

WYROK

z dnia 15 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2020 r. przez wykonawcę **Promost Consulting Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (35-307)** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa z Warszawy – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych z Warszawy (01-909)**

przy udziale wykonawcy **Fasys Mosty Sp. z o.o. z Wrocławia (53-317)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Promost Consulting Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (35-307)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Promost Consulting Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (35-307)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Promost Consulting Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (35-307)** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawy – Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych z Warszawy (01-909)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych z Warszawy (01-909) [dalej „zamawiający”] na „*Opracowanie projektu budowlanego oraz projektów wykonawczych wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych niezbędnych do zrealizowania zadania inwestycyjnego pn. przebudowa mostu w ciągu ul. Płochocińskiej nad Kanałem do Faelbetu.*” (Numer postępowania: ZP/8/PN/5/19) wykonawca Promost Consulting Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Rzeszowie (35-307) [dalej „odwołujący”] złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Fasys Mosty Sp. z o.o. z Wrocławia (53-317) [dalej „przystępujący”],
 2. zaniechaniu odrzucenia przez zamawiającego oferty przystępującego pomimo, iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę, z uwagi na ich zawartość i formę, winny skutkować taką właśnie czynnością.
- Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 90 ust. 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, poprzez uznanie wyjaśnień złożonych przez przystępującego za wystarczające i „obalające” podejrzenie „rażąco niskiej ceny” złożonej oferty, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo, że złożone wyjaśnienia nie odpowiadają wezwaniu zamawiającego, są ogólne i niekompletne, co jest równoznaczne z niezłożeniem wyjaśnień,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez wybór oferty przystępującego, który to wybór zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
3. art. 7, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
2. dokonanie ponownego badania i oceny oferty przystępującego,
3. odrzucenie oferty przystępującego z uwagi na niezłożenie wyjaśnień w zakresie „rażąco niskiej ceny oferty”,
4. w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podniósł, że ocena wyjaśnień złożonych w postępowaniu winna być dokonywana przez pryzmat treści skierowanego do wykonawcy wezwania i przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie i w sytuacji, gdy wykonawca został wezwany obowiązkiem wykonawcy jest wyjaśnienie wszystkich elementów zamówienia, niezbędnych do jego należytego wykonania i przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny, a nie poprzestanie na złożeniu ogólnikowych zapewnień wykonawcy.

Stwierdził, że zamawiający żądał dla uwiarygodnienia złożonych wyjaśnień przedstawienia i wykazania „konkretnych uwarunkowań i czynników” dostępnych wykonawcy, które wpłynęły lub mogły wpłynąć na możliwość obniżenia przez wykonawcę ceny. Innym wymaganym przez zamawiającego elementem wyjaśnień miały być czynniki cenotwórcze, w tym koszty pracownicze, ilość roboczogodzin, rezerwa na nieprzewidziane wydatki, czy zakładany zysk.

Stał na stanowisku, że żadna z wyżej wskazanych kwestii nie została przez przystępującego wyjaśniona w sposób należyty, z przedstawieniem pełnych kalkulacji.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący nie przedstawił szczegółowej kalkulacji kosztów osobowych dla poszczególnych elementów prac projektowych, w wyjaśnieniach poprzestał jedynie na stwierdzeniu, że posiada pełny zespół projektowy, który jednocześnie realizuje kilka projektów, co pozwala na redukcję kosztów ich pracy, wskazał również na fakt, że funkcję głównego projektanta będzie pełnił prezes spółki, przez co nie jest zobowiązany do stosowania przepisów w zakresie minimalnego wynagrodzenia, ani przeliczania roboczogodzin.

W ocenie odwołującego tak ogólnikowych stwierdzeń nie można uznać za wystarczające, wskazując że przystępujący nie podał stawki roboczo godziny dla zatrudnianego zespołu projektowego, a sam fakt, że rolę głównego projektanta pełni prezes spółki nie wyklucza udziału innych członków zespołu projektowego, jak projektanci innych branż, czy asystenci projektantów.

Podniósł, że wykonanie opracowań projektowych jest związane z wielomiesięczną pracą całego kilkusobowego zespołu projektowego o różnym stopniu doświadczenia,

a koszt pracy projektantów i asystentów jest głównym czynnikiem cenotwórczym w przypadku prac projektowych, a w związku z tym brak przedstawienia jakichkolwiek kalkulacji w tym zakresie, czynni wyjaśnienia przystępującego ogólnikowymi i pozbawionymi wartości merytorycznej, nie pozwalającym na stwierdzenie, że koszty pracy zostały przez przystępującego skalkulowane prawidłowo.

Podniósł także, że ogólnikowe stwierdzenia i zapewnienia wykonawcy nie stanowią wystarczającej treści wyjaśnień, powołując się na wyrok z dnia 20 grudnia 2012 r. o sygn. akt KIO 2712/12, zgodnie z którym *„celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. (...) z tego powodu powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen”*.

Odwołujący stwierdził nadto, że przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wskazał żadnych „obiektywnych czynników”, które mają wpływ na kalkulacje ceny oferty, a są dostępne tylko temu wykonawcy. Zdaniem odwołującego okoliczności, na które powołał się przystępujący w punkcie 1, 3, 5 i 6 wyjaśnień cechuje bardzo wysoki poziom ogólności, który nie pozwala na wskazanie, w jaki sposób przyczyniły się one do obniżenia ceny jego oferty. Uzupełnił, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniach dysponuje podobnymi „czynnikami”, zaś fakt realizowania przez wykonawcę kilku projektów jednocześnie nie jest niczym nadzwyczajnym dla firm projektowych, ponieważ zdecydowana większość firm projektowych działa właśnie w ten sposób. Uznał również, że na cenę oferty w znaczący sposób nie wpływa posiadanie własnego biura, czy sprzętu, podnosząc że przystępujący nie wskazał żadnych wyliczeń, które obrazowałyby wpływ tych czynników na cenę oferty oraz ewentualne oszczędności po jego stronie.

Za bez znaczenia dla wyceny uznał nadto posiadane przez przystępującego doświadczenie, gdyż wszyscy oferenci w przedmiotowym postępowaniu musieli się wykazać określonym poziomem doświadczenia, a zatem nie jest to okoliczność dostępna wyłącznie przystępującemu; za bez znaczenia uznał przedłożone przez przystępującego zestawienie innych inwestycji z kwotami na ich wykonanie – w ocenie odwołującego przytoczenie nazw poszczególnych zadań i kwot zamawiającego nie może stanowić żadnego dowodu prawidłowości dokonanej przez przystępującego wyceny, ponieważ każdy przetarg cechują inne warunki, czy to związane z miejscem wykonania inwestycji, czy z wymaganiami zamawiającego, co do zakresu prac, również kwoty jakimi dysponują zamawiający zależą od wielu czynników i możliwości finansowych poszczególnych zamawiających wobec czego

wskazane argumenty można uznać jedynie za okoliczności dodatkowe, a nie główne okoliczności uzasadniające zaoferowaną cenę.

Odwołał się do wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1375/15, KIO 1391/15, zgodnie z którym *„wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść”*.

Podsumował, że z treści wyjaśnień przystępującego nie wynika, iż ww. okoliczności w jakiś szczególny sposób dotyczą przystępującego (w porównaniu z innymi wykonawcami tego rodzaju), a przede wszystkim zostały opisane w tak ogólny sposób, iż nie niosą żadnej konkretnej treści pozwalającej na dokonanie ich przełożenia na jakiegokolwiek wartości ekonomiczne.

Podkreślił, że przystępujący do złożonych wyjaśnień nie przedłożył żadnych dowodów uwiarygadniających składane wyjaśnienia, choć zamawiający w wezwaniu wprost wskazał, że oczekuje ich złożenia celem oceny możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia. Stwierdził, że przystępujący nie przedłożył dowodów jak umowy z projektantami, dowody zakupy posiadanego sprzętu, kalkulacji indywidualnych, czy zestawienia przewidywanej liczby godzin pracy zespołu projektowego; w przedłożonych wyjaśnieniach nie przedstawiono również wartości zysku jaki założył przystępujący.

Ocenił, że w wyjaśnieniach przystępujący poprzestał jedynie na ogólnikowym stwierdzeniu, że w celu zwiększania szans na wygraną zastosował minimalny zysk, nie podając jednocześnie żadnej założonej kwoty, czy wartości procentowej założonego zysku.

Podniósł, że trudno merytorycznie ustosunkować się do złożonych przez przystępującego wyjaśnień, a to wobec braku w nich jakichkolwiek istotnych informacji dotyczącej sposobu tak niskiego skalkulowania ceny, w tym kosztów pracy, liczby przewidywanych godzin pracy zespołu projektowego, czy wskazanie istnienia okoliczności umożliwiających ich obniżenie.

Stanął na stanowisku, że trudno uznać za udowodnienie rzetelności wyliczenia ceny ofertowej jedynie poprzez wskazanie ogólnych okoliczności dostępnych niemal dla każdego wykonawcy oraz poprzestanie na samych zapewnieniach – treść złożonych przez przystępującego wyjaśnień ma charakter ogólny, abstrakcyjny, co w konsekwencji skutkuje

tym, iż takowe wyjaśnienia traktowane są tak, jakby wyjaśnienia nie zostały w ogóle złożone ze skutkiem przewidzianym w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Stwierdził, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, a także w doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co oznacza przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp; z momentem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Złożone w tym przedmiocie wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę, czemu przystępujący w przedmiotowym postępowaniu nie sprostał.

Podniósł wreszcie, że zamawiający odrzuca zarówno ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołał się na wyrok IV Ca 1299/09 Sądu Okręgowego w Warszawie, zgodnie z którym *„Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie. Ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „podpowiadać” wykonawcy dlaczego uważa cenę za zbyt niską.”*

Podsumował, że w świetle przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp podstawą odrzucenia oferty przystępującego jest nie tylko stwierdzenie przez zamawiającego, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest ceną rażąco niską, ale taką podstawą jest także niezłożenie wyjaśnień, przy czym zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przez niezłożenie wyjaśnień należy również rozumieć sytuację niezłożenia wyjaśnień odpowiadających wezwaniu zamawiającego, wyjaśnień ogólnych, niekompletnych.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego przy piśmie z dnia 6 kwietnia 2020 r. „Odpowiedzi na odwołanie” – pismo zamawiającego z dnia 19 marca 2020 r., pisma zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2020 r., pisma odwołującego z dnia 12 czerwca 2020 r., a także stanowisk zamawiającego i wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia/rozprawy odwołujący się

nie stawiał), zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wszystkich zarzutów, tj.:

- uznania wyjaśnień złożonych przez przystępującego za wystarczające i „obalające” podejrzenie „rażąco niskiej ceny” złożonej oferty,
- niedochowania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez wybór oferty przystępującego, który to wybór zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy potwierdziły się,
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo, że złożone wyjaśnienia nie odpowiadają wezwaniu zamawiającego, są ogólne i niekompletne, co jest równoznaczne z niezłożeniem wyjaśnień

skład orzekający Izby zbiorczo ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie z ww. zarzutami zostało złożone wobec czynności zamawiającego z dnia 6 marca 2020 r., polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Wybór ten poprzedzało złożenie przez przystępującego wyjaśnień (odpowiedź z dnia 15 stycznia 2020 r. na wezwanie zamawiającego z 14 stycznia 2020 r.).

Uwzględniając częściowo odwołanie, zamawiający w piśmie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2020 r. zapowiedział, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowi wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie do rażąco niskiej ceny (pismo to otrzymał do wiadomości także odwołujący).

Pismem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2020 r. zamawiający zawiadomił, że unieważnił w dniu 20 marca 2020 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz w tym samym dniu ponownie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny; oświadczył, że jest w trakcie ponownego badania i oceny oferty przystępującego (pismo to otrzymał do wiadomości także odwołujący).

Na posiedzeniu zamawiający potwierdził i okazał składowi orzekającemu Izby dokumentację postępowania, że wykonał zapowiadane przez siebie czynności, tj. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwał ponownie przystępującego do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaferowania ceny rażąco niskiej. O dokonaniu nowych czynności zawiadomił wykonawców. Dodatkowo zamawiający oświadczył, że chociaż dokonał już oceny złożonych na drugie wezwanie wyjaśnień przystępującego, to nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podnieść należy, że częściowe uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, przy braku sprzeciwu przystępującego pozwala składowi orzekającemu przyjąć, że nie ma pomiędzy stronami sporu co do tego, że złożone przed czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 6 marca 2020 r. wyjaśnienia przystępującego nie dawały do podstaw faktycznych i prawnych, aby wyboru takiego dokonać, a w dalszej konsekwencji, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uznać zatem należało, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp.

Dostrzeżenia wymaga, że unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 6 marca 2020 r., wobec której i w związku z którą (zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego) odwołujący sformułował zarzuty, zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wynik postępowania został anulowany – unieważniony, a skoro tak, to naruszenia ustawy Pzp, jakich dopuścił się zamawiający (nie tylko tych, których naruszenie w istocie zamawiający przyznał, uwzględniając odwołanie i unieważniając wybór z 6 marca 2020 r., ale także ewentualnie innych) nie mają wpływu na tenże wynik, co przesądza o konieczności oddaleniu odwołania. Zgodnie bowiem z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *„Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.”*

Bezspornie ponowienie czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, ponowna ocena tych wyjaśnień mogą mieć wpływ na wynik postępowania, ale nie na wynik w postaci wyboru oferty przystępującego z dnia 6 marca 2020 r., ale na ponowny – nowy wybór (czynności tej na dzień rozprawy zamawiający nie podjął). Wobec tych nowych czynności oraz samego ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący mógł lub będzie jeszcze mógł złożyć odrębne odwołanie.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: