

Sygn. akt: KIO 1352/22  
KIO 1384/22

**WYROK**  
**z dnia 13 czerwca 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Kurowska  
**Członkowie:** Anna Chudzik  
Agnieszka Trojanowska  
**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania:

- A. wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez **Wykonawcę ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie** – w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 1352/22;
- B. wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez **Wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 1384/22,

w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO 1352/22 oraz KIO 1384/22 po stronie Zamawiającego;

- b) wykonawcy ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO 1384/22 po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**A.**

1. **oddala odwołanie** wniesione przez Wykonawcę ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygn. akt: KIO 1352/22;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie;
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**B.**

1. **oddala odwołanie** wniesione przez Wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygn. akt: KIO 1384/22;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt KIO 1352/22**

**KIO 1384/22**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją kontraktu pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie trasy tramwajowej do Wilanowa na odc. od ul. Puławskiej do ul. Branickiego”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 stycznia 2022 roku pod nr 2022/S 001-001930.

W dniu 23 maja 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2020, poz. 1129 ze zmianami; dalej jako: „ustawa Pzp”) odwołania złożyli Wykonawcy:

- A. ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie – w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 1352/22;
- B. TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 1384/22.

### **KIO 1352/22**

Odwołujący ZBM S.A. złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na:

1. odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę ZBM S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy zaoferowana cena jest prawidłowa, co zostało w sposób należyty wyjaśnione i udowodnione;
2. wyborze oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „Konsorcjum Transprojekt”) podczas gdy za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący ZBM S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako zawierającej cenę rażąco niską i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Transprojekt, podczas gdy oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej, co zostało wyjaśnione i udowodnione w toku postępowania i tym samym powinna zostać oceniona i uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Argumentując ww. zarzuty Odwołujący ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie wskazał, co następuje.

W opinii Odwołującego ZBM S.A. Zamawiający w sposób błędny i dowolny ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołującego ZBM S.A. wraz z dowodami w dniu 23 marca 2022 r. oraz w dniu 8 kwietnia 2022 r. Odwołujący ZBM S.A. podniósł, że wszystkie warunki realizacji zamówienia muszą zostać wyartykułowane w treści SWZ, natomiast wszelkie wątpliwości wynikające z treści dokumentów zamówienia interpretuje się na korzyść wykonawców. Odwołujący ZBM S.A. podniósł, że Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego na niewystarczający zakres przekazanych danych do stwierdzenia realności zaoferowanej ceny.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że uzasadnienie sporządzone przez Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego miało charakter szablonowy, pomijało indywidualne okoliczności dotyczące tej oferty. Odwołujący, odnosząc się do kolejnych fragmentów uzasadnienia, wskazał, co następuje.

W ocenie Odwołującego Zamawiający skupił się na przedstawieniu działań arytmetycznych, co Odwołujący uznał za niewystarczające do stwierdzenia rażąco niskiego charakteru ceny zaoferowanej przez niego. Odwołujący podniósł, że znaczna część kosztów usługi o charakterze intelektualnym to koszty zatrudnienia personelu. Inne koszty, jak

wskazał Odwołujący, zostały zminimalizowane dzięki efektowi skali wynikającemu z realizacji wielu kontraktów w tym samym czasie.

Odwołujący stwierdził, że udzielone przez niego dwukrotnie wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami potwierdzają realność ceny zaoferowanej przez niego oraz możliwość uzyskania zysku, jak również możliwość poniesienia dodatkowych nieprzewidzianych kosztów na etapie realizacji zamówienia.

Następnie Odwołujący podniósł, że „(...) Zamawiający tworząc SWZ nie pozostawił wykonawcom pełnej dowolności w zakresie kreowania ceny za zakres podstawowy oraz za zakres opcjonalny (zarówno w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót, jak i w okresie gwarancji i zgłaszania Wad), ale wskazał w postaci „widełek” procentowych, jakie mogą być maksymalne i minimalne wartości cen za poszczególne zakresy usług. (...) Tym samym procentowe relacje cenowe pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia są przede wszystkim wypadkową decyzji Zamawiającego przy konstruowaniu formularza ofertowego, a nie pełnej swobody pozostawionej wykonawcom. Aktualnie Zamawiający zdaje się o tym zapominać, przedstawiając w selektywny sposób poszczególne wartości w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego (m.in. wskazując na fakt, że zakres opcjonalny ma właśnie opcjonalny charakter i wykonawca wcale nie musi otrzymać pieniędzy za ten zakres). Odwołujący pamiętał o wskazaniach Zamawiającego w SWZ i w adekwatny, zgodny z postanowieniami SWZ sposób, wycenił poszczególne elementy, zapewniając sobie wygenerowanie zysku na kontrakcie nawet bez realizacji pełnego zakresu opcjonalnego lub któregośkolwiek z elementów wchodzących w skład zakresu opcjonalnego w ramach zamówienia. Natomiast Zamawiający nie powinien czynić Odwołującemu zarzutu z tego powodu, że ten zastosował się do wskazań Zamawiającego co do wyceny poszczególnych zakresów zamówienia.”

W dalszej kolejności Odwołujący zakwestionował tezę Zamawiającego co do tego, że „(...) wynagrodzenie za zakres podstawowy, po odliczeniu kosztów zatrudnienia personelu, pozostawia niewystarczającą kwotę na pełne pokrycie pozostałych kosztów, w tym ubezpieczeń, wynajęcia biur etc. Przeczą temu zarówno złożone wyjaśnienia ceny, jak i przedłożone wraz z nimi dowody przez Odwołującego. Odwołujący skalkulował w odpowiedniej\* wysokości wszystkie koszty, również te związane z tzw. pozostałymi kosztami (Odwołujący wypełnił kalkulację zgodnie ze wzorem przekazanym przez Zamawiającego wraz z wezwaniem do wyjaśnienia ceny), natomiast Zamawiający w żaden sposób nie

wskazał w swoim uzasadnieniu dlaczego konkretne koszty przewidziane przez Odwołującego (np. na zakup ubezpieczenia), są nierealne. (...)

Następnie Odwołujący podniósł, że jest podmiotem profesjonalnym, działającym na rynku od wielu lat, co umożliwia mu właściwe skalkulowanie ceny.

Odwołujący podkreślił fakt, że „(...) umowa zawarta w wyniku Postępowania będzie zawierać obligatoryjną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy z art. 439 PZP, opartą o wskaźnik waloryzacji powiązany ze wzrostem przeciętnego wynagrodzenia (par. 24a Projektowanych Postanowień Umowy - PPU). Wskutek zastosowanej waloryzacji, wynagrodzenie wykonawcy będzie mogło się zmienić (z dużym prawdopodobieństwem wzrosnąć) o kwotę 715 204,10 zł netto (par. 24a ust. 9 PPU). Powyższą okoliczność pomija Zamawiający w swoim uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a ma ona również znaczenie, chociażby w zakresie przewidywanego wzrostu innych kosztów związanych z realizacją umowy. (...)”

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający „(...) przedstawia jedynie wyniki, a nie działania matematyczne, które doprowadziły do ich uzyskania, *de facto* zmuszając Odwołującego do domyślania się skąd wzięły się poszczególne liczby wskazane w uzasadnieniu. Jest to tym trudniejsze, że Zamawiający (jak domyśla się Odwołujący, próbując wyliczyć poszczególne wyniki) używa do tego zarówno wartości wskazanych w formularzu ofertowym, jak i w wyjaśnieniach ceny, co prowadzi do uzyskania nieprawidłowych wyników.”

Odwołujący zakwestionował także sposób, w jaki „(...) Zamawiający wylicza koszt pracy personelu w trakcie realizacji zamówienia podstawowego (22 miesiące) po prostu mnożąc stawki miesięczne personelu wskazane w załączniku nr 1 do wyjaśnień ceny Odwołującego z dnia 23 marca 2022 r. przez liczbę 22 (miesiące), podczas gdy stawki miesięczne podane przez Odwołującego w wyjaśnieniach ceny, ze względu na konstrukcję formularza przygotowaną przez Zamawiającego, stanowią uśrednione wartości, obejmujące zarówno okres realizacji zamówienia podstawowego, jak i okres opcjonalny. Jeszcze większy błąd robi Zamawiający doliczając do tak ustalonego powyżej kosztu personelu, całą wartość wskazaną przez Odwołującego jako koszt pracy personelu w trakcie okresu gwarancji i zgłaszania wad (czyli kosztu za 60 miesięcy) - przy czym Zamawiający najprawdopodobniej zapomniał, że w wartości tej jest zarówno realizacja zakresu podstawowego, jak i zakresu opcjonalnego (i tym samym również kwoty przekazane wraz z wyjaśnieniami ceny stanowią uśrednienie, ze względu na konstrukcję formularza).”

Odwołujący zakwestionował także przyjęte przez Zamawiającego stawki rynkowe oceniając je jako „bliżej niesprecyzowane”.

Odwołujący wskazał również na nietrafność użytego przez Zamawiającego argumentu o „wyłącznieści”. Odwołujący wskazał, że „(...) Zamawiający w SWZ (pkt 2.1.10 Opisu Przedmiotu Zamówienia) wymaga wyłączności zatrudnienia, ale wyłącznie w odniesieniu do Ekspertów Kluczowych, a nie całego Personelu Konsultanta (w skład którego wchodzi także tzw. Inni Eksperti, którzy są w zdecydowanej większości). Po drugie, sam Zamawiający nawet w stosunku do Ekspertów Kluczowych dopuszcza wyjątek od powyższej zasady, polegający na wyrażeniu przez siebie zgody na piśmie (pkt 2.1.10 OPZ *in fine*). Jednocześnie brzmienie pkt 2.1.11 OPZ wskazuje, że zasadą jest możliwość uzyskania takiej zgody (Zamawiający zdefiniował w punkcie tym kiedy nie wyrazi zgody zgodnie z pkt 2.1.10 OPZ, tj. *„jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar spowoduje wystąpienie konfliktu interesów.”* - a zatem w pozostałym zakresie uzyskanie takiej\* zgody na piśmie jest zasadą). (...). Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w żadnym zapisie SWZ nie zdefiniował jakie ma być minimalne zaangażowanie czasowe Personelu Konsultanta (...). Wręcz przeciwnie, Zamawiający pozostawił wykonawcom pewną dowolność (...).”

Odwołujący podniósł, że „(...) wobec tak postawionych przez Zamawiającego wymagań, jedynym możliwym z perspektywy Odwołującego rozwiązaniem było oszacowanie, w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie, oraz o zakres przekazanych informacji w Postępowaniu, całkowitego kosztu usług poszczególnych członków Personelu Konsultanta na etapie realizacji umowy. W tym miejscu Odwołujący nadmienia, że wskazywanie przez Zamawiającego rzekomo zaniżonych miesięcznych stawek wynagrodzenia poszczególnych członków Personelu Konsultanta jest nieprawidłowe z tego powodu, że wartości miesięcznej wymagał Zamawiający tylko na potrzeby wyjaśnienia ceny (tak skonstruował wzór tabeli kosztowej stanowiący załącznik nr 1 do wezwania do wyjaśnienia ceny z dnia 11 marca 2022 r.). Warto podkreślić, że charakter świadczonych usług sprawia, że dany członek Personelu może nie wykonywać usług w danym miesiącu, ponieważ nie będzie wymagać tego od Konsultanta etap prac nadzorowanej umowy - tym samym wysokość wynagrodzenia wypłacanego comiesięcznie poszczególnym osobom będzie zależna od realnego zaangażowania poszczególnych osób w realizację umowy, na co również będzie mieć wpływ np. decyzja Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji.



Pisząc w skrócie, Odwołujący płaci swojemu personelowi, świadczącemu usługi zazwyczaj w ramach prowadzonej przez siebie jednoosobowej działalności gospodarczej, wynagrodzenie za realnie wykonane usługi na rzecz Odwołującego, a nie stawkę miesięczną, tak jak to przyjął sobie Zamawiający narzucając wykonawcom taki, a nie inny kształt wzoru tabeli kosztowej (załącznik nr 1 do wezwania do wyjaśnień z dnia 11 marca 2022 r.).”

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu pominięcie motywacji osób podejmujących współpracę z Odwołującym, która opiera się często na chęci zdobycia doświadczenia oraz prestiżu pełnionej funkcji. W ocenie Odwołującego pozwala to uzyskać konkurencyjne stawki.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie zdefiniował w SWZ minimalnych wymagań w zakresie zaangażowania Personelu Konsultanta, pozostawiając to wykonawcom jako profesjonalistom, natomiast z drugiej strony Zamawiający podważył prawidłowość przyjętej kalkulacji ceny, powołując się na zaniżone wobec bliżej nieokreślonych „stawek rynkowych” koszty zatrudnienia Personelu Konsultanta.

Odwołujący wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach ceny oraz przedłożonych wraz z nimi dowodach wyraźnie wskazywał na ujęcie w cenie całkowitej również innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy (pozycja „Inne koszty nieujęte w niniejszym zestawieniu” o znacznej wartości kwotowej).

Odwołujący zakwestionował argument Zamawiającego, jakoby przyjęcie przez niego 30 miesięcy do kalkulacji wynagrodzenia personelu miało świadczyć o rażąco niskim charakterze zaoferowanej ceny. W ocenie Odwołującego Zamawiający w SWZ nie wskazał wyraźnie, że to właśnie 31 miesięcy świadczenia usługi jest jedyną właściwą liczbą miesięcy, którą wykonawcy powinni przyjąć do kalkulacji wynagrodzenia personelu, lecz przeciwnie - Zamawiający wskazał w Projektowanych Postanowieniach Umowy (Rozdział III do SWZ), że takimi wartościami są 22 miesiące dla zakresu podstawowego, 20 miesięcy dla zakresu opcjonalnego, przy założeniu, że Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w ciągu 10 miesięcy od daty zawarcia umowy z wykonawcą robót (par. 3 ust. 2 i 3). Tym samym Odwołujący wyliczając wartość 30 miesięcy przyjął właśnie 22 miesiące oraz (w przypadku podjęcia takiej decyzji przez Zamawiającego w najpóźniejszym możliwym momencie czyli w 10. miesiącu, przy założeniu że Zamawiający zawrze umowę na roboty w momencie zawarcia umowy będącej wynikiem tego Postępowania) następne 20 miesięcy – jak wskazał Odwołujący okresy te w pewnym zakresie nakładają się na siebie, co łącznie daje właśnie 30 miesięcy. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w treści SWZ nie wskazał, że

wykonawcy mają obowiązek uwzględnić w swojej kalkulacji dodatkowy miesiąc przewidziany na tzw. okres mobilizacji.

Ponadto Odwołujący wskazał, że uśredniona wartość miesięczna wynagrodzenia nie jest wynikiem realiów związanych z realizacją umowy, ale takiego, a nie innego kształtu załącznika nr 1 do wezwania do wyjaśnienia ceny z dnia 11 marca 2022 r.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że umowa z wykonawcą robót została już zawarta w dniu 29 marca 2022 r. Tym samym okres 10 miesięcy zaczął biec od tej daty. Oznacza to, że Zamawiający aktualnie ma niecałe 9 miesięcy na podjęcie decyzji o skorzystaniu z praw opcji w niniejszym zamówieniu.

Następnie Odwołujący stwierdził, że kwestionowana wartość ma znikome znaczenie i mogłaby zostać pokryta z wycenionej na odpowiednio wysokim poziomie pozycji „Inne koszty nieujęte w niniejszym zestawieniu”.

Odnosząc się do kosztu wynajmu powierzchni biurowej Odwołujący wskazał, że „(...) Zamawiający zupełnie pomija brzmienie postawionych przez siebie wymagań w tym zakresie w SWZ oraz wyjaśnienia ceny wraz z dowodami przedłożone przez Odwołującego. Odwołujący podnosi, że Zamawiający po raz kolejny używa niezdefiniowanych sformułowań - tym razem to *„średnie ceny netto najmu powierzchni biurowych”* oraz *„minimalnej powierzchni uwzględniającej spełnienie wymagań SWZ oraz zapewnienie miejsca do pracy”*. Zamawiający nie wskazuje skąd powziął dane wskazujące na cenę za metr kwadratowy wynajmu. Jednocześnie w treści SWZ Zamawiający nie zdefiniował wymaganej minimalnej powierzchni, jaką ma mieć wynajmowana powierzchnia biurowa. Natomiast w cytowanym pkt 2.3. OPZ poprzestał na ogólnych zapisach, a jednymi z nielicznych precyzyjnych zapisów w tym zakresie są te dotyczące obowiązku zorganizowania sali konferencyjnej na minimum 25 osób oraz konieczności zapewnienia nieruchomości w promieniu 3 km.”

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w sposób dowolny przyjmuje na potrzeby swoich wyliczeń liczbę 20 osób pracujących jednocześnie w biurze, co nie znajduje odzwierciedlenia w treści SWZ. W ocenie Odwołującego Zamawiający pomija przy tym dopuszczoną przez siebie możliwość łączenia stanowisk Personelu innego niż Eksperti Kluczowy, a zatem większości z Personelu, jak również możliwość pracy Personelu Konsultanta poza biurem. Tymczasem Odwołujący wskazał, że zamierzał korzystać z takich rozwiązań na etapie realizacji umowy.

Pismem z dnia 6 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację popierającą złożony wniosek.

Pismem z dnia 6 czerwca 2022 r. stanowisko na piśmie przedstawił Przystępujący Wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz „B-Act” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy.

## **KIO 1384/22**

Odwołujący TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył odwołanie wobec:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako nie zgodnej z warunkami zamówienia;
2. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do dokonania której Zamawiający był zobowiązany, tj. unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie Oferty Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 - naruszenie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
4. dokonania ponownej oceny ofert;
5. ewentualnie - unieważnienia postępowania.

Uzasadniając wniesione odwołanie Odwołujący TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wskazał, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego numerem 1. Odwołujący wskazał, że we wzorze formularza ofertowego Zamawiający, oprócz wskazania ceny ryczałtowej za wykonanie usługi, przedstawił tabelę, w której cenę należało umieścić w podziale na realizację usługi w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót (w tym miejscu Odwołujący przedstawił stosowną tabelę) oraz realizację usługi w okresie gwarancji i zgłaszania wad (w tym miejscu Odwołujący przedstawił stosowną tabelę).

Następnie Odwołujący wskazał: *Wynagrodzenie, o którym mowa powyżej, zostanie wypłacone zgodnie z rozbiem wskazanym w załączniku nr 8 do Umowy „Wykaz cen stosowany do płatności”.*

Załącznik nr 8, na którym opiera się Zamawiający w formularzu cenowym, został dołączony w dokumentacji w wersji pdf (nie-edytowalnej) i stanowił tabelę tożsamą do tej umieszczonej w formularzu cenowym i zawierała następujący podział procentowy – w tym miejscu Odwołujący zamieścił ilustrację przedstawiającą załącznik nr 8 do rozdziału III SWZ.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 2 lutego 2022 r. zawierającym wyjaśnienia i zmiany treści SWZ nr 2, w odpowiedzi na pytanie nr 69 dotyczące rozliczenia usługi w okresie gwarancji Zamawiający dokonał zmiany załącznika nr 8, dodając do jego treści jako ostatnią – nową kolumnę z odniesieniem do podziału procentowego *„Wartość procentowa elementu w stosunku do całkowitej kwoty ceny ofertowej netto”*. W tym miejscu Odwołujący zamieścił ilustrację przedstawiającą załącznik nr 8 do rozdziału III SWZ.

Odwołujący wskazał, że w dodanej kolumnie ceny poszczególnych działów od I do IV miały się odnosić do *wartości procentowej elementu w stosunku do całkowitej kwoty*

*ceny oferty netto*. Z kolei w kolumnie *Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych* limity odnosiły się do całości działu:

- I - zakres podstawowy;
- II - Razem Opcja I;
- III - Razem Opcja II;
- IV - Razem Opcja III.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że „(...) Zgodnie z załącznikiem na opcję składały się pozycję „Zarządzania i nadzoru nad realizacją robót w ramach Opcji” oraz „Nadzoru w okresie gwarancji i zgłaszania wad w ramach Opcji”.

W ślad za wprowadzaną zmianą w dniu 14 lutego 2022r, Zamawiający umieścił na platformie zakupowej edytowalną wersję załącznika nr 8 (wersję w formacie xlsx).

W wyniku powyższych zmian SWZ przedmiotowe zagadnienie stało się podstawą wniosków o wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny - 2 wnioski wpłynęły 16 lutego 2022 r. (...) Zamawiający w dniu 16 lutego 2022 roku o godz. 16:49 zamieścił odpowiedź na jedno z 2 pytań. Podkreślić należy, że Zamawiający nie zmienił terminu składania ofert wyznaczonego na godzinę 10:00 w dniu 17 lutego 2022 r.

W wyjaśnieniach treści SWZ nr 4 zawarto bardzo obszerne pytanie nr 75 - wykonawca wskazał na niejasne postanowienia SWZ w tym zakresie, a wręcz na sprzeczność. Na zakończenie szczegółowej argumentacji wnoszono:

*W związku z powyższym Wykonawca wnosi o ujednoczenie Formularza Ofertowego w stosunku do Załącznika nr 8 do rozdziału III. Z obu Formularzy jasno powinno wynikać czym jest łączna cena netto i od których pozycji mają być liczone limity.*

Na tak szczegółowe pytanie Zamawiający wskazał *„Zamawiający wyjaśnia, że ocenę ofert przeprowadzi na podstawie Formularza oferty, formularz „Wykaz cen do płatności IK” stanowi jedynie wzór załącznika do Umowy i będzie wypełniony i przedłożony przed podpisaniem Umowy przez Wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający w celu rozwiania ew. wątpliwości dokonuje zmiany załącznika Wykaz cen do płatności IK - który stanowi załącznik do niniejszego pisma.*

Zamawiający nadal nie sprecyzował odpowiednio podziału, a jedynie posunął się do zmiany załącznika poprzez usunięcie umieszczonej wcześniej kolumny z zakresem podziału procentowego jak również samych procentów. Powyższa odpowiedź nie wносиła nic nowego

ani nie zmieniała treści SWZ. Pojęcie „Cena oferty” w ofercie występuje kilka razy:

- a) W tabeli stanowiącej podsumowanie usługi w okresie opracowania Dokumentacji projektowej i realizacji robót jako „Cena oferty (zakres podstawowy + Opcje I, II, III)”;
- b) W tabeli stanowiącej podsumowanie realizacji usługi w okresie gwarancji i zgłaszania wad jako „Cena oferty (zakres podstawowy + Opcje I, II, III)”;
- c) W Formularzu oferty - jako łączna cena oferty.

Tym samym Zamawiający nie ujednocilił terminologii SWZ i nie zlikwidował sprzeczności SWZ, na które wskazywali wykonawcy.”

W tym miejscu Odwołujący TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zawarł ilustrację prezentującą zmienioną formę załącznika nr 8 do rozdziału III SWZ.

Następnie Odwołujący wskazał, że „(...) Ponieważ Odwołujący posiadał już przygotowaną ofertę, gotową do podpisu i zaakceptowaną przez Zarząd, dzień przed jej złożeniem, a zmiana dokonana przez Zamawiającego w załączniku nr 8, poza usunięciem kolumny oraz opisu działów nie zmieniała jej merytorycznej treści ani sposobu wyceny, Odwołujący załączył do oferty załącznik nr 8 w poprzedniej formie. Co ważne - jedynie ta wersja Załącznika nr 8 była umieszczona przez Zamawiającego w wersji edytowalnej xlsx. W wyniku zmiany z 16 lutego 2022 roku (na kilka godzin przed złożeniem ofert) zmieniony załącznik nr 8 został udostępniony tylko jako pdf, a nie został dołączony w wersji edytowalnej wraz ze zmianą nr 4 której dokonał zamawiający. Wykonawca zinterpretował zarówno treść SWZ, jak i przedstawionych wyjaśnień i zmienionego SWZ jako odniesienie się do podziału procentowego dla danego działu, tym bardziej że w ramach tabeli dla okresu realizacji robót umieszczono podsumowanie określając je jako „Cena oferty (zakres podstawowy + Opcje I, II, III)” która należało przedstawić w kwotach netto. Wobec tak przyjętej logiki Odwołujący przedstawił następujące ceny (...)” – w tym miejscu Odwołujący zawarł tabele prezentujące zaoferowane ceny w rozbiciu na: usługi w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót oraz usługi w okresie gwarancji i zgłaszania wad.

Odwołujący wskazał, że udział prawa opcji w stosunku do łącznej ceny oferty wypełnia wskazane przez Zamawiającego podziały.

Następnie Odwołujący podniósł, że „(...) kwestia powyższych obliczeń była też przedmiotem jeszcze jednego wniosku o wyjaśnienie. W dniu 16 lutego 2022 roku wykonawca NBQ zadał następujące pytanie: „W nawiązaniu do dokumentacji przetargowej w

szczegółności do załącznika formularz ofertowy zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie / doprecyzowanie co należy rozumieć przez "cena łączna netto": czy łączna cena to cena za zakres podstawowy + opcje w okresie realizacji? czy cena za zakres podstawowy w okresie realizacji + okresie gwarancji ? czy cena łączna to cena za okres podstawowy w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót + opcje w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót + okres podstawowy w ramach realizacji usługi w okresie gwarancji i zgłaszania wad+ opcje w ramach realizacji usługi w okresie gwarancji i zgłaszania wad? Zamawiający w ogóle nie odpowiedział na powyższe pytanie.

A zatem na dzień złożenia ofert zaistniał następujący stan faktyczny:

- a) W dniu 2 lutego 2022 roku dokonano zmiany Załącznika nr 8,
- b) W dniu 14 lutego Zamawiający udostępnił wykonawcom edytowalną wersję Załącznika nr 8 (jedyna wersja edytowalna tego załącznika),
- c) W dniu 16 lutego 2022 roku były 2 wnioski o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie istotnym dla niniejszego odwołania,
- d) W dniu 16 lutego 2022 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi na 1 z 2 pytań i dokonał zmiany SWZ,
- e) W dniu 17 lutego o godzinie 10:00 upływał termin złożenia ofert.

Jak wynika z powyższego - Zamawiający dokonał w dniu 16 lutego 2022 roku zmiany SWZ, zmiana ta została dokonana na 2 godziny robocze przed terminem złożenia ofert.

Należy zatem wnioskować, że Zamawiający uznał, że zmiana SWZ nie wnosi niczego istotnego, nie zmienia de facto treści SWZ, a przede wszystkim - nie wpływa na sposób przygotowania ofert. Gdyby bowiem było inaczej, to Zamawiający na podstawie art. 137 ust. 6 PZP byłby zobowiązany do przedłużenia terminu składania ofert."

Następnie Odwołujący wskazał, że „(...) w odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie wskazał żadnego punktu SWZ, z którym oferta Odwołującego jest niezgodna, jednocześnie dokonał kalkulacji w stosunku do całkowitej ceny dla całości działań z zakresu robót i gwarancji, czego wskazania zaniechał w wyjaśnieniach SWZ nr 4. (...). Zamawiający zdawkowo wyjaśnił i wskazał:

*Zamawiający zastrzegł w tabelach dot. Wyliczenia ceny oferty w rozdziale IV SWZ, że ceny za poszczególne zakresy prac (zakres podstawowy oraz zakresy opcji I, II, III) muszą mieścić się w określonych przedziałach procentowych w odniesieniu do łącznej ceny netto. Wykonawca w formularzu oferty nie zastosował ww. wymogów, jakie Zamawiający postawił*

*odnośnie sposobu obliczenia ceny i w tabeli cen przewidzianych w ramach realizacji usługi w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót nie uwzględnił przedziałów procentowych wymaganych przez Zamawiającego, tj.:*

- a) w poz. 2, której zakres dotyczył wyceny realizacji usługi w ramach Opcji I, przy zachowaniu przedziału cenowego: 13,8% - 16,2% łącznej ceny netto oferty - Wykonawca zaproponował cenę netto 704 313,00 zł, stanowiącą 13,2% łącznej ceny netto oferty;*
- b) w poz. 3, której zakres dotyczył wyceny realizacji usługi w ramach Opcji II, przy zachowaniu przedziału cenowego: 10,3% - 12% łącznej ceny netto oferty - Wykonawca zaproponował cenę netto 526 000,00 zł, stanowiącą 9,9% łącznej ceny netto oferty;*
- c) w poz. 4, której zakres dotyczył wyceny realizacji usługi w ramach Opcji III, przy zachowaniu przedziału cenowego: 7,9% - 9,2% łącznej ceny netto oferty - Wykonawca zaproponował cenę netto 400 150,00 zł, stanowiącą 7,5% łącznej ceny netto oferty.”*

W dalszej kolejności Odwołujący TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wskazał, że nawet przyjęcie słuszności poglądu Zamawiającego co do tego, że należało odnieść podział procentowy do sumy ceny ofertowej dla okresu robót i gwarancji, to należy podkreślić, że Zamawiający nie określił w treści SWZ sankcji za niedochowanie wskazanych przez Zamawiającego limitów oraz nie wskazał, z którym zapisem SWZ oferta Odwołującego jest niezgodna.

Odwołujący podkreślił, że także dwaj inni wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia przyjęli sposób wyliczenia zgodny ze sposobem przyjętym przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji spowodowanych błędnym sporządzeniem SWZ przez Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 2. Odwołujący podniósł, że przeczy temu, by wynagrodzenie wskazane w ofercie obejmowało okres 22 miesięcy. Jak wskazał Odwołujący, rozpisanie w harmonogramie i w wyjaśnieniach okresu podstawowego – 22 miesięcznego – wynika z wezwania do złożenia wyjaśnień. W załączniku nr 1 Zamawiający nakazał uzupełnić tabelę o następującej formie:

Część I
---------



Lp.	Składniki cenotwórcze	Liczba miesięcy uwzględnionych w ofercie zgodnie z wymaganiami opz dla prawidłowej realizacji umowy	Stawka netto/mc	Koszt całkowity	Okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę wraz z dowodami (określić, wskazać, gdzie się znajdują, np. który załącznik, strona lub jednoznaczne określenie do dowodu lub jego części).
				[5]=[3]*[4]	
1	2	3	4	5	6
1.	Personel Wykonawcy – na etapie projektowania i realizacji robót				
1.1.	Inżynier kontraktu				
1.2	Inżynier Rezydent				

Odwołujący wskazał, że to Zamawiający narzucił sposób rozdzielenia i do jego wytycznych Odwołujący się zastosował.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że koszty związane z wydłużeniem, prawem opcji etc. znajdują się w części nr 4:

4.	Inne koszty nieuwjęte w niniejszym zestawieniu	Wartość netto	Okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę wraz z dowodami
1	2	3	4
4	Inne koszty nieuwjęte w niniejszym zestawieniu		

Odwołujący podniósł, że w żadnej innej części tabel przekazanych przez Zamawiającego nie mógł uwzględnić tych informacji.

W odniesieniu do uprawnienia Zamawiającego co do uruchomienia prawa opcji Odwołujący wskazał, że „(...) nie można się zgodzić z dość specyficznym wyliczeniem Zamawiającego, który podzielił kwotę kosztu za okres podstawowy przez okres jego trwania (*tajemnica przedsiębiorstwa*). Następnie otrzymaną kwotę miesięczną pomnożył przez okres 31 miesięcy i otrzymał sumę kosztów dla okresu podstawowego i prawa opcji w kwocie: (*tajemnica przedsiębiorstwa*) i na tej podstawie wysnuwa wniosek, iż przedmiotowa kwota jest kwotą niewystarczającą. Po pierwsze - dokonując powyższych wyliczeń Zamawiający wszedł w rolę wykonawcy i niejako w imieniu wykonawcy dokonał szacowania oferty. Niemniej jednak Odwołujący nie szacował ceny oferty w taki sposób, w jaki uczynił to Zamawiający w swoich obliczeniach. Po drugie - zastosowany przez Zamawiającego uproszczony zabieg matematyczny nie ma nic wspólnego z ekonomiką prowadzenia usługi, trudno przyjąć założenie Zamawiającego, że np. inspektor ds. zieleni albo weryfikator dokumentacji projektowej będzie pracował bez przerw przez 31 miesięcy. (...). Jeśli Zamawiający miał jakieś wątpliwości co do uszczegółowienia okresu opcji, mógł go uszczegółowić w przesłanym załączniku nr 1, a nie zostawić jedynie tabelę zawierającą „Inne koszty”. Pominął ten aspekt również w samym wezwaniu, a próbuje w chwili obecnej wynieść z niego skutki prawne dla Odwołującego. Nawet odbiegając od merytoryki sposobu wyliczeń Zamawiającego i przyjąc je jako poprawne to kwota wskazana przez Zamawiającego mieści się w ofercie Wykonawcy i nie wiemy, z jakich powodów Zamawiający twierdzi, że jest niewystarczająca. Tym bardziej, że została poparta środkami dowodowymi. Zamawiający musiałby udowodnić, że koszt wykonania umowy wskazany w Wyjaśnieniach nie obejmuje wszystkich rzeczywistych kosztów realizacji umowy. A tego nie wskazał. (...)”

Następnie Odwołujący wskazał, że załącznik nr 1 i 2 do pisma TPF/2022/3000/AF/142 wskazuje przedmiotowe koszty bardzo szczegółowo. Koszt (bez uwzględnienia zysku), ale z uwzględnieniem kosztów ogólnych dla prawa opcji oraz wynoszą (*tajemnica przedsiębiorstwa*) PLN. Przy ofercie Wykonawcy za okres podstawowy (bez dodania prawa opcji której część kosztów jest ujęta) wynosi (*tajemnica przedsiębiorstwa*) PLN.

Odnosząc się do wynagrodzenia specjalisty do spraw roszczeń Odwołujący wskazał, że „(...) nie określono w zapisach SWZ jak to nazywa Zamawiający „wyłącznie”. Zgodnie z Projektowanymi Postanowieniami Umowy, § 10 Ogólne obowiązki Konsultanta, ust. 10

„Konsultant oraz osoby, przy pomocy których wykonuje zamówienie, w tym Podwykonawcy Konsultanta, zobowiązani są zawsze działać zgodnie z przepisami oraz z zasadami postępowania obowiązującymi w ich zawodzie. W szczególności zobowiązani są powstrzymać się od wszelkich publicznych oświadczeń dotyczących Umowy i Kontraktu bez uzyskania wcześniejszej zgody Zamawiającego, jak również od angażowania się w jakąkolwiek działalność pozostającą w konflikcie z ich zobowiązaniami wobec Zamawiającego, wynikającymi z Umowy. Konsultant oraz osoby, przy pomocy których wykonuje zamówienie, w tym Podwykonawcy Konsultanta, zobowiązani są wstrzymać się od *wszelkich czynności i działań sprzecznych z interesem Zamawiającego.*”

Zgodnie z przedmiotowym zapisem Konsultant nie może zaangażować się uniemożliwiającą mu realizowanie przedmiotowej umowy, co nie świadczy o jak to nazwał Zamawiający „wyłącznieści”. Personel, przy pomocy którego Wykonawca realizuje umowę, ma być do dyspozycji oraz wykonywać umowę zgodnie z jej wymaganiami zapewniając ciągłość prac. Wskazana przez Odwołującego stawka (*tajemnica przedsiębiorstwa*) netto/dzień pracy eksperta ds. roszczeń, poparta oświadczeniem pracownika na stałe związanego z Odwołującym i pracującym na terenie Warszawy jest w opinii Odwołującego wystarczającym środkiem dowodowym i trudno w przedmiotowym aspekcie odnieść się spostrzeżeń Zamawiającego, tym bardziej że w przypadku innego eksperta o tożsamej stawce (tj. Inspektora nadzoru robót drogowych ze stawką (*tajemnica przedsiębiorstwa*) netto/dzień) Zamawiający nie podniósł już żadnych zastrzeżeń - a tym samym należy uznać, że uznał ją za rynkową.”

Odnosząc się do promes Odwołujący wskazał, że oświadczenia miały potwierdzać przyjęty poziom kosztowy, a nie udowodniać formę zatrudnienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie postawił warunku wyłączności.

W odniesieniu do kosztu wynajmu biura Odwołujący wskazał, że przedstawił dwie przykładowe oferty wynajmu biura w rejonach inwestycji w kwocie stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego twierdzenie Zamawiającego o cenach rzędu 80 zł/m<sup>2</sup> odbiega od stawek, za które można wynająć biuro we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie określił wielkości wymaganego biura. Twierdzenie na przedmiotowym etapie, że wymagane jest co najmniej 250-300 m stanowi w ocenie Odwołującego zmianę opisu przedmiotu zamówienia. Jeśli

Zamawiający chciał podać limit minimalnej wielkość biura, to miał obowiązek bezpośrednio określić to w specyfikacji.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, co następuje.

„(...) Na każdego z pracowników jednocześnie zatrudnionych w pomieszczeniach stałej pracy powinno przypadać co najmniej 13 m<sup>3</sup> wolnej objętości pomieszczenia oraz co najmniej 2 m<sup>2</sup> wolnej powierzchni podłogi (niezajętej przez urządzenia techniczne, sprzęt itp.). Tymczasem Zamawiający wskazuje, że ma to być 7 - 10 m<sup>2</sup> na 1 osobę - nie wskazując jednak żadnej podstawy prawnej. Podobnie niezasadne są zarzuty Zamawiającego w zakresie liczby osób pracujących na stałe w biurze. Realizacja przedmiotowego kontraktu powierzona będzie osobom, które swoje czynności z racji charakteru pracy wykonują głównie na placu budowy. Trzon zespołu, który głównie będzie przybywał w biurze składa się z 6 osób personelu kluczowego oraz personelu biurowego. Zgodnie z kalkulacjami Odwołującego przedstawionego w wyjaśnieniach średnia ilość osób przebywających w biurze nie przekroczy 15-tu osób i zależna jest od zaawansowania inwestycji. Przyjęcie przez Zamawiającego ciągłej pracy ponad 20 osób w biurze w sposób ciągły nie ma żadnego poparcia ani w zapisach OPZ ani w realiach realizacji inwestycji. Przyjęta przez Odwołującego wielkość biura jest w zupełności wystarczająca do realizacji przedmiotowej usługi.”

Odnosząc się do wymogu lokalizacji biura w odległości nie większej niż 3 km od placu budowy Odwołujący wskazał, że „(...) zorganizowania biura w jednym budynku rozumie wynajęcia dużej powierzchni w ramach jednego, korzystającej np. ze wspólnej części i infrastruktury, a nie umieszczenie zespołów z dwóch kontraktów w jednym biurze. Odwołujący w żadnym miejscu nie wskazał również o biurze oddalonym o 3 km od inwestycji, czego doczytał się zamawiający.”

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 3. Odwołujący podniósł, że „(...) wykazał w Zarzucie 1, że jego oferta jest zgodna z SWZ i jako taka nie podlega odrzuceniu. Gdyby bowiem uznać, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z SWZ, to skutkiem tego musiałoby być przyjęcie, że Zamawiający nieprawidłowo sformułował SWZ i niejako „wprowadził wykonawców w błąd” co do tego, jak należy szacować procentowy udział poszczególnych części. Prowadziłoby to do konkluzji, że opis przygotowania oferty uniemożliwia w istocie dokonanie oceny i wybór najkorzystniejszej oferty, a to z kolei skutkowałoby koniecznością zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, tj. koniecznością

unieważnienia postępowania z powodu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zdaniem Odwołującego możliwe są bowiem w sposoby przygotowania oferty - oba zgodne z SWZ. Jeśli jednak Zamawiający uznaje tylko 1 sposób za zgodny z SWZ - to znaczy, że postępowania obarczone jest wadą.”

Pismem z dnia 6 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na poparcie wniosku.

Pismem z dnia 6 czerwca 2022 r. Przystępujący Wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy złożyli stanowisko procesowe, w którym wnieśli o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentacje na poparcie złożonego wniosku.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, po rozpatrzeniu na rozprawie dwóch wniesionych odwołań, z uwzględnieniem treści złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych na piśmie wraz z załącznikami oraz na rozprawie do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje i rozstrzygnęła, jak wskazano w sentencji wyroku, kierując się motywami przedstawionymi poniżej.

Izba ustaliła, że w zakresie żadnego z odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że Odwołujący ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a tym samym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wskazane w przepisie art. 513 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego ZBM S.A. w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygnaturą akt: KIO 1352/22 złożył Wykonawca ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygnaturą akt: KIO 1352/22 złożyli następujący Wykonawcy:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy;
2. Wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy do postępowania odwoławczego oznaczonego sygnaturą akt KIO 1352/22 po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie za pośrednictwem poczty elektronicznej w sposób niezgodny z dyspozycją przepisu art. 508 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Tym samym Izba uznała przystąpienie zgłoszone przez Wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie za nieskuteczne.

Izba ustaliła, że Wykonawca ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie, którego oferta została odrzucona w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie posiada interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której zgłosił przystąpienie. Oferta złożona przez ww. Wykonawca została odrzucona i jednocześnie czynność ta nie została w terminie zaskarżona, zatem jest ostateczna. Tym samym Izba uznała przystąpienie zgłoszone przez Wykonawcę ECM Group S.A. z siedzibą w Warszawie za nieskuteczne.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygnaturą akt KIO 1384/22 złożył Wykonawca ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygnaturą akt KIO 1384/22 złożyli następujący Wykonawcy:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy;
2. Wykonawca ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz Wykonawcy ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygnaturą akt KIO 1384/22 po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Wykonawca ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie, którego oferta została odrzucona w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie posiada interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której zgłosił przystąpienie. Oferta złożona przez ww. Wykonawca została odrzucona i jednocześnie czynność ta nie została w terminie zaskarżona, zatem jest ostateczna. Tym samym Izba uznała przystąpienie zgłoszone przez Wykonawcę ECM Group S.A. z siedzibą w Warszawie za nieskuteczne.

### **Sygn. akt KIO 1352/22**

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny**

Izba ustaliła oraz przyjęła następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją Kontraktu pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji Budowa trasy tramwaju szybkiego od ul. Kasprzaka do Wilanowa na odcinkach: od ul. Puławskiej do ul. Św. Bonifacego i pętli Stegny oraz od ul. Św. Bonifacego do ul. Branickiego.

Zgodnie z punktem 2.1. ppkt 10) rozdziału II SWZ Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, że Eksperci Kluczowi wchodzący w skład Personelu Konsultanta, zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy nie będą w okresie trwania Umowy podejmowali innych zajęć zarobkowych, niezwiązanych z zakresem wykonywanych obowiązków w ramach Umowy, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

Zgodnie z punktem 2.1. ppkt 11) rozdziału II SWZ, Zamawiający nie wyrazi zgody, o której mowa w ppkt. 10, jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar spowoduje wystąpienie konfliktu interesów.

W odpowiedzi na pytanie oznaczone numerem 22 o treści „Dotyczy OPZ Pkt 2.1.10) - prosimy o ograniczenie opisanego w pkt. 10) zakazu podejmowania innych zajęć zarobkowych, niezwiązanych z zakresem wykonywanych obowiązków w ramach niniejszej Umowy w odniesieniu do Personelu Kluczowego:

- a) tylko do funkcji Inżyniera Kontraktu oraz Inżyniera Rezydenta jako osób stałe pełniących funkcje kierownicze na Kontrakcie (pozostali eksperci w tym specjalista ds. rozszczeń, inspektorzy nadzoru danej specjalności winni być dyspozycyjni jedynie w okresach niezbędnych do prawidłowej realizacji Usługi na danym etapie realizacji Umowy) oraz
- b) tylko do okresu realizacji Robót, a nie całego okresu trwania Umowy.

Opisane przez Zamawiającego ograniczenie dotyczące wszystkich Ekspertów Kluczowych (w praktyce wymóg pełnoetatowej dyspozycyjności na potrzeby niniejszej umowy) nie znajduje uzasadnienia w okresie projektowania oraz w okresie gwarancji zgłaszania wad jednocześnie generuje nadmierne koszty realizacji przedmiotowej usługi" – Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę SWZ i jednocześnie zwraca uwagę, że zgodnie z zapisem pkt 2.1.10 oraz 2.1.11 OPZ Zamawiający może wyrazić zgodę na podejmowanie innych zajęć zarobkowych, niezwiązanych z zakresem wykonywanych obowiązków w ramach niniejszej Umowy w sytuacji, gdy ich rozmiar nie spowoduje wystąpienia konfliktu interesów”.

W odpowiedzi na pytanie nr 43 do SWZ o treści: „§ 10 ust. 10 - Konsultant wnosi o zdefiniowanie działalności pozostającej w konflikcie z ich zobowiązaniami wobec Zamawiającego, Zamawiający wyjaśnił, iż „jako konflikt interesów Zamawiający w szczególności uzna wykonywanie przez osoby wskazane w § 10 ust. 10 takich czynności, które będą kolidowały albo uniemożliwiały wykonywanie obowiązków w ramach niniejszej Umowy”.



Zamawiający oszacował wartość zamówienia (po zaktualizowaniu) na kwotę 15 734 490,27 zł (w tym: 9 340 767,22 zł wartość zamówienia podstawowego, 4 963 314,84 zł wartość zamówień z prawa opcji oraz 1 430 408,21 zł wartość zamówień podobnych).

Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 11 marca 2022 r. wezwał Odwołującego oraz czterech innych wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia, których ceny były niższe co najmniej o 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, do złożenia wyjaśnień wraz z przedstawieniem szczegółowej kalkulacji ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, co następuje:

„(...) Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w celu ustalenia czy zaofferowana cena całkowita oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Zaofferowana cena całkowita 5 969 754,04 zł stanowi 57,41% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (jest o 42,59% niższa), wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji warunków zamówienia.

Dowody dotyczące wyliczenia ceny, o których mowa powyżej, powinny być złożone w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem świadczonych usług;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;
- 3) oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wymaga, aby złożone wyjaśnienia obejmowały co najmniej:

- 1) sporządzenie kalkulacji/tabeli kosztowej, która będzie zawierać co najmniej elementy zgodne z treścią załącznika nr 1 do niniejszego pisma;
- 2) wskazanie przyjętych założeń sporządzenia wyceny oferty;  
i zawierały wykaz załączonych dowodów.”

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 23 marca 2022 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacją, zastrzegając część wyjaśnień jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień wskutek czego, pismem z dnia 4 kwietnia 2022 r. wezwał Odwołującego do ich doprecyzowania wskazując, w jakim zakresie wymaga uszczegółowienia wyjaśnień. W treści wezwania Zamawiający wskazał, co następuje.

„(...) Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy zaoferowana cena całkowita oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o doprecyzowanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zakresie:

- 1) przyjętego terminu realizacji zamówienia, gwarancji i zgłaszania wad oraz wynagrodzenia Personelu Wykonawcy na etapie projektowania i realizacji robót oraz na etapie gwarancji i zgłaszania wad – w tym wskazania podstawy przyjęcia okresu odpowiednio 30 i 60 miesięcy zaangażowania ww. grup personelu;

- 2) wynagrodzenia Ekspertów Kluczowych – w tym wskazania czy osoby te będą zaangażowane w realizację Umowy „na wyłączność” Zamawiającego, czy też równolegle będą wykonywały zadania przy realizacji innych kontraktów; jeśli zostało przyjęte zaangażowanie Ekspertów Kluczowych „częściowe” (nie na wyłączność) należy podać, w jakim wymiarze czasu (przez ile dni/godzin w tygodniu) Eksperti Kluczowi będą realizować zadania wynikające z przedmiotowej Umowy;

- 3) kosztu uzyskania polisy ubezpieczenia OC działalności i OC zawodowej – w tym wskazania, jakie przyjęto założenia do wyliczenia kosztu tej polisy;

4) kosztu uzyskania (gwarancji) zabezpieczenia należytego wykonania umowy – w tym wskazania, jakie przyjęto założenia do wyliczenia kosztu tej polisy.”

Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie złożył doprecyzowanie wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny, zastrzegając je częściowo jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny i uznał, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 13 maja 2022 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, przekazując informację o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji oraz Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający podał następujące uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego:

„Zamawiający po analizie złożonych wyjaśnień i dowodów dot. kalkulacji ceny oferty stwierdził, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na poniższe. 1) odnośnie wynagrodzenia Personelu Konsultanta Zgodnie z rozdziałem II SWZ punkt 2.2 Zamawiający określił minimalne wymaganie w zakresie Personelu Konsultanta skierowanego do realizacji Umowy, wskazując, że w szczególności personel Konsultanta stanowi: a) Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci); b) Personel biurowy i pomocniczy (dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania Robót – min. 2 osoby, dla okresu gwarancji i zgłaszania wad – min. 1 osobę niezbędną do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia, np.: sekretariat, obsługa techniczno-administracyjna, itp.). W punkcie 2.2.2 został wskazany Personel Konsultanta, który Wykonawca zobowiązany jest utworzyć na etapie Projektowania i Zgłaszania Wad, jednocześnie punkt 2.2.1 jednoznacznie określa, że przedstawiona przez Zamawiającego lista personelu nie jest wyczerpująca i stanowi minimalne wymagania Zamawiającego: „Przedstawiona poniżej lista Personelu Konsultanta nie jest wyczerpująca i stanowi minimalne wymagania Zamawiającego. Konsultant zobowiązany jest zwiększyć (w ramach wynagrodzenia) liczbę Personelu samodzielnie oraz na wezwanie Zamawiającego, jeżeli wymagana liczba minimalna nie zapewnia sprawnej realizacji Umowy.” Do indywidualnej oceny Wykonawcy Zamawiający pozostawił określenie jaki inny personel powinien zostać przewidziany do realizacji Zamówienia, co Wykonawca powinien uczynić w oparciu o

posiadane doświadczenie i profesjonalizm zawodowy. Wykonawca w ramach udzielonych wyjaśnień przedstawił kalkulację oferty w szczególności (podano wartości netto): – wynagrodzenia personelu na etapie projektowania i robót budowlanych – (tajemnica przedsiębiorstwa) zł – wynagrodzenia personelu na etapie gwarancji i zgłaszania wad - (tajemnica przedsiębiorstwa) zł – pozostałe koszty w tym zysk, utrzymanie biura, koszty ubezpieczenia etc.: (tajemnica przedsiębiorstwa) zł – inne koszty w tym koszty spełnienia wymagań określonych w SWZ: (tajemnica przedsiębiorstwa) zł co stanowi łącznie cenę oferty: 4 853 458,57 zł z czego koszty samego personelu to (tajemnica przedsiębiorstwa) zł co stanowi ~ (tajemnica przedsiębiorstwa) % wartości całkowitej ceny oferty! Zamawiający w SWZ podzielił usługę na zakres podstawowy i Opcje I-III, przy czym uruchomienie Zamówienia w ramach opcji jest prawem Zamawiającego, którego realizacji Wykonawca nie może odmówić i w żaden sposób nie wpływa na minimalne wymagania określone w SWZ (w tym zakres zaangażowania ekspertów), inaczej Wykonawcy przysługuje jedynie gwarantowane wynagrodzenie za realizację Zakresu Podstawowego – zgodnie ze złożoną ofertą wynosi 3 018 475,08 zł netto. W oparciu o wyjaśnienia Wykonawcy Wynagrodzenie personelu przy realizacji jedynie zakresu podstawowego (przez okres 22 miesięcy) wyniesie (tajemnica przedsiębiorstwa) zł co stanowi (tajemnica przedsiębiorstwa) % ceny ofertowej pozostawiając niewystarczającą kwotę na pełne pokrycie pozostałych kosztów w tym ubezpieczeń, wynajęcia biura etc. Niezależnie od powyższego Zamawiający uważa, że ostateczna łączna wartość wynagrodzenia Personelu będzie znacznie wyższa od deklarowanej przez Wykonawcę i w efekcie nie pozwoli na właściwe świadczenie usługi w szczególności: a) Wysokość wynagrodzenia ekspertów, w szczególności ekspertów kluczowych została zaniżona w stosunku do stawek rynkowych, przyjęcie w kalkulacji poziomu wynagrodzenia ekspertów na poziomie np.: – Inżynier Kontraktu – (tajemnica przedsiębiorstwa) zł netto daje realną wysokość wynagrodzenia „na rękę” eksperta (po odliczeniu obciążeń podatkowych i składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne) na poziomie około (tajemnica przedsiębiorstwa) zł; – Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (T) (z doświadczeniem torowym) – (tajemnica przedsiębiorstwa) zł netto daje realną wysokość wynagrodzenia „na rękę” eksperta (po odliczeniu obciążeń podatkowych i składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne) na poziomie około (tajemnica przedsiębiorstwa) zł – Specjalista ds. roszczeń – (tajemnica przedsiębiorstwa) zł netto daje realną wysokość wynagrodzenia „na rękę” eksperta (po odliczeniu obciążeń podatkowych i składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne) na poziomie około

(tajemnica przedsiębiorstwa) zł; – powyższe stawki przy założeniu „wyłącznie” i oczekiwanego profesjonalizmu eksperta nie pozwolą na jego zatrudnienie (zgodnie z wymogami Zamawiającego ekspert powinien posiadać wykształcenie wyższe, 24 miesięczne doświadczenie przy realizacji inwestycji przy konkretnych parametrach wskazanych przez Zamawiającego). b) Przedłożone promesy umów nie potwierdzają skierowania kluczowych ekspertów do realizacji umowy w formule wyłączności. c) Przedstawiony bufor kosztów dodatkowych nie pozwala na skierowanie do realizacji Umowy dodatkowych specjalistów czy zabezpieczenia kosztów zastępstw w przypadku nieobecności Personelu Konsultanta. Z doświadczenia Zamawiającego przy podobnych inwestycjach wynika, że zakres robót budowlanych przy założonym czasie realizacji z dużym prawdopodobieństwem będzie wymagał większego zaangażowania, w tym udziału dodatkowego personelu, co Zamawiający wskazał w pkt 2.2.1 OPZ „Konsultant zobowiązany jest zwiększyć (w ramach wynagrodzenia) liczbę Personelu samodzielnie oraz na wezwanie Zamawiającego, jeżeli wymagana liczba minimalna nie zapewnia sprawnej realizacji Umowy”. Przyjęta przez Wykonawcę kwota wskazana w kalkulacji ceny ofertowej – poz. 4 „Inne koszty nieujęte w niniejszym zestawieniu” w ocenie Zamawiającego uniemożliwi pokrycie kosztów dodatkowego personelu. d) W wyjaśnieniu przyjęto zbyt krótki okres realizacji świadczenia usługi dla całego zakresu (tj. razem z zakresem opcji) w kalkulacji ceny uwzględniono okres 30 miesięcy, gdzie maksymalny czas świadczenia usługi nad etapem projektowania i realizacji robót to 31 miesięcy (20 miesięcy na realizacji opcji + 10 miesięcy na jej uruchomienie + 1 miesiąc na mobilizację od podjęcia decyzji o uruchomieniu opcji, co łącznie daje 31 miesięcy). e) Łączna wartość wynagrodzenia personelu Wykonawcy stanowi główną pozycję kosztową usługi i jest obciążona największą niepewnością. Wykonawca zdaniem Zamawiającego (jak wskazano w lit. c powyżej) nie przewidział w cenie oferty ewentualnej konieczności zwiększenia liczby personelu z uwagi na technologię wykonywania prac budowlanych czy też z tytułu uruchomienia opcji przez Zamawiającego. Jeszcze raz należy podkreślić, iż Zamawiający podał minimalną liczbę personelu Wykonawcy zastrzegając ewentualną konieczność zwiększenia tej liczby. Na podstawie przekazanych wyjaśnień Zamawiający wnioskuję, że Wykonawca nie przewidział żadnej rezerwy na poczet zwiększenia zaangażowania personelu, a rezerwa na pozostałe koszty nie pozwala na zwiększenie jego zaangażowania, co w konsekwencji nie pozwoli na prawidłowe świadczenie usługi przez Wykonawcę. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający stwierdza, że założone koszty personelu są zaniżone i nie pozwalają na kompleksowe świadczenie

usługi w okresie realizacji kontraktu z Generalnym Wykonawcą robót. 2) Odnosnie pozostałych kosztów Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy dla zapewnienia realizacji pozostałych wymagań SWZ oraz zabezpieczenia kosztów funkcjonowania i zysku Wykonawcy została przewidziana kwota łączna (tajemnica przedsiębiorstwa) zł, przy czym dla realizacji zakresu podstawowego kwota ta wynosi jedynie (tajemnica przedsiębiorstwa) zł. W ramach wyjaśnień w części dotyczącej pozostałych kosztów Wykonawca określił m. in. koszt wynajęcia i utrzymania biura Inżyniera Kontraktu na kwotę (tajemnica przedsiębiorstwa) zł, co daje koszt miesięczny (tajemnica przedsiębiorstwa) zł. Biorąc pod uwagę wymagania określone w punkcie 2.3 rozdziału II SWZ dotyczące lokalizacji „w obrębie m.st. Warszawy w odległości nie większej niż 3 km od placu budowy” oraz średnie ceny netto najmu powierzchni biurowych w obszarze dzielnicy Śródmieście, Mokotów i Wilanów na poziomie 60 – 80 zł/ m<sup>2</sup> i minimalnej powierzchni uwzględniającej spełnienie wymagań SWZ oraz zapewnienie miejsca do pracy dla personelu Konsultanta, sali konferencyjnej, pomieszczenia dla Zamawiającego, etc. oszacowana wartość jest zaniżona. Zgodnie z SWZ rozdział II OPZ punkt 2.3 Konsultant powinien zabezpieczyć powierzchnię biurową spełniającą wymagania ustawodawcze w tym: „Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (t.j. Dz. U. 2003 r. Nr 169 poz. 1650 z późn. zm.)”, które określa minimalne wymagania w zakresie wysokości pomieszczeń pracy biurowej oraz minimalne ilości „wolnej powierzchni podłogi” oraz „wolnej objętości pomieszczenia”, co należy rozumieć jako powierzchnię i przestrzeń nie zajęta przez stałe wyposażenie biurowe, co pozwala na szacunkowe określenie minimalnej powierzchni biura konsultanta zgodnie z wymaganiami SWZ: – sala konferencyjna dla 25 osób wyposażona w stół, krzesła i rzutnik multimedialny – wg. Wytycznych wskaźnikowych przy określaniu wymaganej powierzchni dla ustawienia stołu w tzw. podkowę należy przyjąć ~2 do 2,5 m<sup>2</sup>, co daje minimalny rozmiar sali konferencyjnej około 50 m<sup>2</sup> ; – pomieszczenie dla Kierownika Projektu Zamawiającego ~ 10 m<sup>2</sup> ; – pomieszczenia pracy dla Personelu Konsultanta, przyjmując jednoczesną pracę 20 osób (w tym personel biurowy) dla spełnienia wymagań SWZ i obowiązujących przepisów wymagane jest zapewnienie około 7-10 m<sup>2</sup> dla jednej zatrudnionej osoby; Mając na uwadze powyższe i przy uwzględnieniu powierzchni zajętej dla potrzeb komunikacji, zaplecza sanitarnego i socjalnego należy przyjąć wielkość biura konsultanta na poziomie 250-300 m<sup>2</sup> (powyższe nie uwzględnia indywidualnych ofert najmu i konfiguracji dostępnej powierzchni biurowej, która może wymusić dodatkowe powiększenie „metrażu” biura Konsultanta) co daje jedynie

koszt wynajmu miesięcznego na poziomie 15.000 zł. Wartość najmu należy powiększyć o koszty miejsc parkingowych i opłat eksploatacyjnych (koszty energii elektrycznej, sprzątnięcia, dostępu do sieci Internet, inne media – zakres kosztów eksploatacji nieruchomości wpływających na rzeczywisty koszt wynajmu biura został określony w art. 5 umowy najmu - przedłożonej przez Wykonawcę wraz z wyjaśnieniami RNC). Przedłożona Umowa najmu biura przy ulicy Cybernetyki nie pozwala na potwierdzenie deklarowanego kosztu najmu i utrzymania powierzchni biurowej, wysokość czynszu i innych opłat została ukryta, Umowa została zawarta na krótszy okres najmu i co kluczowe - biuro nie spełnia wymagań Zamawiającego w szczególności dot. postanowień rozdziału II SWZ punkt 2.3 ppkt 1 lit. g) oraz ppkt 2 lit. a). Szacunkowa łączna wartość najmu powierzchni (25 tys. zł/ m-sc) dla okresu 31 miesięcy to kwota 775 tys. zł. Dla Zakresu podstawowego wyniesie ona odpowiednio kwotę 550 tys. zł. Uwzględniając tylko powyższe koszty utrzymania powierzchni biurowej oraz zestawiając to z pozostałymi wymaganiami SWZ m. in. kosztami: – utrzymania gwarancji i ubezpieczenia, – kosztami cyfrowego dokumentowania robót, w tym realizacji zdjęć „z powietrza”, montażu i utrzymania monitoringu TimeLapse, – kosztami transportu, paliwa, ubezpieczeń pojazdów, leasingów etc., – kosztami sprzętu biurowego, stanowisk roboczych, drukarek, materiałów eksploatacyjnych – innymi nieuwzględnionymi powyżej, Zamawiający stwierdza, że cena oferty jest rażąco niska i nie pozwala na prawidłową realizację Zamówienia Przy założeniu realizacji jedynie zakresu podstawowego koszty Personelu w zakresie minimalnych wymagań Zamawiającego i przy wykazanych w punkcie 1 zaniżonych stawkach wynagrodzeń ekspertów kluczowych oraz utrzymania biura przekraczają cenę ofertową o kwotę ~175 000,00 zł. Przy założeniu realizacji pełnego zakresu Umowy tj. również „zakresu prawa opcji” w pełnym zakresie bufor wynagrodzenia wyniesie ~ (tajemnica przedsiębiorstwa) zł co w żaden sposób nie pozwoli na wypłatę wynagrodzeń dodatkowego personelu, którego zaangażowanie będzie niezbędne m. in. z uwagi na realizację większego zakresu robót oraz wygenerowanie Zysku i spełnienie innych wymagań SWZ z których tylko niektóre wyspecyfikowano powyżej. Uzasadnienie prawne: zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.”

**Izba zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że odwołanie wniesione przez Wykonawcę ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że zarzuty wskazane przez Odwołującego ZBM S.A. nie znalazły potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym ustalonym na podstawie dokumentacji postępowania.

Tytułem wstępu należy wskazać, że w sytuacji stwierdzenia zaistnienia przesłanek do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, na wykonawcy ciąży ustawowy obowiązek do wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z brzmienia przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp wprost wynika, że fakt zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zasadą jest, że wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, uzasadniające podaną w ofercie cenę w sposób rzeczywisty oraz wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Podkreślenia wymaga, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie Zamawiający miał możliwość jednoznacznego ustalenia, że cena oferty nie ma charakteru rażąco niskiego. Efektem złożonych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione – a tym samym obalenie domniemania, że zaoferowana przez wezwanego wykonawcę cena jest rażąco niska (zob. wyrok KIO z dnia 8 marca 2022 r., sygn. akt KIO 383/22).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty postawione w odwołaniu, tj. zarzut naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako zawierającej cenę rażąco niską i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Transprojekt, podczas gdy oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej, co zostało wyjaśnione i



udowodnione w toku postępowania i tym samym powinna zostać oceniona i uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Zgodnie z ustaleniami Izby, w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wezwał Odwołującego ZBM S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, ponieważ cena zaoferowana przez tego wykonawcę była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Konsekwencją wezwania wystosowanego przez Zamawiającego było obciążenie Odwołującego obowiązkiem obalenia domniemania, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, pod rygorem odrzucenia złożonej przez niego oferty. Tym samym, wobec ziszczenia się ustawowej przesłanki do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny z uwagi na osiągnięcie poziomu co najmniej 30% niższego od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, fakt zawyżenia szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego pozostaje bez wpływu na zasadność wezwania skierowanego do Odwołującego w zakresie ceny.

Izba wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wraz z załącznikami w zakresie ceny rażąco niskiej uznała za nieuzasadniające ceny podanej w ofercie. Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny. Złożone przez niego wyjaśnienia, choć poparte dowodami, to jednak cechowały się ogólnością, nie przedstawiały okoliczności o charakterze szczególnym, które mogą mieć odniesienie wyłącznie do odwołującego. Ponadto Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał jednoznacznego związku, jaki powinien zaistnieć między okolicznościami, na które się powołuje, a realną możliwością uzyskania oszczędności. Izba uznała za trafne w tym zakresie stanowisko wyrażone przez Zamawiającego oraz przez Przystępującego Transprojekt Gdański Sp. z o.o. oraz B-Act Sp. z o.o. sprowadzające się do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie wykazały, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

W szczególności Izba wzięła pod uwagę fakt, że najistotniejszym spośród elementów cenotwórczych usługi objętej niniejszym przedmiotem zamówienia było wynagrodzenie Personelu konsultanta. Tymczasem Odwołujący, jak słusznie ocenił Zamawiający, skalkulował wynagrodzenie na poziomie, którego rynkowego i realnego charakteru w żaden sposób nie wykazał, a który budził uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający w

ocenie Izby słusznie zwrócił uwagę na takie okoliczności, jak odpowiednie wykształcenie oraz doświadczenie zawodowe wymagane od osób wchodzących w skład Personelu konsultanta, co powoduje odpowiedni wzrost wynagrodzenia. Także w ocenie Izby zasady logicznego rozumowania prowadzą do wniosku, że takie okoliczności, jak prestiż pełnionej funkcji, wiążą się raczej ze stosownym wzrostem wynagrodzenia za jej pełnienie, niż z praktyką podejmowania takich funkcji za wynagrodzenie poniżej rynkowych możliwości, nieadekwatne do posiadanych kwalifikacji, co rekompensowane jest prestiżem bądź chęcią zdobycia doświadczenia zawodowego. Izba tę argumentację Odwołującego uznała za niedającą się pogodzić z powszechnie znanymi praktykami rynku pracy i zasadami logicznego rozumowania oraz wyciągnęła z niej wnioski odmienne od tych, które postuluje Odwołujący. W ocenie Izby bowiem prestiż wykonywanej funkcji oraz wymagane do jej pełnienia kompetencje i doświadczenie stanowią istotny czynnik wzrostu wynagrodzenia. Charakter pracy osób skierowanych na stanowiska Personelu konsultanta jest na tyle wymagający i generujący konieczność posiadania stosownych kompetencji, doświadczenia oraz wykształcenia, że powoduje wzrost kosztów pracowniczych, ale jednocześnie nie cechuje go wyjątkowość i unikatowość, która mogłaby niezależnie i samodzielnie stanowić motywację do pracy umożliwiającą przyjęcie wynagrodzenia na poziomie poniżej stawek rynkowych.

Izba uznała, że Zamawiający słusznie ocenił, iż Odwołujący nie wykazał realności ceny odnoszącej się do wynagrodzenia Personelu konsultanta, która znacznie odbiega od pozostałych cen zaoferowanych przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Dostrzec należy, że wobec faktu, że koszty osobowe stanowią istotny czynnik kosztotwórczy, należy wskazać, że powinny one podlegać szczegółowemu uargumentowaniu w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sposób, który nie pozostawiałby wątpliwości i niejasności co do tego, czy wykonawca uwzględnił wszelkie wymagane koszty pracy na realnym poziomie. Za dalece niewystarczające należy w tym zakresie uznać stwierdzenie, że wszystkie wymagania opisane przez Zamawiającego w SWZ zostały uwzględnione. Na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego nie można jednoznacznie stwierdzić realnego charakteru ceny. W szczególności nie pozwala na to zaniżony w sposób nieuprawniony poziom wynagrodzeń Personelu konsultanta. Z kolei procentowy udział wynagrodzenia Personelu konsultanta w wartości ceny całkowitej netto za zakres podstawowy słusznie Zamawiający uczynił podstawą do stwierdzenia, że Odwołujący

nie przewidział wystarczającej rezerwy na pokrycie pozostałych kosztów wynikających z wymagań SWZ (koszt ubezpieczenia, najmu powierzchni biurowej, wygenerowania zysku) – na co Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych.

Ponadto Izba zwróciła uwagę, że argumenty Odwołującego sprowadzające się do takich ogólnych twierdzeń, jak profesjonalizm Odwołującego, doświadczenie w realizacji wielu kontraktów oraz znajomość aktualnej sytuacji rynkowej pozostają gołosłowne i nieudowodniony został ich realny wpływ na ukształtowanie ceny oferty. W szczególności Odwołujący nie wykazał, by były to okoliczności o charakterze wyjątkowym, które można przypisać tylko Odwołującemu. Ponadto Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób te okoliczności pozwolą wygenerować oszczędności oraz na jakim poziomie.

W odniesieniu do kosztu wynajmu powierzchni biurowej należy wskazać, że także w tym zakresie treść wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego była ogólna i zasadniczo sprowadzała się do twierdzeń dotyczących minimalizacji kosztów z uwagi jednoczesną realizację wielu kontraktów na terenie Warszawy. Odwołujący nie wykazał, by założona przez niego kalkulacja cenowa w tym zakresie miała charakter realny, nie dowiódł, że uwzględnił w niej całkowity koszt wynajmu, w tym koszt sprzątnia, ochrony, koszty administracyjne. Złożone przez niego dowody, wobec braku wykazania ich wpływu na wygenerowanie oszczędności oraz braku wykazania ich zgodności z wymaganiami ustalonymi w SWZ, Izba uznała za niepotwierdzające postulowanych przez odwołującego twierdzeń.

W odniesieniu do pozycji *inne koszty nieujęte w zestawieniu* Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, który podniósł, że Odwołujący nie przedstawił szczegółowej kalkulacji tej pozycji z uwzględnieniem dokładnych kosztów, które się w niej mieszczą. Tego rodzaju brak w złożonych wyjaśnieniach, wobec założeń przedstawionych przez Odwołującego w zakresie ceny zaoferowanej w ramach pozycji *wynagrodzenie personelu konsultanta* oraz *wynajem powierzchni biurowej*, prowadzi do uznania, że wartość przewidziana przez Odwołującego jako kwota rezerwowa jest nierealna w stosunku do skali kosztów przewidzianych dla tej pozycji.

Należy w tym miejscu dostrzec, że Odwołujący deklaruje, iż wiele innych kosztów niewykazanych we właściwych im pozycjach formularza lub których skalkulowanie nie zostało udowodnione (np. koszt dodatkowego miesiąca tzw. okresu mobilizacji, koszt związany z poniesieniem dodatkowych nieprzewidzianych kosztów na etapie realizacji

zamówienia) przewidział właśnie w pozycji *inne koszty nieujęte w niniejszym zestawieniu*, co – mając na uwadze jej wartość – również prowadzi do uznania, że Odwołujący nie wykazał realnego charakteru wartości tej pozycji oraz nie dowiódł uwzględnienia w niej wszystkich rzeczywistych kosztów nieujętych w innych pozycjach zestawienia.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego oparta została w dużej mierze na błędnych ustaleniach faktycznych oraz nieuzasadnionym przyjęciu założeń, które istotnie mogłyby wpłynąć na optymalizację kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, jednak z uwagi na ich niepewny charakter, nieuzasadnionym jest powoływanie się na nie w procesie kalkulacji ceny ofertowej. W szczególności Odwołujący niezasadnie przyjął, że możliwość uzyskania zgody Zamawiającego na dopuszczalność wykonywania przez Ekspertów Kluczowych innych zajęć zarobkowych stanowi zasadę w przedmiotowym postępowaniu. Izba ustaliła, że z przytoczonych w części uzasadnienia opisującej stan faktyczny postanowień SWZ oraz odpowiedzi na pytania udzielone do treści SWZ wynika, iż udzielenie przez Zamawiającego zgody na wykonywanie przez Ekspertów Kluczowych innych zajęć zarobkowych będzie mogło nastąpić na zasadzie wyjątku, pod warunkami określonymi w SWZ i podlegać będzie każdorazowej ocenie Zamawiającego. Podobnie w przypadku kolejnego z założeń przyjętych przez Odwołującego do stworzenia kalkulacji – przyjęcia koncepcji możliwości pracy Personelu konsultanta poza biurem. Jak wynika z dokumentacji postępowania (pismo Zamawiającego z dnia 3 lutego 2022 r, znak pisma: DWZ.261.108.2021.PB.MMS, L. Dz.230.2021), Zamawiający istotnie dopuścił pracę Personelu Konsultanta poza biurem Konsultanta, jednak w uzgodnieniu z Kierownikiem Projektu. Także taka możliwość ma charakter warunkowy i nie może stanowić wiążącej podstawy do wykazania realności zaoferowanej ceny. Podobną niezgodność Izba stwierdziła w argumentacji Odwołującego sprowadzającej się do twierdzenia, iż w treści SWZ Zamawiający nie wskazał, by do kalkulacji ceny koniecznym było przyjęcie okresu świadczenia usługi na poziomie 31 miesięcy. Izba przyjęła w tym zakresie twierdzenie Zamawiającego, zgodnie z którym postanowieniem par. 2 ust. 2 Kontraktu zawartego z Zamawiającym i Wykonawcą Robót w dniu 29 marca 2022 r., do którego odesłanie zostało zawarte w par. 2 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy, Zamawiający został zobowiązany do zapewnienia trzydziestodniowego okresu na przygotowanie wykonawcy do realizacji robót w oświadczeniu o skorzystaniu z prawa opcji. Odwołujący nie zakwestionował ww. twierdzenia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego Izba uznała, że Zamawiający w treści uzasadnienia uczynił zadość ustawowemu obowiązkowi podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Zamawiający, posługując się danymi zaprezentowanymi przez Odwołującego oraz z uwzględnieniem minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ, przeprowadził własne kalkulacje wskazujące, że koszty wynagrodzenia personelu oraz inne koszty zostały przez Odwołującego zaniżone. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego sprowadzające się do twierdzenia, że Zamawiający używa niezdefiniowanych i gołosłownych sformułowań, w istocie są próbą przerwania na Zamawiającego ciężaru dowodowego wykazania rażąco niskiego charakteru ceny. Tymczasem to na Odwołującym wezwanym do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ciąży obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze, że Odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiego, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił złożoną przez niego ofertę.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą i dokonania jej wyboru Izba uznała ten zarzut za bezprzedmiotowy. Oferta Odwołującego jako prawidłowo odrzucona nie podlegała ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, a przy braku zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Przystępującego Transprojekt Gdański Sp. z o.o. i B-Act Sp. z o.o. należy uznać, że została ona wybrana zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na brak potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania.

**Sygn. akt KIO 1384/22**

Izba jako okoliczności stanu faktycznego istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy ustaliła i przyjęła, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem I ust. 15 SWZ (Sposób obliczenia ceny ofert), cenę oferty należało obliczyć według wzoru formularza „Oferta” zawartego w rozdziale IV SWZ. W przedmiotowym formularzu, w tabelach dotyczących wyliczenia ceny oferty Zamawiający zawarł zastrzeżenie, zgodnie z którym ceny za poszczególne zakresy prac (zakres podstawowy oraz zakresy opcji I, II oraz III) muszą mieścić się w określonych przedziałach procentowych w odniesieniu do łącznej ceny netto.

Zgodnie z treścią wzoru formularza oferty:

„(...) W związku z ogłoszeniem o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją Kontraktu pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji Budowa trasy tramwaju szybkiego od ul. Kasprzaka do Wilanowa na odcinkach: od ul. Puławskiej do ul. Św. Bonifacego i pętli Stegny oraz od ul. Św. Bonifacego do ul. Branickiego” oferujemy realizację zamówienia opisanego w rozdziale II SWZ, zgodnie z wymogami SWZ, za cenę łączną:

*netto (bez podatku VAT):..... zł, (słownie:.....) podatek VAT wynosi:.....zł, (słownie.....%), wg stawki VAT*

*brutto (z podatkiem VAT):..... zł,*

*(słownie:.....)*

*na która składają się:*

*w ramach realizacji usługi w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót:*

<b>Poz.</b>	<b>Zakres</b>	<b>Ce na netto</b>	<b>Stawka podatku VAT</b>	<b>VAT rozlicza</b>	<b>Cen a brutto</b>
	-2-	-3-	-4-	5-	-6-
	<b>Zakres podstawowy</b> <i>(60,1 %-70,5% łącznej ceny netto)</i>				

	<b>Opcja I</b> <i>(13,8%/o-16,2%o łącznej ceny netto)</i>				
	<b>Opcja II</b> <i>(10,3%/o-12,0%o łącznej ceny netto)</i>				
	<b>Opcja III</b> <i>(7,9%/o-9,2%o łącznej ceny netto)</i>				
	<b>Cena oferty (zakres podstawowy + Opcje I, II, III)</b>				

w ramach realizacji usługi w okresie gwarancji i zgłaszania wad:

<b>Poz.</b>	<b>Zakres</b>	<b>Cena netto [PLN]</b>	<b>Stawka podatku VAT</b>	<b>VAT rozlicza Nabywca<sup>2)</sup></b>	<b>Cena brutto [PLN]</b>
	-2-	-3-	-	5-	-6-
	<b>Zakres podstawowy</b> (Nie mniej niż 5% wynagrodzenia w okresie realizacji Robót)				
	<b>Opcja I</b> <i>(Nie mniej niż 5% wynagrodzenia w okresie realizacji Robót)</i>				
	<b>Opcja II</b> <i>(Nie mniej niż 5% wynagrodzenia w okresie realizacji Robót)</i>				
	<b>Opcja III</b> <i>(Nie mniej niż 5% wynagrodzenia w okresie realizacji Robót)</i>				
	<b>Cena oferty (zakres podstawowy + Opcje I, II, III)</b>				

*Wynagrodzenie, o którym mowa powyżej, zostanie wypłacone zgodnie z rozbiem wskazanym w załączniku nr 8 do Umowy „Wykaz cen stosowany do płatności”. (...).*

*Zgodnie z rozdziałem III § 4 ust. 1 SWZ „Projektowane postanowienia umowy”: podział płatności jest zgodny z wypełnionym przez Konsultanta Wykazem cen stosowanym do płatności stanowiącym załącznik nr 8 do Umowy, uwzględniającym podział wynagrodzenia ryczałtowego za zakres podstawowy oraz zakres z prawa opcji i stanowiącym podstawę rozliczenia.*

Zamawiający w rozdziale I ust. 17.2.2 SWZ „Informacja o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego”, zobowiązał Wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana, do złożenia przed zawarciem umowy wypełnionego Wykazu Cen, którego wzór stanowi załącznik nr 8 do rozdziału III SWZ.

W piśmie z dnia 13 maja 2022 r. informującym o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego TPF Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazał, co następuje.

*Zamawiający zastrzegł w tabelach dot. wyliczenia ceny oferty w rozdziale IV SWZ, że ceny za poszczególne zakresy prac (zakres podstawowy oraz zakresy opcji I, II, III) muszą mieścić się w określonych przedziałach procentowych w odniesieniu do łącznej ceny netto. Wykonawca w formularzu oferty nie zastosował ww. wymogów, jakie Zamawiający postawił odnośnie sposobu obliczenia ceny i w tabeli cen przewidzianych w ramach realizacji usługi w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót nie uwzględnił przedziałów procentowych wymaganych przez Zamawiającego, tj.:*

- a) w poz. 2, której zakres dotyczył wyceny realizacji usługi w ramach Opcji I, przy zachowaniu przedziału cenowego: 13,8% - 16,2% łącznej ceny netto oferty – Wykonawca zaproponował cenę netto 704 313,00 zł, stanowiącą 13,2% łącznej ceny netto oferty;*
- b) w poz. 3, której zakres dotyczył wyceny realizacji usługi w ramach Opcji II, przy zachowaniu przedziału cenowego: 10,3% - 12% łącznej ceny netto oferty – Wykonawca zaproponował cenę netto 526 000,00 zł, stanowiącą 9,9% łącznej ceny netto oferty;*
- c) w poz. 4, której zakres dotyczył wyceny realizacji usługi w ramach Opcji III, przy zachowaniu przedziału cenowego: 7,9% - 9,2% łącznej ceny netto oferty – Wykonawca zaproponował cenę netto 400 150,00 zł, stanowiącą 7,5% łącznej ceny netto oferty.*



Zamawiający dokonał także odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego TPF Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, wskazując m.in., co następuje.

„(...) określone wynagrodzenie Wykonawcy obejmuje jedynie 22! miesiące realizacji Umowy a uwzględniając uprawnienie Zamawiającego do Uruchomienia opcji nr I, II, i III w terminie do 10 miesięcy i dodatkowy miesiąc na mobilizację Generalnego Wykonawcy okres świadczenia nadzoru w ramach realizacji usługi dla opracowania dokumentacji Projektowej i realizacji robót wyniesie 31 miesięcy. (...) Zamawiający w SWZ podzielił usługę na zakres podstawowy i Opcje I-III, przy czym uruchomienie Zamówienia w ramach opcji jest prawem Zamawiającego, którego realizacji Wykonawca nie może odmówić i w żaden sposób nie wpływa na minimalne wymagania określone w SWZ (w tym zakres zaangażowania ekspertów), inaczej Wykonawcy przysługuje jedynie gwarantowane wynagrodzenie za realizację Zakresu Podstawowego (...). Niezależnie od powyższego Zamawiający uważa, że ostateczna łączna wartość wynagrodzenia Personelu będzie znacznie wyższa od deklarowanej przez Wykonawcę i w efekcie nie pozwoli na właściwe świadczenie usługi (...). W wyjaśnieniu przyjęto zbyt krótki okres realizacji świadczenia usługi dla całego zakresu (tj. razem z zakresem opcji) w kalkulacji ceny uwzględniono okres 22 miesięcy, gdzie maksymalny czas świadczenia usługi nad etapem projektowania i realizacji robót to 31 miesięcy (20 miesięcy na realizacji opcji + 10 miesięcy na jej uruchomienie + 1 miesiąc na mobilizację od podjęcia decyzji o uruchomieniu opcji, co łącznie daje 31 miesięcy). e. Łączna wartość wynagrodzenia personelu Wykonawcy stanowi główną pozycję kosztową usługi i jest obciążona największą niepewnością. Wykonawca, zdaniem Zamawiającego (jak wskazano w lit. c powyżej), nie przewidział w cenie oferty ewentualnej konieczności zwiększenia liczby personelu z uwagi na technologię wykonywania prac budowlanych czy też z tytułu uruchomienia opcji przez Zamawiającego. Jeszcze raz należy podkreślić, iż Zamawiający podał minimalną liczbę personelu Wykonawcy zastrzegając ewentualną konieczność zwiększenia tej liczby. Na podstawie przekazanych wyjaśnień Zamawiający wnioskuje, że Wykonawca nie przewidział żadnej rezerwy na poczet zwiększenia zaangażowania personelu, a rezerwa na pozostałe koszty nie pozwala na zwiększenie jego zaangażowania, co w konsekwencji nie pozwoli na prawidłowe świadczenie usługi przez Wykonawcę. (...).”

### **Izba zważyła, co następuje.**

Izba uznała, że odwołanie wniesione przez Odwołującego TPF Sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego Transprojekt Gdański Sp. z o.o. i B-Act Sp. z o.o. uznając, że zarzuty stawiane przez Odwołującego nie potwierdziły się.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy jej treść była zgodna z warunkami zamówienia Izba uznała, że ww. zarzut nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy ustalonym na podstawie dokumentacji postępowania.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przy czym zgodnie z poglądem doktryny „Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 719).

Jako przykłady okoliczności, które powinny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, doktryna wskazuje zdarzenia, które

mogą dotyczyć „(...) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający, zaoferowanie krótszego terminu gwarancji niż żądany przez zamawiającego, zaoferowanie dłuższego terminu na wykonanie zamówienia niż wynikający z dokumentów zamówienia (...))” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 720).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale I pkt 15 ppkt 15.3.1, 15.3.4 oraz 15.3.5 SWZ określił sposób liczenia łącznej ceny netto oferty.

Izba przyznała rację Zamawiającemu, który wskazał, że na łączną cenę netto oferty składa się cena netto za realizację usługi w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót oraz cena netto za realizację usługi w okresie gwarancji i zgłaszania wad. Zgodnie z brzmieniem postanowienia rozdziału I pkt 15.3.5 SWZ ceny netto i brutto wskazane w ppkt 15.3.4 należy zsumować.

Zamawiający w treści formularza ofertowego zawarł zastrzeżenie, zgodnie z którym ceny za poszczególne zakresy prac - tj. za zakres podstawowy oraz za opcję I, II i III – muszą mieścić się we wskazanych przez Zamawiającego limitach wyrażonych w procentowych przedziałach łącznej ceny netto.

W ocenie Izby kwestionowana przez Odwołującego treść SWZ nie nosi znamion niejednorodności i sprzeczności. Zamawiający istotnie nie zdefiniował pojęcia „cena łączna” poprzez jej opisanie, jednak w sposób konsekwentny posługuje się pojęciem „ceny łącznej”, wskazując sposób jej liczenia. Dodatkowo z całościowej treści wzoru Formularza oferty wynika w sposób jasny, jakie elementy wchodzi w zakres ceny łącznej netto, co stanowi wystarczające do sporządzenia oferty zdefiniowanie jej istoty. Zamawiający wskazał w formularzu ofertowym miejsce na wpisanie „ceny łącznej netto” uszczegóławiając to sformułowanie w sposób następujący: „na którą składają się”, po czym zamieścił tabelę zawierającą zakres podstawowy, Opcję I, Opcję II oraz Opcję III oraz tabelę uwzględniającą zakresy usług w okresie gwarancji i zgłaszania wad. Powyższe w sposób jasny prowadzi do wniosku, że na łączną cenę netto składają się: cena netto za realizację usługi w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót oraz cena netto za realizację usługi w okresie gwarancji i zgłaszania wad. Co istotne, treść formularza oferty jest w tym zakresie zgodna z treścią rozdziału I pkt 15 SWZ zawierającego sposób obliczenia ceny oferty.

Tymczasem Odwołujący postanowienia SWZ zinterpretował w taki sposób, że odniesienie do podziału procentowego zastosował do danego działu, nie uwzględniając ceny łącznej odpowiadającej zarówno usługom świadczonym w okresie opracowania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót, jak również w okresie gwarancji i zgłaszania wad, co spowodowało przekroczenie ustalonych przez Zamawiającego i określonych w formularzu oferty limitów procentowych.

W tym miejscu należy wskazać, że treść Wykazu cen stosowanego do płatności stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ pozostaje bez wpływu na sposób obliczenia ceny ustalony przez Zamawiającego w rozdziale I punkt 15 SWZ wobec charakteru ww. Wykazu, który był żądany przez Zamawiającego na etapie przed zawarciem umowy.

Izba uznała, że Zamawiający słusznie ocenił ofertę złożoną przez Odwołującego za sporządzoną niezgodnie z wymogami dotyczącymi sposobu obliczenia ceny z uwagi na fakt, że w tabeli cen przewidzianych w ramach realizacji usługi w okresie opracowywania Dokumentacji Projektowej i realizacji Robót Odwołujący nie uwzględnił przedziałów procentowych wymaganych przez Zamawiającego.

W tym miejscu należy wskazać, że niezgodność treści oferty ze sposobem obliczenia ceny określonym przez Zamawiającego, która zaistniała w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Sankcja ta ma swoje źródło w przepisie ustawy, zatem zbędne jest dodatkowe sankcjonowanie ww. wadliwości oferty w treści postanowień SWZ.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego – naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, Izba uznała ten zarzut za bezprzedmiotowy. Odwołujący nie przedstawił odrębnego uzasadnienia faktycznego służącego wykazaniu słuszności postawionego zarzutu, ograniczając się do argumentacji przedstawionej w odniesieniu do zarzutu opisanego w punkcie 1. petitum odwołania. Mając na uwadze, że nie potwierdziło się, by postanowienia SWZ w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie były nieprawidłowo sformułowane, zarzut ewentualny oparty na tych samym podstawach faktycznych rozpoznanych już w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 1. petitum odwołania, Izba uznała za niezaskługujący na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako zawierającej rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Izba uznała, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym ustalonym na podstawie dokumentacji postępowania.

Tytułem wstępu należy wskazać, że w sytuacji stwierdzenia zaistnienia przesłanek do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, na wykonawcy ciąży ustawowy obowiązek do wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z brzmienia przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp wprost wynika, że fakt zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zasadą jest, że wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, uzasadniające podaną w ofercie cenę w sposób rzeczywisty oraz wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Podkreślenia wymaga, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie Zamawiający miał możliwość jednoznacznego ustalenia, że cena oferty nie ma charakteru rażąco niskiego. Efektem złożonych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione – a tym samym obalenie domniemania, że zaoferowana przez wezwanego wykonawcę cena jest rażąco niska (zob. wyrok KIO z dnia 8 marca 2022 r., sygn. akt KIO 383/22).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, że zgodnie z ustaleniami Izby, w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wezwał Odwołującego TPF Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, ponieważ cena zaoferowana przez tego wykonawcę była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Konsekwencją wezwania wystosowanego przez Zamawiającego było obciążenie Odwołującego obowiązkiem obalenia domniemania, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, pod rygorem odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wraz z załącznikami w zakresie ceny rażąco niskiej nie uzasadniają ceny podanej w ofercie. Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny.

W szczególności Izba wzięła pod uwagę fakt, że Odwołujący TPF Sp. z o.o. oparł sporządzoną przez siebie kalkulację o błędne założenia w zakresie okresu realizacji usługi stanowiącego podstawę do stworzenia kalkulacji. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego oraz Przystępującego Transprojekt Gdański Sp. z o.o. oraz B-Act Sp. z o.o. uznając, że Odwołujący w złożonej wraz z wyjaśnieniami kalkulacji uwzględnił jedynie okres podstawowy realizacji zamówienia nieobejmujący prawa opcji. Wynika to z treści kalkulacji stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w zakresie ceny – dla każdego spośród Ekspertów Kluczowych Odwołujący przewidział w niej liczbę dniówek na poziomie 440, przy czym jeden miesiąc liczy 20 dniówek, zatem liczba dniówek wskazana w kalkulacji sporządzonej przez Odwołującego odpowiada 22 miesiącom, co jest tożsame z zakresem podstawowym zamówienia nieuwzględniającym prawa opcji.

Izba za niewiarygodny uznała argument Odwołującego sprowadzający się do uznania, że pozostałe koszty związane z wydłużeniem, prawem opcji itd. zostały uwzględnione w części nr 4 kalkulacji - *Inne koszty nieujęte w niniejszym zestawieniu*. W szczególności Izba stwierdziła, że wartość wskazana w ww. pozycji tabeli przez Odwołującego nie pozwala na przyjęcie, że zostały w niej uwzględnione koszty realizacji prawa opcji oraz inne koszty.

Ponadto, jak słusznie zauważył Przystępujący Transprojekt Gdański Sp. z o.o. oraz B-Act Sp. z o.o., koszty ponoszone w zakresie prawa opcji odnoszą się do tych samych elementów cenotwórczych, które ujęte są w zakresie podstawowym zamówienia. Skoro zatem oczekiwaniem Zamawiającego było wskazanie rozbicia cenowego, to zgrupowanie kosztów związanych z realizacją prawa opcji w łącznej pozycji *Inne koszty nieujęte w niniejszym zestawieniu* oznaczałoby ograniczenie prawa Zamawiającego do weryfikacji realności poszczególnych kosztów realizacji prawa opcji.

W tym miejscu należy podkreślić, że Zamawiający w treści załącznika nr 1 – tabela kalkulacji – do pisma z dnia 11 marca 2022 r. stanowiącego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej wskazał: liczba miesięcy uwzględnionych w ofercie zgodnie z wymaganiami OPZ dla prawidłowej realizacji umowy. Brak jest zatem podstaw do uznania,

że Zamawiający nakazał rozpisanie w harmonogramie i wyjaśnieniach okresu podstawowego wynoszącego 22 miesiące.

W dalszej kolejności Izba zwróciła uwagę, że najistotniejszym spośród elementów cenotwórczych usługi objętej niniejszym przedmiotem zamówienia było wynagrodzenie Personelu konsultanta. Tymczasem Odwołujący, jak słusznie ocenił Zamawiający, skalkulował wynagrodzenie na zaniżonym poziomie, którego rynkowego i realnego charakteru nie wykazał, a który budził uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego oparta została w dużej mierze na błędnych ustaleniach faktycznych oraz nieuzasadnionym przyjęciu założeń, które istotnie mogłyby wpłynąć na optymalizację kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, jednak z uwagi na ich niepewny charakter, nieuzasadnionym jest powoływanie się na nie w procesie kalkulacji ceny ofertowej. W szczególności Odwołujący niezasadnie zakwestionował ustaloną przez Zamawiającego zasadę „wyłączności” odnoszącą się do polityki zatrudnienia Ekspertów Kluczowych. Izba ustaliła, że z przytoczonych w części uzasadnienia opisującej stan faktyczny postanowień SWZ oraz odpowiedzi na pytania udzielone do treści SWZ wynika, iż udzielenie przez Zamawiającego zgody na wykonywanie przez Ekspertów Kluczowych innych zajęć zarobkowych będzie mogło nastąpić na zasadzie wyjątku, pod warunkami określonymi w SWZ i podlegać będzie każdorazowej ocenie Zamawiającego. Tak więc brak uwzględnienia tego wymogu Zamawiającego w sporządzonej kalkulacji cenowej czyni ją niepełną, nieuwzględniającą wszystkich rzeczywistych kosztów. Słusznie wskazał Zamawiający, że przyjęty przez Odwołującego poziom kosztowy powinien uwzględniać wszystkie ustalone w SWZ postanowienia. Błędem jest zatem kształtowanie go w sposób dowolny, nieuwzględniający założeń, np. w zakresie stosowania zasady „wyłączności”.

W odniesieniu do kosztu wynajmu powierzchni biurowej Izba uznała za wiarygodne stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w zakresie tego, że mając na uwadze wymagania ustalone przez Zamawiającego w odniesieniu do powierzchni biurowej, cenę skalkulowaną przez Odwołującego w tym zakresie uznać należy za zaniżoną. Odwołujący nie wykazał, by założona przez niego kalkulacja cenowa w tym zakresie miała charakter realny. Złożone przez niego dowody, wobec braku wykazania ich wpływu na wygenerowanie oszczędności oraz braku wykazania ich zgodności z wymaganiami ustalonymi w SWZ, Izba uznała za niepotwierdzające postulowanych przez odwołującego twierdzeń.

Należy w tym miejscu dostrzec, że Odwołujący zadeklarował, iż wiele innych kosztów niewykazanych w innych pozycjach formularza lub których skalkulowanie nie zostało udowodnione (np. koszt realizacji prawa opcji) przewidział właśnie w pozycji *inne koszty nieujęte w niniejszym zestawieniu*, co – mając na uwadze jej wartość – również prowadzi do uznania, że Odwołujący nie wykazał realnego charakteru wartości tej pozycji oraz nie dowiódł uwzględnienia w niej wszystkich rzeczywistych kosztów nieujętych w innych pozycjach zestawienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze, że Odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiego, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił złożoną przez niego ofertę.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na brak potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania.

O kosztach postępowania oznaczonego sygnaturą akt KIO 1352/22 oraz KIO 1384/22 orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r, poz. 1129 ze zm.) oraz § 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Izba w sprawach o sygnaturze akt KIO 1352/22 oraz KIO 1384/22 wydała orzeczenie łączne.



Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....