, 105,28 oraz 52,51 zł. Do tej argumentacji referował także dowód załączony do odwołania w postaci kosztorysu dotyczącego szacowania wartości zamówienia w postępowaniu na *Pełnienie nadzoru na projektowaniu i realizacją Robót oraz zarządzania Kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy Smolajn w ciągu drogi krajowej nr 51”*, w którym wskazano w niektórych pozycjach „dniówek” dla specjalistów kwoty 70 zł lub 100 zł netto.

Izba nie wzięła pod uwagę powyżej zaprezentowanej argumentacji odwołującego. Po pierwsze dotyczyła ona innych postępowań przetargowych. Po drugie zamawiający i przystępujący zneutralizowali argumentację odwołującego w tym zakresie przez złożenie na rozprawie kosztorysu (formularza cenowego) będącego podstawą szacowania wartości zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Jak wynikało z tego dokumentu najniższą stawką „dniówki” specjalisty, przyjętą przez zamawiającego w dokumencie sporządzonym na potrzeby szacowania wartości zamówienia w postępowaniu była kwota 170 zł netto (podana w czterech pozycjach dokumentu). Stawka ta znacznie odbiegała od ceny 20 zł netto zaproponowanej w 38 pozycjach przez odwołującego.

W konkluzji dla tej części uzasadnienia Izba stwierdziła, że dowód złożony przez odwołującego nie mógł być przydatny dla rozpoznania sprawy, natomiast dowód złożony na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego podważył najistotniejszy argument zaprezentowany w stanowisku odwołującego.

Dodatkowo odwołujący na rozprawie argumentował, że kwestionowana przez zamawiającego cena jednostkowa 20 zł netto podana w 38 pozycjach formularza ofertowego dotyczyła wynagrodzenia osób prowadzących działalność gospodarczą, które mogą świadczyć usługi na kilku inwestycjach i przez to uzyskać dochód czy wynagrodzenie u różnych podmiotów. Izba w żaden sposób nie kwestionowała tej argumentacji polegającej na możliwości świadczenia usług przez osoby prowadzące działalność gospodarczą równolegle na kilku inwestycjach. Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy przedmiotowa argumentacja nie mogła zostać wzięta pod uwagę, ponieważ punktem wyjścia była stawka podana przez odwołującego. W ocenie składu orzekającego nie mogło dziwić, że cena jednostkowa za „dniówkę” pracy specjalisty w wysokości 20 zł netto, budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ i była przedmiotem wezwania wystosowanego w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp. Odwołujący natomiast przez złożone wyjaśnienia nie rozwiął wątpliwości zamawiającego. W związku z tym zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do dwóch pozostałych zarzutów wskazanych w pkt 3 i 4 *petitum* odwołania, Izba uznała, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego dodatkowo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W ocenie Izby całość dokonanych przez zamawiającego ustaleń w ramach czynności badania oferty odwołującego wyczerpała się w dyspozycjach przepisów zawartych w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz 90 ust. 3 Pzp.

W przypadku naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba wskazuje, że aby zastosować tę podstawę odrzucenia oferty zamawiający musi uchwycić na czym konkretnie polega niezgodność oferty z treścią SIWZ, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi postanowieniami SIWZ. W uzasadnieniu dla zastosowania tej podstawy odrzucenia zamawiający powołał się na ustalenia dokonane w związku z badaniem oferty odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny oraz wskazał na te postanowienia SIWZ, które odnosiły się do opisu sposobu obliczenia ceny lub zasad realizacji przedmiotu zamówienia przez personel wykonawcy. Ponadto zamawiający w uzasadnieniu dla zastosowania ww. przepisu wobec oferty odwołującego wskazał, że kwota 20 zł za dniówkę jest kwotą nierealną i nie wystarczającą do pełnienia usługi nadzoru przez personel konsultanta zgodnie z postanowieniami istotnych postanowień umowy. Izba uznała, że zamawiający nie wyjaśnił jednoznacznie na czym konkretnie polega niezgodność oferty odwołującego z treścią SIWZ. Dodatkowo cała argumentacja zamawiającego podniesiona dla uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosiła się i zawierała w ramach rażąco niskiej ceny w związku z tym zamawiający niesłusznie wyodrębnił okoliczności związane z poczynionymi wobec oferty odwołującego ustaleniami, jako podstawę do zastosowania kolejnej i odrębnej przesłanki odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Podobna argumentacja dotyczyła przesłanki odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Całe jej merytoryczne uzasadnienie opierało się i zawierało na ustaleniach poczynionych w ramach badania rażąco niskiej ceny.

Izba doszła do przekonania, że samo potwierdzenie prawidłowości zastosowania podstawy odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, nie może skutkować automatycznie uznaniem, że odwołujący złożył ofertę dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.). Tymczasem stanowisko zamawiającego *de facto* do tego się sprawdzało, co nie mogło doprowadzić do uznania o słuszności zastosowania ww. przepisu dla odrzucenia oferty odwołującego.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż zaistniałe po stronie zamawiającego uchybienie w zakresie uzasadnienia istnienia podstaw odrzucenia oferty odwołującego z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy, a mianowicie takiego, które wywarło wpływ lub może wyrzucić istotny wpływ na wynik postępowania.

Ponieważ względem odwołującego ziszcila się inna podstawa do odrzucenia jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia (tj. podstawa o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp), uchybienie przepisom Pzp przez zamawiającego w powyżej wskazanym zakresie nie będzie miało wpływu na wynik postępowania w kontekście sytuacji odwołującego, ponieważ jego oferta i tak podlega odrzuceniu i nie będzie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. W tym stanie rzeczy podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp nie mogły zostać uwzględnione.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę, na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący:

.....

.....