

**WYROK**  
**z dnia 25 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala  
Agata Mikołajczyk  
Aleksandra Patyk

**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Budowy TRAS Komunikacyjnych „TRAKT” w Szczecinie sp. z o.o., ul. Energetyków 9, 70-656 Szczecin** oraz **DTŚ S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin,**

przy udziale wykonawcy **SAFAGE S.A.S., 15-27 rue du Port, Paec de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Przedsiębiorstwo Budowy TRAS Komunikacyjnych „TRAKT” w Szczecinie sp. z o.o., ul. Energetyków 9, 70-656 Szczecin** oraz **DTŚ S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice,** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego: Przedsiębiorstwo Budowy TRAS Komunikacyjnych „TRAKT” w Szczecinie sp. z o.o., ul. Energetyków 9, 70-656 Szczecin oraz DTŚ S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice, na rzecz zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin, kwotę 3 873 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu i parkingu.

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

Przewodniczący: .....

.....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy miejscowości Gryfino w ciągu drogi krajowej nr 31”, numer referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-3.2410.50.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30.10.2020 r., nr 2020/S 212-518421.

Pismem z dnia 13.05.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SAFAGE S.A.S.

W dniu 24.05.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych „TRAKT” w Szczecinie sp. z o.o., ul. Energetyków 9, 70-656 Szczecin oraz DTŚ S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice (dalej: „odwołujący”), zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Safage S.A.S. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, podczas gdy porównanie ceny ofertowej tego wykonawcy do średniej wartości cen innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu rodzi podejrzenie, że cena ta może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do jednoczesnego naruszenia przez zamawiającego obowiązku przeprowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez co najmniej przedwczesny wybór oferty wykonawcy Safage S.A.S. jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Safage S.A.S. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), mimo iż oferta tego wykonawcy jest nie zgodna z siwz,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Safage S.A.S., mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Zgodnie z pkt 15 SIWZ „OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY”: 15.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy zawarty w Tomie IV SIWZ. 15.2. Formularz Cenowy, o którym mowa w pkt 15.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Cenowego. 15.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. (...)

Odwołujący wskazuje, że cena za każdą z pozycji wskazaną w formularzu cenowym stanowi istotną część składową ceny oferty każdego z wykonawców biorących udział w Postępowaniu. O powyższym przesądza fakt, że Zamawiający wyraźnie podał w pkt 15.3. SIWZ podał: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym” i w taki sposób przygotował formularz cenowy, że dla każdej z wyodrębnionych w formularzu cenowym usług wymagał wskazania osobnych cen, które w sumie składają się na całą cenę oferty. (...)

Zgodnie z §4 załącznika do SIWZ „Umowa (Projekt)” zostało przewidziane, że wynagrodzenie należne wykonawcy obliczane będzie według cen jednostkowych podanych w formularzu cenowym za faktycznie przepracowaną ilość Dniówek i Półdniówek”. W ocenie Odwołującego określenie takiego sposobu ustalania wynagrodzenia wykonawcy obliuguje Zamawiającego do badania również cen jednostkowych przewidzianych za dniówkę pracy poszczególnych konsultantów w ramach przedmiotu zamówienia. W tym stanie rzeczy Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny cen jednostkowych zawartych w ofercie Safage S.A. Zamawiający bowiem zaniechał sprawdzenia, czy zaoferowane przez Safage S.A. ceny jednostkowe pozwalają na pokrycie pełnego kosztu wykonania usług. Z tych też przyczyn Zamawiający w sposób nieprawidłowy ustalił, że cena oferty Safage S.A. jest realna i rzeczywista i w konsekwencji wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą, czym naruszył przepisy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przedwcześnie dokonał wyboru oferty, zapewne, gdyby wezwał Safage S.A. do złożenia wyjaśnień dot. ceny jej oferty, to Odwołujący jest pewny, że Zamawiający odrzuciłby tę ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę. (...)

Odwołujący wskazuje, że następujące pozycje formularza cenowego, stanowiącego

załącznik do oferty wybranej jako najkorzystniejsza, powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i skutkować wezwaniem Wykonawcy do złożenia wyjaśnień:

Lp	Nazwa elementu rozliczeniowego	Cena jednostkowa netto	% średniej arytmetycznej dla elementu rozliczeniowego, wyliczonej na podstawie wszystkich złożonych ofert
1	1.3 Biuro Zamawiającego	450,00 zł	24%
3	1.4 Środek transportu Zamawiającego	2.000,00 zł	65%
4	2.1.3 Główny specjalista ds. rozliczeń	200,00 zł	65%
5	2.1.4 Główny specjalista ds. rozszczeń	185,00 zł	65%
6	2.1.5 Technolog	200,00 zł	60%
7	2.2.1 Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności mostowej	220,00 zł	39%
8	2.2.2 Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej	220,00 zł	38%
9	2.2.10 Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych	200,00 zł	65%
10	2.2.12 Inspektor Nadzoru specjalności konstrukcyjno-budowlanej	260,00 zł	68%
11	2.2.32 Specjalista ds. nadzoru geotechnicznego	150,00 zł	46%
12	2.2.33 Specjalista ds. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych	150,00 zł	45%
13	2.2.34 Specjalista ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska	200,00 zł	63%
14	2.2.35 Specjalista ds. inżynierii ruchu	150,00 zł	61%
15	2.2.38 Specjalista ds. współpracy z gestorami sieci	200,00 zł	70%
16	2.2.41 Zespół geodetów nr 1	340,00 zł	59%
17	3.1 Broszura informacyjna	2,00 zł	32%
18	3.7 Informacyjna strona internetowa - aktualizacja w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności	1.500,00 zł	67%
19	3.8 Wizyty studyjne w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia	1.000,00 zł	49%
20	4.1 Biuro Konsultanta (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.1)	1.500,00 zł	67%
21	4.3 Biuro Zamawiającego (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.3)	225,00 zł	25%
22	4.4 Środek transportu Zamawiającego (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4)	1.000,00 zł	66%

W nawiązaniu do pozycji wskazanych w tabeli powyżej zauważyć należy, że:

- 1) Cena jednostkowa wskazana w formularzu ofertowym Safage S.A. jest nierzeczywista i rażąco zaniżona dla pozycji „Biuro Zamawiającego“: (...)

Jak wynika z ww. zestawienia, cena jednostkowa SAFEGE wyróżnia się i w sposób znaczący odbiega od innych cen jednostkowych, stanowiąc zaledwie 24% ceny średniej wszystkich ofert. Safage S.A. założyła na ten cel w ofercie - poz. 1.3 Biuro Zamawiającego - kwotę łączną w wysokości 20 250,00 zł. (...) Nie mniej rażąca jest wartość pozycji 4.3

formularza cenowego „Biuro Zamawiającego” w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, gdzie przy cenie jednostkowej w wysokości 225,00 zł/m-c, Wykonawca zakłada na ten cel kwotę łączną 3 375,00 zł. (...)

2) Cena jednostkowa wskazana w formularzu ofertowym Safage S.A. jest nierzeczywista i rażąco zaniżona dla pozycji środek transportu: (...)

Rodzaj kosztu	jedn.	liczba	c.j. brutto	suma brutto PLN	suma netto PLN
Koszt leasingu przeglądy i naprawy serwis klimatyzacji ubezpieczenie serwis opon	miesiąc	45	2417,12	108 770,40	97 551,93
paliwo	miesiąc	45	1 819,35	81 870,75	73 426,68
mycie i sprząatanie	miesiąc	45	75,00	3 375,00	3 026,91
Materiały eksploatacyjne	ryczałt	1	1 359,76	1 359,76	1 219,52
RAZEM brutto					175 225,04
RAZEM NETTO do oferty		45	3 893,89		

Tymczasem kwota, jaką Safage S.A. uwzględniło w formularzu ofertowym na pokrycie wszystkich kosztów związanych z zakupem i eksploatacją środka transportu zamawiającego, wynosi 90 000,00 zł netto (pozycja 1.4 formularza cenowego). Jak wynika z ww. kalkulacji, kwota ta jest niewystarczająca dla pokrycia kosztów opisanych w OPZ. 86% kwoty założonej przez Safage S.A. wystarcza jedynie na pokrycie kosztów paliwa, mycia i sprząatania oraz materiałów eksploatacyjnych. (...)

3) Cena jednostkowa wskazana w formularzu ofertowym Safage S.A. jest nierzeczywista i rażąco zaniżona dla pozycji dot. kosztów zatrudnienia specjalistów z zakresu branż wskazanych w tabeli. (...)

Z danych zawartych w tabeli powyżej wynika, że poziom cen jednostkowych przyjętych przez Safage S.A. znacząco odbiega od poziomu cen zawartych w konkurencyjnych ofertach złożonych w Postępowaniu.

Zgodnie z §2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. minimalna stawka godzinowa ustalona została od dnia 1 stycznia 2021 r. w wysokości 18,30 zł. (...)

Mając na uwadze powyższe, zauważyć należy, że poszczególne pozycje w zakresie

cen jednostkowych za usługi specjalistów zostały skalkulowane w sposób, który powinien co najmniej wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do ich rynkowego charakteru, co skutkować powinno wdrożeniem procedury mającej na celu ustalenie, czy ceny te nie zostały rażąco zaniżone.

Zwrócić należy uwagę na to, że:

- ceny jednostkowe na poziomie 150,00 zł, przy 8-godzinnej dniówce, odpowiadają stawce godzinowej w wysokości 18,75 zł,
- ceny jednostkowe na poziomie 170,00 zł (stawka dla Zespołu geodetów nr 1 została określona na 340,00 zł - przyjmując, że skoro ma być to zespół, to w jego skład muszą wchodzić co najmniej dwie osoby i stawkę należy podzielić na pół), przy 8-godzinnej dniówce, odpowiadają stawce godzinowej w wysokości 21,25 zł,
- ceny jednostkowe na poziomie 185,00 zł, przy 8-godzinnej dniówce, odpowiadają stawce godzinowej w wysokości 23,13 zł,
- ceny jednostkowe na poziomie 200,00 zł, przy 8-godzinnej dniówce, odpowiadają stawce godzinowej w wysokości 25,00 zł, co powoduje, że stawki te albo praktycznie w ogóle się nie różnią od stawki minimalnej (w pierwszym przypadku) albo poziom ten przekraczają w nieznacznym stopniu (w trzech pozostałych przypadkach) i dotyczą ekspertów aż 10 specjalności, przy czym stanowią one:
- 45% i 46% średnich stawek wyliczonych na podstawie wszystkich złożonych ofert - w przypadku 2 ekspertów,
- 59% - 65 % średnich stawek wyliczonych na podstawie wszystkich złożonych ofert - w przypadku 7 ekspertów,
- 70% średnich stawek wyliczonych na podstawie wszystkich złożonych ofert - w przypadku 1 eksperta.

Wśród powyższych cen znalazły się także stawki dotyczące Ekspertów kluczowych - tj. Głównego specjalisty ds. roszczeń (185,00 zł, 65% średnich cen z ofert) i Technologa (200,00 zł, 60% średnich cen z ofert), co do których postawione zostały dodatkowe wymagania w Tomie I, Rozdziale 1, punkt 7.2.3) b) SIWZ oraz w formularzu Kryteria pozacenowe.

Ceny jednostkowe dla 3 innych ekspertów zostały skalkulowane już na nieco wyższym poziomie, tj. 220,00 zł i 260,00 zł, niemniej odpowiadają one 38% i 39% (co istotne dotyczy to Głównych Weryfikatorów dokumentacji projektowej specjalności mostowej i drogowej) i 68% średnich stawek wyliczonych na podstawie wszystkich złożonych ofert - w przypadku 3 ekspertów.

Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że w kilkunastu polach Formularza

Cenowego dotyczących Personelu Wykonawcy ceny jednostkowe zostały skalkulowane w sposób, który powinien budzić poważne wątpliwości co do ich rynkowego charakteru. Trudno bowiem wyobrazić sobie, żeby specjalista z danej dziedziny, przy takich wymogach m.in. co do dyspozycyjności, miał pracować za stawkę godzinową praktycznie w ogóle lub niewiele przewyższającą minimalną stawkę godzinową, zapewnioną przepisami prawa powszechnie obowiązującego, albo za stawkę odpowiadającą w najlepszym razie w ponad 60 %, a w najgorszym razie ponad 30% procentom stawki średniej. Takie wartości już na pierwszy rzut oka powinny zrodzić w Zamawiającym wątpliwości co do realności cen zawartych w formularzu oferty Safage S.A. (...)

4) Cena jednostkowa wskazana w formularzu ofertowym Safage S.A. jest nierzeczywista i rażąco zaniżona dla pozycji dot. pozostałych kosztów wskazanych w tabeli powyżej.

Zamawiający określił w dokumentacji przetargowej dokładny opis przedmiotu zamówienia dla usług, które są wskazane w formularzu oferty. Z tych też przyczyn wykonawcy znają zakres i w efekcie kosztowność każdej z pozycji kosztowych tego formularza.

Safage S.A. wskazał w formularzu oferty cenę jednostkową dla wykonania usługi zapewnienia „Biura Konsultanta” (opisanego w pkt. 2.2.1 Tomu III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia) na poziomie 3000 zł miesięcznie. Wartość ta stanowi 66% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w Postępowaniu co, w ocenie Odwołującego, powinno wzbudzić u Zamawiającego wątpliwość w zakresie realności wskazanej tu stawki jednostkowej.

Podobną wątpliwość u Zamawiającego wzbudzić powinna wskazana przez Safage S.A. cena jednostkowa Broszury informacyjnej (pkt. 2.5.1 Tomu III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia) na poziomie 2,00 zł/sztuka, co z kolei stanowi 32% średniej arytmetycznej dla tego elementu rozliczeniowego, wyliczonej na podstawie wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający wyjaśnić powinien także realność stawki wskazanej w ofercie Safage S.A. dotyczącej „informacyjnej strony internetowej” (pkt. 2.5.2 Tomu III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia), gdyż zaoferowana ryczałtowa cena jednostkowa na poziomie 1.500,00 zł, (co stanowi 67% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert) budzi wątpliwości co do jej prawidłowej kalkulacji i rynkowego charakteru.

Koszt „wizyt studyjnych” skalkulowany przez Safage S.A. na poziomie 1.000,00 zł/sztukę (co stanowi 49% średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych dla tej pozycji formularza cenowego), także powoduje poważne wątpliwości dot. możliwości zrealizowania tej usługi we wskazanej przez Safage S.A. cenie w warunkach rynkowych.

Z tych przyczyn, w opinii Odwołującego, Zamawiający zaniechał wezwania Safage S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo, że ewidentnie wskazane przez tego wykonawcę ceny jednostkowe drastycznie odbiegają od poziomu cen rynkowych i



w żaden sposób nie jest możliwe pokrycie pełnych kosztów realizacji usługi wg wskazanych w tabeli powyżej stawkach zaoferowanych przez Safage S.A. (...)

Dokonanie wyboru oferty wykonawcy, którego oferta zawiera rażąco niską cenę stanowi także naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ taka oferta w swojej treści nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca, sporządzając ofertę, zobowiązany był do obliczenia ceny oferty zgodnie z treścią SIWZ zamówienia, w szczególności zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i sposobu kalkulacji ceny oferty. Zgodnie z pkt 15 Tomu I SIWZ IDW „cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o formularz cenowy zawarte w Tomie IV SIWZ (...) każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia formularzu cenowym. Zostawiając te postanowienia SIWZ z treścią formularza cenowego jaki przygotowała Safage S.A., stwierdzić należy, że ceny jednostkowe w podanych powyżej piśmie zakresach nie zawierają całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości - jak wymagał tego SIWZ, i z tych powodów oferta Safage S.A. nie odpowiada treści SIWZ, w konsekwencji powinna podlegać odrzuceniu.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Safage S.A.S.,
- 2) podjęcia ponownie czynności oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu, w tym przede wszystkim skierowania do Safage S.A.S. wezwania do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na jego cenę ofertową,
- 3) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Pismami z dnia 27.05.2021 r. wykonawca SAFAGE S.A.S., 15-27 rue du Port, Paec de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 22.06.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Ponadto pismem z dnia 23.06.2021 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie i wniósł o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie nadzoru nad projektowaniem, zarządzania i kontroli oraz nadzoru nad realizacją umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest „Budowa obwodnicy miejscowości Gryfino w ciągu drogi krajowej nr 31” na warunkach określonych w Umowie z Konsultantem oraz zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla każdej Części zadania inwestycyjnego.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 1.237.120,51 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert wynosi 7.052.121,09 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 5.270.550,00 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty przystępującego jest ponad 4-krotnie wyższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 25% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

W pkt 15 siwz zamawiający wskazał m.in.:

15.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy (odpowiedni dla części na którą składana jest oferta) zawarty w Tomie IV SIWZ.

15.2. Formularz Cenowy, o którym mowa w pkt 15.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie.

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Cenowego.

15.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.

15.4. Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym limitów spowoduje odrzucenie oferty.

Pismem z dnia 13.05.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3,
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...),

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W przedmiotowej sprawie odwołujący przede wszystkim podniósł zarzut naruszenia

przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, jeżeli całkowita cena tej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zatem wskaźnik 30%, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, odnosi się tylko do całkowitej ceny oferty, natomiast nie odnosi się do części składowych ceny oferty (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Oznacza to, że zamawiający:

- jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jeśli całkowita cena jego oferty jest niższa o co najmniej 30% od ww. wartości (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp),
- jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jeśli cena jego oferty lub jej istotna część składowa wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

W niniejszym postępowaniu, cena całkowita oferty przystępującego jest ponad 4-krotnie wyższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o ok. 25% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zatem nie zachodzi przesłanka obligująca zamawiającego do wzywania przystępującego do złożenia wyjaśnień. Należy przy tym zgodzić się z odwołującym, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego tak istotnie odbiega od cen złożonych ofert (jest parokrotnie niższa), że nie jest zasadne odnoszenie ceny oferty przystępującego do tej wartości, niemniej jednak należy zauważyć, że okoliczność ta tym bardziej wskazuje, że zamawiający nie miał obowiązku wzywać przystępującego do wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii istotnych części składowych ceny oferty przystępującego, należy zauważyć, że nie można za takie uznać cen wskazanych w zakwestionowanych w odwołaniu pozycjach dotyczących działań promocyjnych: 3.1. – broszura informacyjna, 3.6. i 3.7. – informacyjna strona internetowa, 3.8. – wizyty studyjne. Zadania przewidziane w tych pozycjach nie są najistotniejsze z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia, a ponadto - jak wynika z formularza cenowego - sam zamawiający wyznaczył limit cenowy dla wszystkich pozycji 3.1. – 3.8. łącznie jako „nie więcej niż 2% ceny netto”. Powyższe przesądza o tym, że ceny w ww. pozycjach nie mogą być uznane za istotne części składowe ceny oferty przystępującego.

Co do pozostałych zakwestionowanych w odwołaniu pozycji, w świetle treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, rozstrzygnąć należy, czy ceny w tych pozycjach powinny wydawać się zamawiającemu rażąco niskie i budzić jego wątpliwości. W związku z powyższym, Izba

ustaliła, co następuje:

- 1) Biuro Zamawiającego – należy zauważyć, że zamawiający wezwał innego wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu – BBF sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in. wyceny Biura Konsultanta i w odpowiedzi uzyskał informacje o cenach najmu powierzchni użytkowych obowiązujących w okolicach Gryfina. Ceny te mogły stanowić dla zamawiającego potwierdzenie, że nie zachodzi podstawa do wzywania przystępującego do składania wyjaśnień w omawianym zakresie.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący wskazał w piśmie procesowym z dnia 23.06.2021 r., że podana przez niego w formularzu cenowym cena 450 zł miesięcznie za Biuro Zamawiającego wynika m.in. z możliwości połączenia lokalizacji Biura Zamawiającego i Biura Konsultanta. W pkt 2.2.1. i 2.2.2. OPZ zamawiający określił wymogi dla Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego. Z ww. postanowień nie wynika, że biura te nie mogą znajdować się w jednej lokalizacji. Nie można również zgodzić się z odwołującym, że połączenie takie zostało wykluczone w treści pkt 15.3. siwz, zgodnie z którym każda cena jednostkowa powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji. Umieszczenie Biura Konsultanta i Biura Zamawiającego np. w tym samym budynku, może przyczynić się do ograniczenia kosztów funkcjonowania obu tych biur poprzez np. korzystanie z jednej infrastruktury, natomiast nie spowoduje, że koszt utrzymania któregośkolwiek z nich nie zostanie w ogóle uwzględniony w kalkulacji ceny oferty. Zastosowane przez przystępującego rozwiązanie pozwoli jedynie na obniżenie ww. kosztów, co nie jest tożsame z brakiem ich objęcia w wyznaczonych pozycjach formularza cenowego. Tym samym rozwiązanie to, w ocenie Izby, nie jest niezgodne z pkt 2.2.1., 2.2.2. OPZ i z pkt 15.3. siwz. Argumentacja przystępującego podniesiona w toku postępowania odwoławczego potwierdza zatem brak podstaw do wzywania go do złożenia wyjaśnień.

- 2) Środek transportu – w pozycji 1.4. formularza cenowego pn. „Środek transportu Zamawiającego”, wykonawcy podawali ceny od 1500 zł do 5400 zł, przy czym ceny w dwóch ofertach (1500 zł i 1800 zł) były niższe od ceny przystępującego (2000 zł), jak też w dwóch ofertach były zbliżone do ceny przystępującego (2500 zł i 2536,75 zł). Zamawiający nie miał zatem podstaw do powzięcia wątpliwości co do ceny wskazanej przez przystępującego.

- 3) Eksperci / specjaliści – należy zauważyć, że zakwestionowane w odwołaniu stawki, zostały w formularzu cenowym przystępującego przewidziane dla osób na następujących stanowiskach:

- Główny specjalista ds. roszczeń (poz. 2.1.4.) – 185 zł za dniówkę,
- Specjalista ds. nadzoru geotechnicznego (poz. 2.2.32.) – 150 zł za dniówkę,

- Specjalista ds. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych (poz. 2.2.33.) - 150 zł za dniówkę,
- Specjalista ds. inżynierii ruchu (poz. 2.2.35.) - 150 zł za dniówkę.
- Zespół geodetów nr 1 (poz. 2.2.41.) – 340 zł za dniówkę (dla zespołu, czyli min. 2 osób).

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że ww. stawki nie są niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę określone w rozporządzeniu w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1778), jak też w rozporządzeniu w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1596). Po drugie, takie same stawki (150 zł) dla ww. specjalistów z poz. 2.2.32. i poz. 2.2.33. przewidział także inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu (pomijając nawet w tym miejscu ceny wykonawcy TPF sp. z o.o., o czym w dalszej części uzasadnienia wyroku), zaś dla specjalisty z poz. 2.2.35. – dwóch innych wykonawców. Również dwóch innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu przewidziało niższe niż przystępujący stawki dla eksperta z poz. 2.1.4. Z kolei w przypadku zespołu z poz. 2.2.41. jeden wykonawca zaoferował stawkę niższą niż przystępujący, a jeden – zbliżoną (350 zł). Z powyższego porównania wynika, że ceny przewidziane przez przystępującego w ww. pozycjach, mimo że mieściły się w dolnych przedziałach cenowych, nie były wyjątkowe pośród 12-tu złożonych ofert. Zamawiający nie miał zatem podstaw do powzięcia wątpliwości co do cen wskazanych przez przystępującego. Niezależnie od powyższego, przystępujący złożył na rozprawie dowody (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) w postaci złożonych mu ofert na pełnienie m.in. wyżej wskazanych funkcji. Oferty te potwierdzają, że stawki podane w formularzu cenowym przez przystępującego są dostępne na rynku.

- 4) Działania promocyjne – odwołujący zakwestionował ceny wskazane przez przystępującego w takich pozycjach jak: 3.1. – broszura informacyjna, 3.6. i 3.7. – informacyjna strona internetowa, 3.8. – wizyty studyjne. Należy zauważyć, że w poz. 3.6. ceny w trzech ofertach były niższe od ceny przystępującego, zaś w dwóch ofertach – takie same (500 zł). W poz. 3.7. - ceny w pięciu ofertach były niższe od ceny przystępującego, zaś w jednej ofercie – cena była taka sama (1500 zł). W poz. 3.8. – ceny w dwóch ofertach były niższe od ceny przystępującego, zaś w jednej ofercie – cena była taka sama (1000 zł). W poz. 3.1. – ceny dwóch ofert były niższe od oferty przystępującego. Niezależnie zatem od wskazanej wyżej okoliczności, że zakwestionowane w tym zakresie pozycje nie mogą być uznane za istotne części składowe ceny oferty, należy stwierdzić, że zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości co do tych cen. Ponadto przystępujący złożył na rozprawie dowód w postaci

oferty m.in. na wydanie broszury informacyjnej, z którego wynika, że możliwe jest na rynku uzyskanie ceny nawet niższej (1,20 zł) niż cena wskazana przez przystępującego (2 zł) za projekt i wydruk jednej broszury.

Nie można także zgodzić się z odwołującym, że nie uznając cen w zakwestionowanych w odwołaniu pozycjach za istotne części składowe, zamawiający nierówno potraktował przystępującego i innych wykonawców. Należy zauważyć, że zamawiający rzeczywiście wezwał wykonawcę BBF sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie określonych pozycji cenowych, ale zrobił to w oparciu m.in. o art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, gdyż cena całkowita w ofercie BBF sp. z o.o. była o prawie 40% niższa od średniej arytmetycznej ofert. Tym samym sytuacja ww. wykonawcy była inna niż przystępującego i nie można w tym stanie rzeczy wnioskować, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z kolei w przypadku wykonawcy TPF sp. z o.o., zamawiający w oparciu m.in. o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp rzeczywiście wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie określonych pozycji dotyczących ekspertów / specjalistów, w tym specjalistów z pozycji 2.2.32. i 2.2.33., gdyż wskazane dla nich stawki wynosiły 20 zł za dniówkę, co jest kwotą nawet niższą od obowiązującego minimalnego wynagrodzenia. W tej sytuacji zamawiający miał więc podstawy do powzięcia wątpliwości co do realności ww. stawek. Zamawiający uzasadnił swoje wątpliwości tym, że podane przez TPF sp. z o.o. stawki są niższe o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej ofert, choć w świetle treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, okoliczność ta nie jest niezbędna do wykazania podstaw do powzięcia wątpliwości. Należy przy tym zauważyć, że stawki dla specjalistów wskazane przez przystępującego nie były niższe niż obowiązujące minimalne wynagrodzenie. Tym samym również sytuacja wykonawcy TPF sp. z o.o. była inna niż przystępującego i nie można w tym stanie rzeczy stwierdzić, że doszło do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do postawionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należy zauważyć, że odwołujący w uzasadnieniu powiązał to naruszenie z brakiem wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty. Wobec dokonania przez Izbę wyżej wskazanych ustaleń, w tym stwierdzenia braku podstaw do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, nie można uznać, że oferta przystępującego jest niezgodna z siwz.

Ponadto odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie przedstawiając jednakże w tym zakresie żadnego uzasadnienia, dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Ponadto Izba oparła swoje stanowisko na dowodach złożonych na rozprawie przez odwołującego i przystępującego, w szczególności: na opracowaniu własnym odwołującego dotyczącym średnich cen ofert złożonych w postępowaniu, na złożonych przystępującemu ofertach na pełnienie określonych funkcji w ramach realizacji zamówienia (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa), na złożonej przystępującemu ofercie na działania promocyjne.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący .....

.....

.....