

Sygn. akt KIO 472/13

**WYROK**  
z dnia 15 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2013 r. przez Komplet Inwest Sp. j. T..... G....., E..... P..... – N..... w Gorzowie Wielkopolskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Dolnośląskie we Wrocławiu

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Województwu Dolnośląskiemu we Wrocławiu unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Komplet Inwest Sp. j. T..... G....., E..... P..... – N..... w Gorzowie Wielkopolskim oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec Komplet Inwest Sp. j. T..... G....., E..... P..... – N..... w Gorzowie Wielkopolskim;

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Dolnośląskie we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Komplet Inwest Sp. j. T..... G....., E..... P..... – N..... w Gorzowie Wielkopolskim.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Dolnośląskie we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w zakresie nadzoru inwestorskiego i usług dodatkowych dla zadania pn. „Budowa Sali sportowej w Zespole Szkół Ponadgimnazjalnych w Biedzychowicach”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w **Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 11969-2013 22 stycznia 2013 r.**

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający pismem z 27 lutego 2013 r., zawiadomił o wykluczeniu z postępowania Komplet Inwest Sp.j. T..... G....., E..... P..... – N..... w Gorzowie Wlkp. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu braku spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 Pzp zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy, gdyż uznał, że zawierała rażąco niską cenę i z tego powodu nie wzywał wykonawcy *w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu osób. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp* dokonany przez siebie obliczeniem kosztów wykonania zamówienia, zgodnie z którym w szczególności wynagrodzenie personelu kluczowego przyjęte zostało na zbyt niskim poziomie.

Komplet Inwest Sp.j. T..... G....., E..... P..... - N..... zachowując termin ustawowy oraz obowiązek wynikający z art. 180 ust. 5 Pzp wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez wykluczenie odwołującego z postępowania, mimo że spełnił warunki udziału w postępowaniu;

art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wyjaśnień w stosunku do oświadczeń i dokumentów złożonych przez odwołującego, mimo że spełniały warunki zawarte w SIWZ;

art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia uzupełnień w stosunku do oświadczeń i dokumentów złożonych przez odwołującego, mimo że spełniały warunki zawarte w SIWZ;

- art. 89 ust. 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 przez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, mimo że odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, mimo, że przedstawił wyjaśnienia prawidłowego wyliczenia ceny i wyjaśnił brak rażąco niskiej ceny w jego ofercie;
- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności badania i oceny ofert - w tym wykluczenia odwołującego i odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert, zwrot kosztów udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący oświadczył, że twierdzenie zamawiającego o niespełnieniu przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu jest błędne, a odwołujący w swojej ofercie wykazał wszelkie wymagane SIWZ informacje.

Odnosząc się do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł, że precyzyjnie ustosunkował się do wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Uznał, że zarzut „lakoniczności” wyjaśnień nie można uznać za obiektywny w sytuacji, gdy zamawiający ogólnie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w szczególności nie wskazał czynników, względem których wymaga szczegółowego wyjaśnienia, pozostawiając dowolność wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że przedstawił sporą ilość czynników, które mają wpływ na redukcję kosztów rzutujących na proponowaną cenę (min. bliskość zaplecza kadrowego, zatrudnienie części personelu na podstawie umowy o pracę, koszty ogólne funkcjonowania przedsiębiorstwa w rozbiciu na przeszło 20 równorzędnych prowadzonych inwestycji w terenie, dysponowanie rozbudowanym zapleczem technicznym, itp.). Zarzucił, że zamawiający bardzo wybiórczo i wg własnej kalkulacji dokonał przemnożenia kosztów zupełnie nie biorąc pod uwagę czynników wskazanych przez odwołującego. Skupił się nadto na założonych przez siebie poszczególnych elementach cenotwórczych, nie zaś na cenie końcowej zbilansowanej przez czynniki znacznie redukujące nakłady przedsiębiorstwa rozumianego jako podmiot równolegle sprawujący nadzór nad kilkudziesięcioma inwestycjami w tym samym czasookresie.

Odwołujący wskazał, że gdyby przyjąć sposób kalkulacji dojazdów zaprezentowany przez Zamawiającego, to koszty dojazdu kadry wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę z z Wrocławia stanowiłyby 28.050zł. **Koszt ten praktycznie w całości konsumuje różnice cenowe pomiędzy ofertą odwołującego, a wykonawcy wybranego.** Przedstawione zestawienie wskazuje, że przy uwzględnieniu wyjątkowo korzystnych warunków realizacji podobnego zamówienia i przybliżonej lokacji oferty odwołującego i wykonawcy wybranego **byłyby ofertami porównywalnymi.**

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w kwocie 148.000 zł. Na rozprawie zamawiający oświadczył, że wartość ta stanowi średnią z cen wskazanych przez dwóch z pięciu przedsiębiorców działających na rynku, do których zwrócił się przed wszczęciem postępowania.

Jedyne kryterium wyboru ofert stanowi cena.

W postępowaniu oferty złożyli wykonawcy z cenami:

- Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „INWEST-PROJEKT” Sp. z o. o. - 56.346,50 zł;
- odwołujący – 87.330,00zł;
- J..... L..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą – Zakład Projektowania i Usług Inwestycyjnych „PROBUDEX” J..... L..... we Wrocławiu – 115.620 zł;
- Konsorcjum Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o. o. we Wrocławiu – 153.627 zł;
- A..... J..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą INTELBUA..... J..... w Świętochowej – 188.190 zł;
- Wałbrzyska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o. w Wałbrzychu – 204.180 zł;
- SAFEGE S.A. w Nanterre (Francja) – 218.940 zł;
- AECOM Sp. z o.o. w Warszawie – 224.782, 50 zł.

Zamawiający pismem z 19 lutego 2013 r. działając w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp. wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jego oferty. Zamawiający powołując się na art. 90 ust. 2 Pzp zażądał wskazania czynników obiektywnych oraz istotnych elementów, które wpłynęły na cenę oferty, w tym szacunek kosztów, przewidywany zysk oraz inne istotne elementy oferty.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący pismem z 20 lutego 2013 r., udzielił wyjaśnień. Wskazał, że najbardziej istotną dla kalkulacji ceny okolicznością jest fakt dysponowania kadrą niezbędną do realizacji przedmiotu zamówienia przebywającą stale w Zgorzelcu, oddalonym od Biedzychowic o ok. 35 km, realizującą równolegle nadzór nad budową Hali Sportowej. Odwołujący oświadczył, że wynagrodzenie personelu kluczowego wynosi 70% oraz, że koszt personelu pomocniczego, który obsługuje kilka inwestycji mieści się w kosztach ogólnych przedsiębiorstwa. Koszty te stanowią 25 % a ich niska wysokość wynika z rozłożenia ich na kilka zadań inwestycyjnych oraz posiadania własnej obsługi całości działalności przedsiębiorstwa.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada kontenery socjalne oraz sprzęt niezbędny do organizacji biura budowy oraz potrzebne pojazdy, korzysta z usług telefonii korporacyjnej i nie będzie musiał ponosić kosztów związanych z zakwaterowaniem personelu. Wskazał, że zysk przedsiębiorstwa w wysokości 5% ograniczony jest do wynagrodzenia wspólników biorących udział w wykonaniu umowy.

Odwołujący podkreślił, że w ostatnich latach koszt obsługi inwestycji o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia wynosi ok. 1-2,5% wartości robót. Wskazał również na znaczny spadek wartości kontraktów w okresie ostatnich 12 miesięcy oraz zastosowany przez odwołującego wskaźnik wysokości wynagrodzenia za pełnienie nadzoru w stosunku do wartości robót budowlanych na poziomie 1,5%.

W formularzu ofertowym na stanowisku kierownika projektu wskazano Panią P..... N..... oraz dodano adnotację, iż jest ona **wspólnikiem firmy**, na stanowisku inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych wskazano Pana P..... z informacją, że pozostaje on związany stosunkiem pracy (umowa o pracę). Pozostałe **trzy osoby niezbędne do wykonania zamówienia związane są z odwołującym stosunkiem cywilnoprawnym**.

W części III.3.4) lit.c) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale V pkt 1.3. lit c) tiret 1 i 2 SIWZ zamawiający wymagał dysponowania osobami do pełnienia funkcji branżowych inspektorów nadzoru posiadających aktualne uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami w branżach:

- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych wentylacyjnych i gazowych;
- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych

Zgodnie z treścią wykazu osób, żadna z osób wskazanych przez odwołującego nie posiada wymaganych uprawnień.

Ustaleń Izba dokonała na podstawie wymienionych pism i oświadczeń.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą i spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż cena jego oferty jest niższa, niż cena oferty uznanej za najkorzystniejszą, a wykonawca, który złożył ofertę z ceną niższą niż cena oferty odwołującego, został wykluczony z postępowania.

Istotą sporu jest prawidłowość odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jeśli czynność odrzucenia oferty odpowiada prawu, nie wystąpi podstawa do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp względem odwołującego.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp może nastąpić wyłącznie po wykorzystaniu przez zamawiającego procedury wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający może odrzucić ofertę, jeśli wezwany wykonawca nie złoży wyjaśnień lub jeśli treść wyjaśnień nie umożliwi stwierdzenia w sposób obiektywny, że po stronie wykonawcy występują czynniki umożliwiające redukcję kosztów wykonania zamówienia.

Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena oferty została obliczona prawidłowo i wysokość ceny pozwala racjonalnie oczekiwać, że wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia z należytą starannością.

*Wyjaśnienia takie muszą być możliwe do oceny na podstawie obiektywnych kryteriów, których przykładowy katalog zawarty jest w art. 90 ust. 2 Pzp.*

*W postępowaniu odwoławczym obowiązują zwykłe reguły dowodzenia, czyli ciężar dowodu spoczywa na twierdzącym (art. 190 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c.). Jeśli zamawiający odrzuca ofertę po ocenie wyjaśnień otrzymanych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, winien – w granicach wynikających z uzasadnienia odrzucenia oferty – wykazać przed Izbą, że z treści wyjaśnień wynika zaoferowanie ceny rażąco niskiej.*

*Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Izba uznała, że niezasadnie zamawiający uznał, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie zawierają oczekiwanych treści.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że oczekiwał pozycji kosztorysowych poszczególnych grup kosztów. Oczekiwanie to nie zostało wyartykułowane w wezwaniu do wyjaśnień. Zamawiający oczekiwał podania przez odwołującego wskazanych grup kosztów i

żądaną informację otrzymał, przez podanie ich procentowego udziału w cenie oferty. Odwołujący wskazał również na przyjęte przez siebie założenia założenia i indywidualne uwarunkowania, które są możliwe do oceny z zastosowaniem obiektywnych kryteriów, tak jak wymaga tego art. 90 ust. 2 Pzp.

Zamawiający nie może czynić podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp zbyt wąskiego zakresu udzielonych wyjaśnień, jeśli nie określił wyraźnie swoich oczekiwań w treści wezwania, a uzyskane wyjaśnienia są adekwatne do wezwania oraz możliwe do bezstronnej oceny.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Brzmienie przywołanego przepisu nakazuje odnieść badaną cenę do przedmiotu zamówienia, jego rodzaju, rozmiaru, złożoności, ewentualnych cech charakterystycznych, a nie wyłącznie do wartości przedmiotu zamówienia. Samo kryterium arytmetyczne jest niewystarczającym uzasadnieniem dla odrzucenia oferty. Potwierdza to jednoznacznie piśmiennictwo oraz orzecznictwo.

Już powyższa konstatacja podważa prawidłowość stanowiska zamawiającego, który zasadniczym punktem swojej argumentacji uczynił różnicę ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a pominął specyfikę tego przedmiotu.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał na okoliczności będące w ocenie Izby wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonania zamówienia dostępnymi wykonawcy. Okoliczności te mają obiektywny wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty i zostały przez zamawiającego niezasadnie pominięte, mimo że są one zgodne ze stanem rzeczy ujawnionym w dokumentach złożonych wraz z ofertą.

Odwołujący wskazał, że nadzoruje inwestycję położoną w nieodległym Zgorzelcu i ma zamiar zrealizować zamówienie za pomocą wykorzystywanego tam personelu. Jest to realne w świetle oświadczenia złożonego na rozprawie, że aktualnie inwestycja w Zgorzelcu realizowana w trybie „zaprojektuj i wybuduj”, znajduje się na etapie prac projektowych. Pełnienie obowiązków inżyniera kontraktu, o ile zamawiający nie ustali odmiennych wymogów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wiąże się z obecnością na nadzorowanej budowie przez określoną liczbę godzin, a zaangażowanie wykonawcy podyktowane jest etapem wykonywania robót budowlanych i aktualną sytuacją na budowie. Stąd przedsiębiorcy zmierzając do racjonalizacji zatrudnienia i ponoszonych kosztów dążą do tego, by poszczególni członkowie zespołu mogli nadzorować więcej niż jedną inwestycję. Jest to zwyczajowo praktykowane przez wszystkie firmy trudniące się nadzorem inwestorskim i stanowi o specyfice branży.

Błędnie zatem przyjmuje zamawiający, że źródłem całości miesięcznego wynagrodzenia osób niezbędnych do wykonania zamówienia oraz kosztów przedsiębiorstwa odwołującego

będzie wyłącznie cena oferty i w związku z tym to wynagrodzenie zostało skalkulowane na zbyt niskim poziomie. Wynagrodzenie, jak odwołujący wskazał w wyjaśnieniach będzie adekwatne do zaangażowania danej osoby w wykonanie zamówienia.

Zamawiający pominął również fakt, wskazany w wykazie osób, że Pani P.....-N..... jest **wspólnikiem odwołującego – spółki jawnej**. **Brak jest podstaw do kwestionowania tezy, że jej wynagrodzenie liczone będzie w ciężar zysku odwołującego.**

*Kolejno, Pan P.....* jako jedyna z osób wskazanych do wykonania zamówienia jest związany z odwołującym stosunkiem pracy, pozostałe trzy osoby łączy z odwołującym stosunek cywilnoprawny, co wobec równoległej obsługi innej inwestycji stanowi obiektywny czynnik kształtujący koszty osobowe.

Zamawiający pominął również wskazane w wyjaśnieniach przez odwołującego obiektywne czynniki kształtujące na bardzo niskim poziomie jego koszty ogólnozakładowe - **posiadanie** niezbędnego zaplecza technicznego: kontenerów socjalnych, komputerów, mebli, sprzętu biurowego oraz brak konieczności poniesienia kosztów telefonów, internetu z racji posiadania abonamentu.

Wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie potwierdzają poglądu zamawiającego o rażąco niskiej cenie oferty odwołującego, zwłaszcza jeśli się weźmie pod uwagę, że zamawiający nie zbadał ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą. Skoro zamawiający nie uznał za wystarczające wskazywanych przez odwołującego okoliczności, które mają obiektywne znaczenie dla wysokości ceny oferty, to rodzi się pytanie, na jakiej podstawie zamawiający uznał, że cena oferty wybranej została obliczona w sposób rzetelny.

Wskazywane przez odwołującego przyczyny pozwalające na redukcję kosztów nie muszą być dostępne każdemu wykonawcy, nawet działającemu lokalnie.

Nie wiadomo bowiem, jakie koszty wykonawca wybrany poniesie w związku z wykonaniem umowy, czy czynniki wskazywane przez odwołującego dotyczą również wykonawcy wybranego – nie wiadomo, ani jakie nakłady musiałby on ponieść w związku z wykonaniem zamówienia.

Zamawiający uznał, że cena oferty najkorzystniejszej jest rzetelna wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, co w okolicznościach sprawy jest szczególnie wadliwe. Wartość zamówienia zamawiający kalkulował wyłącznie na podstawie uzyskanych przed wszczęciem postępowania szacunków pochodzących od dwóch potencjalnych wykonawców.

Różnice między cenami ofertami są znaczące. Nie sposób zatem jako punkt odniesienia przyjąć średnią cenę wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający w swoim stanowisku pominął również aktualną sytuację rynkową, w ogóle nie odniósł się do aktualnej sytuacji rynkowej oraz podnoszonej przez odwołującego relacji ceny oferty do wartości robót budowlanych.



Izba uznała, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z obrażą art. 7 ust. 1 Pzp. art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W konsekwencji potwierdzenie znalazł również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający przed dokonaniem wykluczenia z powodu braku przez osoby niezbędne do wykonania zamówienia wymaganych uprawnień powinien wezwać odwołującego do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czego zaniechał.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....