

Sygn. akt: KIO 1679/18

WYROK

z dnia 4 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 września 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2018r. przez **wykonawcę T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa „ATS 999” T. S. z siedzibą w Białej Podlaskiej, ul. Józefa Furmana 19** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Miejską Biała Podlaska z siedzibą w Białej Podlaskiej, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 3**

przy udziale wykonawcy **ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu, ul. Jana Kiepury 6** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1679/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje:

- a) unieważnienie czynności odrzucenia oferty T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa „ATS 999” T. S. z siedzibą w Białej Podlaskiej, ul. Józefa Furmana 19,
- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa „ATS 999” T. S. z siedzibą w Białej Podlaskiej, ul. Józefa Furmana 19 do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, w tym:
 - do wyjaśnienia i podania stawki godzinowej dla poszczególnych inspektorów nadzoru oraz koordynatora,
 - wskazanie ilości godzin zaoszczędzonych w ramach pracochłonności z

uwagi na wykonanie przez T. S. dokumentacji projektowej,

- wyjaśnienie czy w kosztach uwzględniono i w jakiej wysokości potrzebę weryfikacji dokumentacji projektowej,

- wskazanie wielkości zysku odwołującego w sytuacji, gdyby nie pełnił osobiście funkcji koordynatora i inspektora nadzoru branży konstrukcyjnej,

- wskazanie wysokości kosztów eksploatacyjnych korzystania z biura będącego własnością T. Si. dla potrzeb wykonania zamówienia (energia elektryczna, woda, łącze internetowe, telefoniczne itp.),

- wyjaśnienia i przedstawienia dowodu na realność kalkulacji weryfikacji geodezyjnej,

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Miejską Biała Podlaska z siedzibą w Białej Podlaskiej, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 3 i :

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa „ATS 999” T. S. z siedzibą w Białej Podlaskiej, ul. Józefa Furmana 19 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od Zamawiającego: Gminę Miejską Biała Podlaska z siedzibą w Białej Podlaskiej, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 3 na rzecz T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa „ATS 999” T. S. z siedzibą w Białej Podlaskiej, ul. Józefa Furmana 19 kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na nadzór inwestorski nad realizacją zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa stadionu miejskiego w Białej Podlaskiej – I etap” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 lipca 2018r. za numerem 587391-N-2018.

W dniu 16 sierpnia 2018r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa „ATS 999” T. S. z siedzibą w Białej Podlaskiej, ul. Józefa Furmana 19 – dalej odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy wskazując, że wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną przez odwołującego cenę są zbyt ogólne. W dniu 20 sierpnia 2018r. odwołujący wniósł odwołania, które podpisał właściciel firmy. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 20 sierpnia 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy przez podjęcie następujących czynności naruszających:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że odwołujący złożył wyjaśnienia potwierdzające, że możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego za zaoferowaną cenę oraz mimo że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. Art. 90 ust. 1- 3 ustawy przez nieprawidłową i nienależytą ocenę oferty odwołującego i wyjaśnień udzielonych przez odwołującego, wskutek czego zamawiający uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez brak podania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego faktycznego uzasadnienia dla tej czynności (zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdził lakonicznie, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego są dla niego ogólne).
4. art. 90 ust. 1 ustawy przez brak wezwania odwołującego do ewentualnego uszczegółowienia złożonych wyjaśnień datowanych na dzień 30.07.2018r.(data wpływu do zamawiającego 31.07.2018r.), czy też do przedstawienia dalszych dokumentów, jeśli w ocenie zamawiającemu wyjaśnienia wykonawcy były „zbyt ogólne” i wymagały doprecyzowania;

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
 - b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, ewentualnie wezwania odwołującego do złożenia dalej idących wyjaśnień dotyczących ceny, w tym dowodów, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, ponieważ wskutek bezpodstawnego odrzucenia jego oferty utracił możliwość uzyskania niniejszego zamówienia. Dokonanie przez zamawiającego czynności zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie doprowadziłoby do odrzucenia oferty, która byłaby najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert w postępowaniu (oferta ta poddana ocenie z zastosowaniem kryteriów oceny ofert otrzymałaby najwyższą liczbę punktów), byłaby uznana za ofertę ocenioną najwyżej, a tym samym w takiej sytuacji mógłby uzyskać zamówienie. Tak więc, gdyby zamawiający zachował się zgodnie z prawem, oferta odwołującego mogła być wybrana i miałaby szanse na osiągnięcie korzyści ekonomicznych z realizacji zamówienia.

Odwołujący się złożył ofertę w niniejszym postępowaniu oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 128 781,00 zł brutto. Pismem z dnia 16 sierpnia 2018r. znak ZP.271.3.3.2018.MCH2 zamawiający poinformował, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy odrzucił jego ofertę wskazując jednocześnie, że odrzuca ofertę ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu czynności odrzucenia zamawiający podniósł, że co prawda wykonawca złożył wyjaśnienia, lecz w ocenie zamawiającemu są one zbyt ogólne i z tego względu wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zdaniem zamawiającego wykonawca nie przedstawił również w jaki sposób czynności wskazane w wyjaśnieniach wpływają na obniżenie ceny, a także czy zakładane koszty nie zostały zaniżone do poziomu uniemożliwiającego należyte wykonanie zamówienia. W dalszej części uzasadnienia zamawiający przytoczył podstawę prawną czynności odrzucenia i uzasadnienie prawne.

Powyższe czynności zamawiającego są zdaniem odwołującego niezgodne z przepisami ustawy i dlatego nie mogą się ostać.

W ocenie odwołującego się zamawiający nie przedstawił merytorycznej, zindywidualizowanej oceny oferty odwołującego w kontekście rażąco niskiej ceny. Nie sprecyzował konkretnych powodów, dla których uznał ofertę odwołującego za ofertę zawierającą rażąco niską cenę i dlatego uznał, że odwołujący nie może wykonać za tą cenę przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie odniósł się szczegółowo do obszernych i popartych dowodami wyjaśnień odwołującego, które zawierały nie tylko szczegółową kalkulację ceny zaoferowanej w ofercie tj. poszczególnych jej elementów, ale również były poparte dokumentami w postaci umowy o podwykonawstwo, referencjami oraz umową zlecenia. Zamawiający w piśmie z dnia 16.08.2018r. poprzestał zaś jedynie na lakonicznym stwierdzeniu, że „złożone przez Wykonawcę „ATS 999” T. S. wyjaśnienia są „zbyt ogólne”.

Złożone zaś w niniejszym postępowaniu przez odwołującego wyjaśnienia, w jego własnej, wyjaśnienia czyniły zadość żądaniu zamawiającego oraz nie potwierdzały, że cena jest rażąco niska, były jasne i nie budziły wątpliwości. W piśmie tym odwołujący wskazał na konkretne

sprzyjające warunki wykonania zamówienia, które mają wpływ na cenę oferowaną przez odwołującego oraz w sposób wyczerpujący przedstawił i uzasadnił każdy element skalkulowanej ceny zawartej w ofercie. Zamawiający nie wskazał co miałyby świadczyć o braku możliwości prawidłowego wykonania zamówienia, nie pytał, ani nie dopytywał o kwestie, które miałyby świadczyć przeciwko ofercie odwołującego. Zamawiający nie wskazał co jawi się jako niewiarygodne, czy niedostosowane do zamówienia, bądź, jakie stawki są, w jego ocenie, nierealistyczne i dlaczego końcowa cena całej oferty zostaje uznana za rażąco niską. Zamawiający nie podał w sposób jasny na czym opiera swoją negatywną ocenę.

Zdaniem odwołującego zamawiający mógł wystosować kolejne wezwanie szczegółowo rozpytując o składniki ceny, bowiem taką możliwość dawał zamawiającemu art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający natomiast nie wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do ewentualnego uszczegółowienia wyjaśnień, czy też do przedstawienia konkretnych dokumentów, mimo utrwalonego już stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, że jeżeli udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wymagają doprecyzowania, zamawiający jest uprawniony do dalszego zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień. W orzecznictwie wskazuje się na dopuszczalność więcej niż jednokrotnego wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, szczególnie, gdy ma ono postać dalszego, doprecyzowującego ustalenia okoliczności poruszonych w wyjaśnieniach (m.in. wyrok KIO z 8 lutego 2018 r. (KIO 152/18)). Z tych względów zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy jest uzasadniony.

W świetle treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający może odrzucić ofertę w dwóch wypadkach: gdy wykonawca zlekceważy wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty i nie złoży wyjaśnień a także gdy z tych wyjaśnień oraz załączonych dowodów wynika, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca 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.

Na gruncie wyjaśnień złożonych przez odwołującego i załączonych do nich dokumentów odwołujący stwierdził, iż ponad wszelką wątpliwość zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący złożył wyjaśnienia obszernie, szczegółowe, jasne oraz wyczerpujące. Wyjaśnienia te zawierają szczegółowe wyliczenia oraz uzasadnienie, na podstawie których, można z całą stanowczością stwierdzić, że zawierają one treści pozwalające na kategorię ocenę, że w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Odwołujący odwołał się do orzecznictwa Izby dotyczącego wykładni pojęcia rażąco niska cena - m.in. KIO 115/18 , wyrok z dnia 02.02.2018r. Podniósł, że zamawiającym spoczywa obowiązek precyzyjnego wskazania zakresu wyjaśnień wymaganych od wykonawcy w trybie art. 90 ustawy Pzp. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 lutego 2017 r. (KIO 289/17), w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2017 r. (KIO 425/17, KIO 426/17).

Zamawiający pismem z dnia 25.07.2018r. znak: ZP.271.3.3.2018r.MCH2, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Jednocześnie w piśmie tym zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że „Zaoferowana przez Państwa całkowita cena oferty jest niższa o 82,60% od szacunkowej wartości zamówienia po ubruttowaniu oraz o 67,56% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert”. W dalszej części tegoż pisma zamawiający ograniczył się do przytoczenia podstawy prawnej wezwania. Zatem przedmiotowe wezwanie zamawiającego miało charakter ogólnikowy. W tym kontekście tym bardziej budzi wątpliwości zarzut zamawiający co do tego, iż złożone wyjaśnienia są „zbyt ogólne”. Tymczasem wyjaśnienia odwołującego zawierają uwzględnienie wszystkich kosztów, zarówno ponoszonych wyłącznie w celu realizacji niniejszego zamówienia, jak i kosztów stanowiących część kosztów stałych ponoszonych przez odwołującego i świadczą o rzetelności obliczenia oferowanych prac. Odnośnie szczególnych warunków wskazać trzeba, że jak wykazywał odwołujący w wyjaśnieniach:

- Całkowite koszty świadczenia konsultacji i doradztwa w sposób ciągły, przeszkolenia pracowników biorących udział w nadzorowaniu inwestycji zgodnie z umową o podwykonawstwo zawartą z: PILAMIS Sp. z o.o. Sp.k. Al. Piłsudskiego 133d lok 127, 92-318 Łódź wynoszą 24 600,00 zł brutto (uwzględniają wykonanie całego przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją” oraz wszystkie obowiązki wykonawcy niezbędne do zrealizowania usługi o których mowa w specyfikacji).

- Całkowite koszty pracy wraz z kosztami dodatkowymi typu dojazdu na teren budowy i pobyt na niej oraz pozostałe wydatki związane ze sprawowaną funkcją Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w branży elektrycznej (J. M.) zgodnie z umową o podwykonawstwo zawartą z: ELMEL Projektowanie i Nadzór J. M. Rakowiska ul. Kryształowa 76A, 21-500 Biała Podlaska wynoszą 22 386,00 zł brutto (uwzględniają wykonanie całego przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją” oraz wszystkie obowiązki wykonawcy niezbędne do zrealizowania usługi o których mowa w specyfikacji).

- Całkowite koszty pracy wraz z kosztami dodatkowymi typu dojazdu na teren budowy i pobyt na niej oraz pozostałe wydatki związane ze sprawowaną funkcją Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w branży sanitarnej (P. D.) zgodnie z umową o podwykonawstwo zawartą z: Biuro Projektów i Wycen Majątkowych MDM P. D., ul. Wąska 2a, 21-530 Piszczac wynoszą 24 969,00 zł brutto (uwzględniają wykonanie całego przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją” oraz wszystkie obowiązki wykonawcy niezbędne do zrealizowania usługi o których mowa w specyfikacji).;

- Całkowite koszty pracy wraz z kosztami dodatkowymi typu dojazdu na teren budowy i pobyt na niej oraz pozostałe wydatki związane ze sprawowaną funkcją Inspektora Nadzoru

Inwestorskiego w branży drogowej –J. T. zgodnie z umową zlecenie wynoszą 18 000,00 zł brutto (uwzględniają wykonanie całego przedmiotu zamówienia określonego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją” oraz wszystkie obowiązki wykonawcy niezbędne do zrealizowania usługi o których mowa w specyfikacji).

- firma odwołującego posiada własny budynek usługowy zlokalizowany w Białej Podlaskiej w którym znajduje się sala na narady wyposażona w stół i krzesła na minimum osiemnaście osób. Spełnienie więc tego wymagania nie generuje dla niego dodatkowych kosztów - Całkowite koszty związane ze sprawowaną weryfikacją geodezyjną wynoszą 3690,00 zł brutto (uwzględniają wykonanie całego przedmiotu zamówienia określonego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją” oraz wszystkie obowiązki wykonawcy niezbędne do zrealizowania usługi o których mowa w specyfikacji).

- Koszty ewentualnych wydruków dokumentacji budowy, xero, skanowania, składania, oprawy itp. wynoszą 984,00zł brutto uwzględniając oszczędności (obniżenie ceny) w kwocie 1500,00zł brutto ze względu iż wykonawca posiada własną bazę sprzętową do sporządzenia wszelkich wydruków, xero, skanowania w tym wielkoformatowych oraz ich składania. (do wyceny przyjęto 600m2 wydruków a koszt 984,00zł brutto obejmuje koszt papieru, materiałów eksploatacyjnych i ewentualny serwis)

- Pozostała kwota która wynosi 34 152,00 zł brutto pomniejszona o podatek VAT i ewentualny podatek dochodowy jest moim dochodem i wynagrodzeniem za pracę odwołującego tj. pracę wraz z kosztami dodatkowymi typu dojazdu na teren budowy i pobyt na niej oraz pozostałe wydatki związane z pełnieniem funkcji Kierownika-Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego oraz funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w branży konstrukcyjno-budowlanej;

- Proces budowlany będzie również o wiele płynniejszy i szybszy ze względu na fakt iż inspektorzy nadzoru poszczególnych branż będą mogli jako autorzy projektu bezzwłocznie podejmować decyzje o ewentualnych zmianach wnioskowanych przez zamawiającego (brak potrzeby pisania pism do autorów projektu o zgodę na zmiany w dokumentacji projektowej a następnie oczekiwanie na ich odpowiedź).

- Kolejnym wyjątkowo sprzyjającym warunkiem wykonania zamówienia jest dla odwołującego fakt iż bardzo duży zakres zamówienia wykona własnymi siłami: będzie sprawował dwie funkcję: Kierownika-Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego oraz funkcję Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w branży konstrukcyjno-budowlanej na co pozwala mu jego doświadczenie zawodowe oraz posiadane uprawnienia budowlane co również ma znaczący wpływ na oszczędności (obniżenie ceny mojej oferty).

- Wpływ na wycenę oferty ma również fakt iż umowa na projekt budowlany stadionu który wykonała firma odwołującego przewidywała wizyty w ramach nadzoru autorskiego za które nie otrzymałby zgodnie z umową już żadnego dodatkowego wynagrodzenia.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie uwzględnił faktu, iż odwołujący wykonał projekt

budowlany stadionu, jest wykonawcą posiadając siedzibę na terenie Białej Podlaskiej, zaś jego pozycja na rynku jest ugruntowana. Celem wykonawcy składającego ofertę na udzielenie zamówienia jest osiągnięcie zysku. Skoro zatem wykonawca, mając już doświadczenie w tego typu zamówienia, wiedziałby, że nie osiągnie zysku nie złożyłby przedmiotowej oferty.

Pokreślił dodatkowo bardzo istotny fakt iż Wykonawca J. S. H. Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowa, ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 Warszawa również został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień czy jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mimo złożenia przez niego wyjaśnień nie załączył on żadnych dowodów ukierunkowanych na udowodnienie zamawiającemu że zaoferowana przez niego cena w ofercie nie jest rażąco niska. Jego oferta nie została odrzucona, zaś oferta Wykonawcy Konsorcjum firm: Lider: INVESTCOM Sp. z o.o., ul. Pokoju 33, 21-500 Biała Podlaska Partner: Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., ul. Elewatorska 17/1, 15-620 Białystok została odrzucona przez zamawiającego pismem z dn. 16.08.2018r. na tej podstawie że jego wyjaśnienia nie zawierały jakichkolwiek dowodów ukierunkowanych na udowodnienie zamawiającemu że zaoferowana przez niego cena w ofercie nie jest rażąco niska.

W dniu 21 sierpnia 2018r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 24 sierpnia 2018r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu, ul. Jana Kiepury 6 wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że wobec faktu, iż oferta najkorzystniejsza nie została jeszcze wybrana, a z postępowania zamawiający wyeliminował oferty dwóch wykonawców, tym samym przy utrzymaniu bieżącego wyniku postępowania przystępujący będzie konkurował o przedmiotowe zamówienie tylko z jednym wykonawcą, co zwiększa jego szanse na uzyskanie zamówienia. Tym samym zwiększenie konkurencji o jeszcze jednego wykonawcę zmniejsza szanse przystępującego. Ma on zatem interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. W uzasadnieniu wniosku o oddalenie odwołania przystępujący zacytował treść art. 90 ust. 1 ustawy i wskazał, że należy go rozumieć w ten sposób, że na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska, co poparł wyrokiem Izby z dnia 14 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 637/15, wyrokiem z dnia 13 sierpnia 2015r. sygn.. akt KIO 1664/15 oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010r. sygn.. akt IV Ca 1299/09. Zgłoszenie podpisał prokurent samoistny ujawniony w KRS. Zgłoszenie zostało przekazane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 23 sierpnia 2018r.

W dniu 3 września 2018r. odwołujący złożył opozycję wobec przystąpienia. Wskazał, że w jego ocenie przystępujący nie posiada interesu w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż nawet w przypadku oddalenia odwołania odwołującego przystępujący nie ma szans na

uzyskanie zamówienia, gdyż jego oferta jest ofertą drugą spośród ofert dotychczas nieodrzuconych przez zamawiającego. Odwołujący uważa, że interes przystępującego nie może być analizowany w oderwaniu od treści art. 179 ust. 1 ustawy i musi być interesem w rozstrzygnięciu konkretnego postępowania oraz nie może być interesem hipotetycznym.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu postępowania, wezwań w trybie art. 90 ust. 1 ustawy kierowanych do wykonawców, udzielonych odpowiedzi, informacji o odrzuceniu ofert.

Z protokołu postępowania wynika, że wartość szacunkowa zamówienia stanowiła kwotę 601 626,01zł netto.

Złożono cztery oferty z następującymi cenami:

Odwołujący – 128 781,00zł.

Konsorcjum Investcom sp z o.o. i Instytut Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o. – 390 525,00zł.

J.S. H. Consulting sp. z o.o. sp. k. – 422 628,00 zł.

ZDI sp. z o.o. – 646 250,00zł.

W dniu 25 lipca 2018r. zamawiający wezwał odwołującego, Konsorcjum Investcom sp z o.o. i Instytut Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o. i J.S. H. Consulting sp. z o.o. sp. k. do wyjaśnień cytując treść art. 90 ust. 1- 3 ustawy i żądając przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny wraz z dowodami.

W dniu 31 lipca 2018r. odwołujący złożył wyjaśnienia, w których określił sposób skalkulowania ceny ofertowej wskazując następujące okoliczności:

1. Koszty świadczenia konsultacji i doradztwa oraz przeszkolenia pracowników biorących udział w nadzorowaniu inwestycji – 24 600zł. – zgodnie z umową o podwykonawstwo z firmą PILSMIS sp. z o.o. sp. k. z Łodzi, którą odwołujący dołączył jako dowód,
2. Koszty pracy i koszty dodatkowe, w tym dojazdy na teren budowy i pobyt na niej dla Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w branży elektrycznej – 22 386zł. – zgodnie z umową o podwykonawstwo z firmą ELMEL Projektowanie i Nadzór J. M. z Rakowisk, którą odwołujący załączył jako dowód wskazując jednocześnie, że umowę skalkulowano na max. 714 godzin pracy, co daje 31, 35zł. na 1 godzinę
3. Koszty pracy i koszty dodatkowe, w tym dojazdy na teren budowy i pobyt na niej dla Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w branży sanitarnej – 24 969,00 – zgodnie z umową o podwykonawstwo z firmą Biuro Projektów i Wycen Majątkowych MDM P. D. z siedzibą w Piszczacu, którą odwołujący załączył jako dowód wskazując jednocześnie, że umowę skalkulowano na max 820 godzin pracy, co daje 30,45zł. za 1 godzinę

4. Koszty pracy i koszty dodatkowe, w tym dojazdy na teren budowy i pobyt na niej dla Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w branży drogowej – 18000zł. – zgodnie z umową zlecenia zawartą z J. T., którą jako dowód odwołujący załączył wskazując jednocześnie, że umowę tę skalkulowano na max 588 godzin pracy, co daje 30, 61zł. za 1 godzinę
5. Odwołujący wskazał, że posiada własny budynek usługowy z salą na narady dla minimum 18 osób, co nie generuje dodatkowych kosztów,
6. Koszty weryfikacji geodezyjnej – 3 690zł.
7. Koszty wydruków dokumentacji budowy, ksero, skanowania, składania i oprawy – 984zł., gdyż posiada własną bazę sprzętową i do wyceny przyjęto 600m2 wydruków, a podany koszt obejmuje koszt papieru, materiałów eksploatacyjnych i ewentualny serwis,
8. Pozostała kwota 34 152 zł. stanowi dochód odwołującego pokrycie wydatków za pracę, dojazdów i pobyków na terenie budowy odwołującego jako Kierownika Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego i Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w branży konstrukcyjno-budowlanej, które skalkulowano na max. 946 godzin pracy, co daje 36, 10zł.
9. Odwołujący wskazał, że nadzorował także inne inwestycje np. budowę hali sportowo-widowiskowej w Białej Podlaskiej za wynagrodzeniem 1 920 zł. miesięcznie, który to nadzór wykonał prawidłowo, na dowód czego załączył referencje,
10. Podniósł, że wykonał dokumentację projektową dla budowy, którą ma zamiar nadzorować i firmy wskazane przez niego w wyjaśnieniach sporządzały dokumentację branżową, co jest okolicznością sprzyjającą wykonaniu zamówienia. Pozwala to na oszczędności czasu pracy, z uwagi na znajomość dokumentacji projektowej, a także możliwość szybkiego wprowadzania zmian do dokumentacji, gdyż nadzorujący będą jednocześnie autorami dokumentacji,
11. Kolejną sprzyjającą okolicznością jest połączenie przez odwołującego dwóch funkcji w ramach oferty, a także to, że umowa na projekt budowlany stadionu przewidywała wizyty w ramach nadzoru autorskiego – bezpłatne,
12. Odwołujący podniósł także osobiste pobudki jakimi kierował się przy kalkulacji oferty jak dbałość o wydatki zamawiającego, zaangażowanie w działalność sportową miasta.

Wykonawca konsorcjum Inwestcom i Instytut Zrównoważonego Rozwoju podał szczegółową kalkulację ceny w rozbiciu na koszty zarządu i utrzymania biura, koszty personelu: Koordynatora, inspektorów nadzoru: branży konstrukcyjno-budowlanej, elektrycznej, sanitarnej, drogowej, specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości, uprawnionego geodety i innego personelu, a także koszty nadzoru w okresie gwarancji. Wskazał, że dla obliczenia ceny zastosował wskaźnik 1,5% wartości kontraktu na budowę, co jest stawką powszechnie przyjętą, dysponuje biurem w niewielkiej odległości od budowy, a wszyscy inspektorzy

mieszkają na terenie lub w niewielkiej odległości od miasta, uwzględnił także niewielki zysk. Do wyjaśnień nie dołączono dowodów.

Wykonawca J.S. H. Consulting przedstawił kalkulację kosztów, w tym kosztów personelu Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego, Inspektorów Nadzoru w branżach elektrycznej, drogowej i sanitarnej w skali 1 miesiąca przy założeniu 4/5 etatu, koszty biura, w tym wynajmu i utrzymania w skali 1 miesiąca w całym 12 miesięcznym okresie świadczenia usługi, koszty transportu (paliwa, ubezpieczenia, naprawy) w skali 1 miesiąca w 12 miesięcznym kontrakcie, koszty pomiarów geodezyjnych w tym wymaganej weryfikacji sprawowanych przez uprawnionego geodetę i asystenta w skali 1 miesiąca w 12 miesięcznym kontrakcie i koszty gwarancji – 1 przeglądu w trakcie 8 lat świadczenia rękojmi i gwarancji. Do wyjaśnień nie dołączono dowodów.

Z informacji o odrzuceniu odwołującego wynika, że jego wyjaśnienia zamawiający ocenił jako zbyt ogólne, a wykonawca nie przedstawił w jaki sposób czynniki wskazane w wyjaśnieniach wpływają na obniżenie ceny i nie podał wartości, o jakie mógł obniżyć cenę w związku ze wskazanymi okolicznościami.

Z informacji o odrzuceniu konsorcjum Inwestcom i Instytutu Zrównoważonego Rozwoju wynika, że wyjaśnienia są zbyt ogólne, wykonawca nie przedstawił w jaki sposób czynniki wskazane w wyjaśnieniach wpływają na obniżenie ceny i nie podał wartości, o jakie mógł obniżyć cenę w związku ze wskazanymi okolicznościami i nie przedstawił żadnych szczegółowych danych w zakresie struktury ceny, a wyjaśnienia nie są poparte dowodami.

Z informacji z otwarcia oferty oraz z ogłoszenia o wynikach postępowania na wykonanie projektu budowlanego zawierającego elementy projektu wykonawczego na budowę ul. Koncertowej z kanalizacją deszczową w Białej Podlaskiej wynika, że zamawiający przewidział na to zamówienie kwotę 400 000 zł., a otrzymał oferty w ocenach 67 650 zł., 349 935 zł., 295 200 zł. i wybrał ofertę z ceną 67 650 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy. Izba postanowiła oddalić opozycję odwołującego uznając, że treść art. 185 ust. 2 ustawy nie wymaga wyłącznie interesu w bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, ale ma w ocenie Izby służyć przystępującemu do zwiększenia jego szans na uzyskanie zamówienia. Tym samym oddalenie odwołania i rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego ogranicza konkurencyjności postępowania do dwóch ofert tj. J.S. H. Consulting sp. z o.o. i przystępującego, a więc stwarza przystępującemu szansę na uzyskanie zamówienia, w przypadku, gdyby J. S. H. odmówił zawarcia umowy. Takiej szansy nie miałby przystępujący, gdyby odwołanie zostało uwzględnione, gdyż wówczas byłby dopiero na trzeciej pozycji w rankingu ofert. Tym samym w ocenie Izby opozycja nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykonał przesłanki materialnoprawne z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez brak podania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego faktycznego uzasadnienia dla tej czynności (zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdził lakonicznie, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego są dla niego ogólnikowe).

Zarzut potwierdził się. Według oświadczeń zamawiającego złożonych na rozprawie zamawiający wbrew stanowisku wyrażonemu w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego nie uważał wyjaśnień odwołującego za zbyt ogólnikowe i nie poparte szczegółowymi wyliczeniami i dowodami. Sam zamawiający przyznał na rozprawie, że uznał wyjaśnienia za dostateczne i wyczerpujące, ale ocenił, że zaoferowana cena niezależnie od złożonych wyjaśnień i dowodów jest jego zdaniem oderwana od wartości szacunkowej i przeciętnej wartości rynkowej nadzorów mieszczącej się zwykle w przedziale 1,5% - 2% wartości nadzorowanych robót budowlanych. Tym samym w ocenie Izby informacje zawarte w informacji o odrzuceniu nie wskazywały rzeczywistych powodów tego odrzucenia i nie wykazywały odwołującemu dlaczego zamawiający uznał, że oferta odwołującego i złożone przez niego wyjaśnienia dowodzą, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Rację należy przyznać odwołującemu, że przepis art. 90 ust. 3 ustawy daje zamawiającemu prawo odrzucenia oferty, jeżeli w wyniku oceny wyjaśnień zamawiający uzyska potwierdzenie, że cena jest rażąco niska, tym samym przy powołaniu się na tę podstawę prawną odrzucenia zamawiający powinien w informacji o odrzuceniu podać okoliczności faktyczne podane w wyjaśnieniach, które spowodowały, że zamawiający utwierdził się w przekonaniu, że cena odwołującego jest oderwana od realiów rynkowych i nie pozwala na prawidłowe wykonanie usługi. Natomiast według stanowiska zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie zamawiający nie dokonał w ogóle oceny złożonych wyjaśnień, gdyż nawet nie dostrzegł faktu, że w wyjaśnieniach tych podano dla każdego z inspektorów nadzoru i koordynatora przewidzianą dla nich maksymalną czasochłonność, co przy znajomości globalnej ceny wynagrodzenia pozwalało na ocenę, że każda z podanych osób będzie zarabiać powyżej kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2018r. W rzeczywistości zdaniem Izby zamawiający obawiał się wyboru tak taniej oferty, a nie pozyskał dodatkowych informacji od odwołującego, które pozwoliłyby mu na dokładną analizę złożonych wyjaśnień i ocenę rentowności oferty. Tym samym zamawiający nie wypełnił obowiązku informacyjnego z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, który nakazuje podanie rzeczywistej podstawy faktycznej tj powodów

odrzućenia oferty odwołującego. Z tego względu Izba nakazała unieważnienie czynności odrzućenia oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy przez brak wezwania odwołującego do ewentualnego uszczegółowienia złożonych wyjaśnień datowanych na dzień 30.07.2018r.(data wpływu do zamawiającego 31.07.2018r.), czy też do przedstawienia dalszych dokumentów, jeśli w ocenie zamawiającemu wyjaśnienia wykonawcy były „zbyt ogólne” i wymagały doprecyzowania

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający na rozprawie podał dwie wątpliwości jakie w jego ocenie nie zostały usunięte za pomocą złożonych wyjaśnień. Pierwszy z nich to wynagrodzenie za godzinę pracy inspektorów i koordynatora, co było możliwe do ustalenia na podstawie wyjaśnień odwołującego, choć faktycznie wprost nie zostało podane. Drugą wątpliwością było brak zwymiarowania skali oszczędności jakie poczyni odwołujący na skutek faktu, że łączy i świadczy osobiście funkcję koordynatora i inspektora nadzoru branży konstrukcyjnej, że jest autorem dokumentacji projektowej i będzie łączył także funkcję nadzoru autorskiego. W cenie Izby odpowiedź na te wątpliwości zamawiającego pozwoliłaby zamawiającemu na ocenę, czy szczególnie sprzyjające warunki wykonania zamówienia pozwalają na zaoferowanie ceny dwukrotnie niższej od pozostałych wykonawców. Izba uznała, że rację ma odwołujący wskazując, że złożył obszernie i udowodnione wyjaśnienia, jednak w ocenie Izby rację ma również zamawiający, że mimo złożenia tych wyjaśnień nie można jednoznacznie ocenić tych wyjaśnień jako dowodzących, że zaoferowana cena ofertowa jest realna i pozwala na należyte wykonanie zamówienia. W ocenie Izby zamawiający miał prawo i w tym przypadku obowiązek żądać doszczegółowienia złożonych wyjaśnień, co najmniej o następujące kwestie, które przez odwołującego nie zostały precyzyjnie wskazane w wyjaśnienia i utrudniają ocenę realności oferty. Izba wzięła pod uwagę, że koszty usług nadzorowych, to głównie koszty pracy inspektorów i koordynatora, ale bez wskazania oszczędności na pracochłonności, jaką muszą założyć wykonawcy nie będący autorami dokumentacji projektowej nie można ocenić czy założona pracochłonność jest prawidłowa i czy gwarantuje realność zaoferowanej ceny. Ponadto zamawiający oczekiwał weryfikacji dokumentacji projektowej, a odwołujący się do tej okoliczności w swoich wyjaśnieniach nie odniósł. Brak jest także wskazania kosztów biura, które choć jest własnością odwołującego, to jednak generuje koszty energii elektrycznej, wody, wyposażenia w inne media. Odwołujący nie przedstawił także dowodu na realność kosztu weryfikacji geodezyjnej. W ocenie Izby zatem choć nie można odmówić odwołującemu, że złożył wyjaśnienia i poparł je dowodami, to jednak na obecnym etapie postępowania nie można przesądzić bez dodatkowych wyjaśnień, czy rzeczywiście prawdziwe są twierdzenia odwołującego, że jego cena nie jest rażąco niska. Z

drugiej strony zamawiający nie może zaniechać oceny złożonych wyjaśnień i odrzucić oferty odwołującego jedynie w oparciu o przekonanie, że cena jest nierealistyczna, gdyż takie podejście prowadziłoby do automatyzmu przy zastosowaniu przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, który w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest zakazany. Również w tym orzecznictwie wskazywana jest potrzeba dopuszczenia prawa zamawiających do uzupełniania wyjaśnień ceny rażąco niskiej jeśli prawne aspekty oferty nadal wywołują wątpliwości zamawiającego. Taka sytuacja ma miejsce właśnie w niniejszej sprawie. Izba uważa, że zamawiający powinien oczekiwać wyjaśnień co najmniej w zakresie :

- wskazania ilości godzin zaoszczędzonych w ramach pracochłonności z uwagi na wykonanie przez T. S. dokumentacji projektowej,
- wyjaśnienia czy w kosztach uwzględniono i w jakiej wysokości potrzebę weryfikacji dokumentacji projektowej,
- wskazania wielkości zysku odwołującego w sytuacji, gdyby nie pełnił osobiście funkcji koordynatora i inspektora nadzoru branży konstrukcyjnej,
- wskazania wysokości kosztów eksploatacyjnych korzystania z biura będącego własnością T. S. dla potrzeb wykonania zamówienia (energia elektryczna, woda, łącze internetowe, telefoniczne itp.),
- wyjaśnienia i przedstawienia dowodu na realność kalkulacji weryfikacji geodezyjnej.

Powyższy katalog zagadnień wymagających uszczegółowienia nie jest oczywiście zamknięty i nic nie stoi na przeszkodzie, aby został uszczegółowiony przez zamawiającego, zgodnie z jego wiedzą i doświadczeniem życiowym. Tym samym zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Izba uznała za zasadny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że odwołujący złożył wyjaśnienia potwierdzające, że możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego za zaoferowaną cenę oraz mimo że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia

Oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1- 3 ustawy przez nieprawidłową i nienależytą ocenę oferty odwołującego i wyjaśnień udzielonych przez odwołującego, wskutek czego zamawiający uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Zarzuty potwierdziły się. Sam zamawiający przyznał na rozprawie, że wyjaśnienia

odwołującego były dostateczne i wyczerpującego, jednak nadal miał wątpliwości, co do realności zaoferowanej ceny. W ocenie Izby to zamawiający powinien dokonać oceny złożonych wyjaśnień i przedstawić powody odrzucenia oferty odwołującego, czego w ocenie Izby zaniechał, a zatem nie wykazał odwołującemu okoliczności, dla których uznał, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Tylko takie wykazanie dawało zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty odwołujący. W konsekwencji Izba oceniła działanie zamawiającego jako nieprawidłowe i naruszające art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 – 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1 i 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania i nakazując zamawiającemu zwrot odwołującemu poniesionych przez niego kosztów wpisu w wysokości 7 500zł.

Przewodniczący: