

**WYROK**

**z dnia 23 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku, Medicamp Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Bielsku Białej**

przy udziale wykonawcy: **W. Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielsku-Białej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.);
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Sądowi Okręgowemu w Bielsku-Białej** – odrzucenie oferty wykonawcy **W. Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielsku-Białej**
3. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej** i
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku, Medicamp Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku, Medicamp**

**Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn. przebudowa i rozbudowa budynku dla potrzeb Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej przy ul. Słowackiego 15.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 11 października 2019 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MBI Sp. z o.o. we Włocławku, Medicamp Sp. z o.o. we Włocławku (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności podjętych przez zamawiającego:

- 1) wybór oferty wykonawcy W. Investment spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielsku-Białej (dalej także: przystępujący) jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym,
- 2) zaniechanie wykluczenia oferty wykonawcy W. Investment spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia złożonej przez ten podmiot oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez niezgodne z tym przepisem niedokonanie odrzucenia oferty wykonawcy W. Investment sp. z o.o.,
4. art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez nierzetelne, niezgodne z ww. przepisem przeprowadzenie postępowania w sprawie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy W.

Investment sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy z powodu złożenia wyjaśnień niewyczerpujących przesłanek ww. art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty W. Investment sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym,
2. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wykluczenie wykonawcy W. Investment sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania przetargowego i odrzucenie złożonej przez niego oferty.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w zarzutach przepisów ustawy P.z.p. interes prawny odwołującego doznał oczywistego i bezpośredniego uszczerbku, gdyż jego oferta, w wypadku dokonania przez zamawiającego wymaganych przez prawo czynności wykluczenia wykonawcy W. Investment sp. z o.o. i odrzucenia złożonej przez niego oferty zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Wskutek bezprawnego zaniechania zamawiającego interes prawny odwołującego doznał uszczerbku z uwagi na nieuzyskanie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w treści opracowanej przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) zażądano (pkt 5, ppkt. 5.1.3 lit.b), aby wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku dysponowania zdolnością techniczną i zawodową (w zakresie doświadczenia) zapewniającą wykonanie zamówienia, polegające na dysponowaniu osobą z uprawnieniami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia do nadzorowania robót budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadające im równoważne uprawnienia w tej specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; a także co najmniej 4 letnie doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy w ww. specjalności przy co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na wybudowaniu kompletnego budynku użyteczności publicznej lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, wraz z instalacjami o powierzchni netto nie mniejszej niż 4.000 m<sup>2</sup> każda (osoba ta pełnić będzie funkcję Kierownika zespołu inspektorów nadzoru - inspektora nadzoru robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej), osobą z uprawnieniami w specjalności instalacyjnej, posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia do nadzorowania robót budowlanych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń

zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadające im równoważne uprawnienia w tej specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; a także co najmniej 4 letnie doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy w ww. specjalności przy co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na wybudowaniu kompletnego budynku użyteczności publicznej lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, wraz z instalacjami o powierzchni netto nie mniejszej niż 3.000 m<sup>2</sup> każda. Osoba ta pełnić będzie funkcję inspektora nadzoru robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, osobą z uprawnieniami w specjalności instalacyjnej, posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia do nadzorowania robót budowlanych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadające im równoważne uprawnienia w tej specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; a także co najmniej 4 letnie doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy w ww. specjalności przy co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na wybudowaniu kompletnego budynku użyteczności publicznej lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, wraz z instalacjami o powierzchni netto nie mniejszej niż 3.000 m<sup>2</sup> każda i osobą z uprawnieniami w specjalności instalacyjnej, posiadającą wykształcenie wyższe uprawnienia do nadzorowania robót budowlanych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadające im równoważne uprawnienia w tej specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; a także co najmniej 4 letnie doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy w ww. specjalności przy co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na wybudowaniu kompletnego budynku użyteczności publicznej lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, wraz z instalacjami o powierzchni netto nie mniejszej niż 3.000 m<sup>2</sup> każda.

Odwołujący wskazał, że w treści złożonej przez wykonawcę - firmę W. Investment Sp. z o.o. oferty zawarte zostało dwukrotnie oświadczenie (pkt 6 oferty oraz część II sekcja „D” JEDZ), że zamówienie zostanie zrealizowane bez udziału podwykonawców. Jednocześnie, w toku postępowania wyjaśniającego, wykonawca potwierdził, iż zamierza wykazać spełnienie warunku dysponowania odpowiednią zdolnością techniczną i zawodową (w zakresie doświadczenia) poprzez poleganie na zdolnościach (doświadczeniu) innego podmiotu na podstawie „użyczenia referencji”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że już sama redakcja przedstawionego dokumentu udostępnienia musi budzić uzasadnione wątpliwości. Zgodnie bowiem z treścią art. 22a ust. 2 ustawy P.z.p. wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Tymczasem przesłane przez wykonawcę dokumenty zatytułowane są „Użyczenie referencji” i sformułowanie to powtórzone jest w treści dokumentu, gdzie w części „zakres wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego” wskazano wyłącznie „udostępnienie referencji”, a więc z pewnością nie jest to wiarygodnym w jakimkolwiek zakresie zobowiązaniem do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów (jest wyłącznie wydaniem formalnego dokumentu na potrzeby przetargu). Dalsza treść ww. dokumentów także nie wskazuje, jakie zasoby i w jaki sposób zostaną udostępnione, ograniczając się do wskazania podstawy udostępnienia jako „spółki powiązane osobowo”, co w kontekście faktu udostępniania referencji pomiędzy spółkami kapitałowymi, gdzie byt prawny wspólników jest oderwany od bytu prawnego spółki, nie oznacza nic. Taka redakcja dokumentu (niejasna formalnie) wskazuje, w ocenie odwołującego, na podjęcie próby wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że z charakteru udostępnianej zdolności - udostępniane miało być bowiem doświadczenie - wynika, że byłoby możliwe takie udostępnienie i tym samym poleganie na niej przez wykonawcę w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu pod warunkiem, że zostałyby wykazane na etapie składania oferty, że podmiot ten wykona usługi, do wykonania których to doświadczenie jest wymagane. To dawałoby zamawiającemu rękojmię tego, że wykonawca w sposób należyty wykona usługę. Istotne jest zatem posiadanie odpowiedniego doświadczenia dającego gwarancję tego, że zamówienie zostanie wykonane prawidłowo, tj. zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Zatem warunek stawiany jest nie bez powodu. Dlatego też w sytuacji, w której wykonawca sam nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie pewnego rodzaju czynności i powołuje się na

doświadczenie innego podmiotu to naturalną konsekwencją powyższego jest konieczność zapewnienia udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, w tej części, w której wykonawca składający ofertę doświadczenia nie ma. Tymczasem ustawa P.z.p. w art. 22a ust. 4 stanowi wprost: skoro wykonawca powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, ma zapewnić, aby podmiot ten zrealizował zamówienie, do którego wykonania wymagane jest doświadczenie określone przez zamawiającego. Zatem w świetle złożonego przez wykonawcę - firmę W. Investment Sp. z o.o. w treści oferty oświadczenia o samodzielnej realizacji zamówienia, bez udziału podwykonawców, oraz treści art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p., niedopuszczalne było w tym konkretnym przypadku na gruncie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi nadzoru budowlanego inwestorskiego wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, poprzez poleganie na zdolnościach innego podmiotu, który nie będzie realizował zamówienia. Oznacza to, że składająca ofertę firma W. Investment Sp. z o.o. winna wykazać, poprzez złożenie odpowiednich dokumentów, spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego doświadczenia samodzielnie, bez polegania na zdolnościach innego podmiotu. W orzecznictwie KIO ukształtował się pogląd, że nawet stwierdzenie przez zamawiającego, że udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego miało wyłącznie na celu formalne potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie realne wsparcie, nie może kończyć oceny kwalifikacji wykonawcy, który może powołać się na własne zdolności techniczne lub zawodowe lub doświadczenie. W sytuacji zatem, w której wykonawca deklaruje samodzielną realizację usługi, bez udziału podwykonawców, wykluczając tym samym możliwość powołania się na zasoby innego podmiotu w zakresie posiadanego doświadczenia, zamawiający winien wezwać wykonawcę do usunięcia takiego stanu, umożliwiając mu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o własne zasoby (tutaj: doświadczenie). Ze względu na obligatoryjny charakter czynności zamawiającego żądanie takie powinno poprzedzać ewentualne wykluczenie z udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał dokonania ww. działań.

Odwołujący dodał, że dokumenty osób przedstawionych przez wykonawcę na żądanie zamawiającego nie potwierdzają w żaden sposób spełnienia wymogów s.i.w.z., nie wykazują bowiem stażu zawodowego tych osób w kontekście wymogów s.i.w.z. Mamy więc do czynienia z przypadkiem niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu tak osobiście, jak i niewykazania, że w sposób wiarygodny udostępnione zostaną mu zasoby podmiotów trzecich. Uzasadniona jest więc teza, że wykonawca W. Investment Sp. z o.o. nie posiada doświadczenia w realizacji usług nadzoru budowlanego / kierowania robotami w odniesieniu do robót w zakresie zagospodarowania terenu, tym samym nie spełnia warunków udziału w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego, a co więcej wprowadza zamawiającego w błąd, przedstawiając nieprecyzyjnie sformułowane dokumenty udostępnienia) w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia, co jest prawnie niedopuszczalne i obarczone sankcją wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, w myśl art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., zwrócił się do wykonawcy W. Investment Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Przepis wymaga, aby wykonawca złożył w danym zakresie wyjaśnienia pełne, których minimalna treść (użycie zwrotu „w szczególności” dotyczyć ma oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650); pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Tymczasem w ofercie W. Investment Sp. z o.o. nie uwzględniono kosztów obsługi inwestycji w okresie gwarancji. Podany termin przyjęty do wyceny - około 155 tygodni - to są wyłącznie 3 lata, w jakich ma trwać tylko bezpośrednia realizacja inwestycji. W ofercie nie uwzględniono kosztów obsługi biura, a podano tylko zysk i koszt pracy inspektorów nadzoru na których powołuje się wykonawca, przy czym stawka 30 zł za roboczogodzinę nie została w żaden sposób potwierdzona przez wykonawcę, choćby kopiami umów lub innego rodzaju zobowiązaniami do podjęcia przez inspektorów czynności zawodowych w wypadku wygrania przetargu przez W. Investment Sp. z o.o. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą obowiązek przedstawienia dowodów w zakresie zaprzeczenia rażąco niskiej cenie spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi (tak wyrok KIO z 17.12.2018 r. w sprawie KIO 2520/18). Brak także, zarówno w ofercie, jak i wyjaśnieniach, wykazania kosztów ogólnych prowadzenia firmy, a jak sam wykonawca podaje - posiada biuro, co prawda niedaleko inwestycji, ale i tak generuje ono jakieś skonkretyzowane koszty.



W ocenie odwołującego, pozbawione wiarygodności z uwagi na gołosłowność są także tezy wyjaśnień wykonawcy odnośnie uśrednionych wynagrodzeń procentowych za nadzory inwestorskie. Wiedzą wręcz notoryjną jest, że wynagrodzenia tego typu w poszczególnych przetargach organizowanych na terenie kraju są rozbieżne nierzadko nawet o kilkaset procent i uzależnione są od wymagań zamawiającego, najczęściej dotyczących ilości wizyt i czasu pobytu na budowie. Wszystkie te uwagi prowadzą do konkluzji, że zamawiający nieprawnie uznaj za wiarygodne wyjaśnienia wykonawcy w zakresie uzasadnienia ceny oferty, gdyż nie zawierały one szczegółowych wyjaśnień choćby w zakresie minimalnym, wskazanym w treści art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., ale przede wszystkim, z uwagi na ich gołosłowność (brak jakichkolwiek dowodów). Odwołujący uważa, że w takim przypadku zamawiający powinien bądź zażądać od wykonawcy szczegółowych wyjaśnień, bądź odrzucić ofertę wykonawcy z uwagi na jej rażąco niską cenę.

Zamawiający na rozprawie w dniu 23 października 2019 roku złożył zawiadomienie o unieważnieniu czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 października 2019 roku i oświadczył, że zawiadomienie to przekazał stronom i przystępującemu. Oświadczył, że jeżeli chodzi o zarzuty dotyczące powołania się przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego oraz wykazu osób, odwołujący miał rację, niemniej jednak należy najpierw przystępującego wezwać na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. i wezwanie to musi mieć miejsce przed wyborem oferty.

W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że w dniu 9 września 2019 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień. Złożone w dniu 13 września wyjaśnienia były wystarczające. Przystępujący korzysta z tego przywileju, że jego siedziba znajduje się w tej samej miejscowości zamawiającego. W ocenie zamawiającego koszty sprowadzają się do wynagrodzenia. Podana stawka 30 zł za roboczogodziny to dwukrotność minimalnego wynagrodzenia za pracę. Nie ma wymogu uwzględnienia okresu gwarancji. Przystępujący przewidział zysk w wysokości 107 500,00 zł. Zamawiający po analizie złożonych dokumentów i wyjaśnień uznał je za wiarygodne. Jeżeli chodzi zaś o koszty biura to zwraca uwagę, że reprezentacja wykonawcy będzie miała miejsce głównie na budowie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przedstawił swojego stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W postępowaniu na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn. przebudowa i rozbudowa budynku dla potrzeb Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej przy ul.

Słowackiego 15, prowadzonym przez Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej, wpłynęło 5 ofert:

- 1) oferta odwołującego - 959 400,00 PLN
- 2) oferta przystępującego - 366 909, 00 PLN
- 3) oferta Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych Spółka z o.o. w Rybniku - 983 877,00 PLN brutto
- 4) oferta SGS Polska Sp. z o.o. w Warszawie - 2 922 735,84 PLN
- 5) NBQ Sp. z o.o. w Szczecinie - 1 043 040,00 PLN

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 964.312,62 zł

W treści złożonej przez przystępującego oferty zawarte zostało dwukrotnie oświadczenie (pkt 6 oferty oraz część II sekcja „D” JEDZ), że zamówienie zostanie zrealizowane bez udziału podwykonawców. Jednocześnie, w toku postępowania wyjaśniającego, wykonawca potwierdził, iż zamierza wykazać spełnienie warunku dysponowania odpowiednią zdolnością techniczną i zawodową (w zakresie doświadczenia) poprzez poleganie na zdolnościach (doświadczeniu) innego podmiotu na podstawie „użyczenia referencji”.

Dokumenty osób przedstawionych przez wykonawcę na żądanie zamawiającego nie wykazują stażu zawodowego tych osób w kontekście wymogów s.i.w.z.

Pismem z dnia 9 września 2019 roku zamawiający wystosował do przystępującego pismo następującej treści:

„Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wzywa do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny:

Niniejszym, po myśli art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm. – dalej Ustawa PZP) Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta Wykonawcy złożona w postępowaniu nr I.212/003/2019 na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn.: Przebudowa i rozbudowa budynku dla potrzeb Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej przy ul. Słowackiego 15 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do Wykonawcy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość proponowanej ceny oferty.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż określona z należytą starannością wartość szacunkowa usługi nadzoru inwestorskiego w ramach w/w zadania wynosi 964.312,62 zł brutto, z kolei cena oferty Wykonawcy wynosi 366.909 zł brutto i jest znacząco niższa od wysokości przyjętego szacunku jak również od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu, która wynosi 1.255.192,36 zł brutto . Mając na uwadze taki stan faktyczny Zamawiający ma wątpliwości co do możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę i wnosi o dokonanie ponownej kalkulacji ceny oferty oraz sprawdzenie, czy przedstawiona cena jest ceną realną i gwarantującą właściwą jakość usługi nadzoru inwestorskiego w pełnym jej zakresie. Jednocześnie Zamawiający oczekuje udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w odniesieniu do:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, które dostępne są dla Wykonawcy;
- 4) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien też przedłożyć dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, bowiem zgodnie z art. 90 ust. 2 Ustawy PZP to na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Podobnie, jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 5 stycznia 2007 r. (V Ca 2214/06) „nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.” Zaoferowanie niskiej ceny lub kosztu usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, ale muszą mieć one charakter obiektywny. Nie może to być więc polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Wymienione w art. 90 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP czynniki muszą zatem charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy, co oznacza, że wykonawca, podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Nadto przy udzielaniu wyjaśnień należy uwzględniać istniejące przepisy, w tym politykę społeczną państwa, a taką cechą mają właśnie wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy, gdzie ustawodawca wyraźnie określił, że

koszty przyjęte do ustalenia ceny nie mogą być niższe, niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalna stawka godzinowa, które są ustalone na podstawie odrębnych przepisów.

W tym stanie rzeczy żądanie przedłożenia wspomnianych wyjaśnień jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Mając na uwadze bieg postępowania wyjaśnienia należy złożyć przy użyciu portalu e-Uслуг SMARTPZP w nieprzekraczalnym terminie do dnia 17 września 2019 r. Realizując dyspozycję art. 90 ust. 3 Ustawy PZP Zamawiający poucza, iż odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Pismem z dnia 13 września 2019 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

„W odpowiedzi na pismo z dnia 9 września 2019 r. nr dokumentu S/3487/19 sygnatura sprawy: I.212/003/2019 postępowanie przetargowe *Świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn. przebudowa i rozbudowa budynku dla potrzeb Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej przy ul. Słowackiego 1*, uprzejmie informujemy, że cena nie jest rażąco niska.

Do wyceny przyjęto szacunkową ilość pracy zespołu w wymiarze średnio 40 godzin tygodniowo w okresie 155 tygodni plus do 160 roboczogodzin specjalisty w zakresie ochrony przeciwpożarowej, co oznacza, iż Wykonawca planuje przeznaczyć na realizację zadania do 6360 roboczogodzin.

Tygodniowo 40h x 30 zł/h = 1200 zł

Ochrona przeciwpożarowa: 160h x 30 zł/h = 4800 zł

Łącznie 155 tygodni x 1200 zł/tydzień + 4800 zł = 190 800

Zysk: 107 500 zł

Zgodnie ze złożoną ofertą, do zadania skierowani zostaną:

- 1) Kierownik zespołu inspektorów nadzoru – inspektor nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej:

Tygodniowo 20h x 155 tygodni = 3100h

- 2) Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych

Tygodniowo 8 h x 155 tygodnie = 1240 h;

- 3) Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

Tygodniowo 8 h x 155 tygodnie = 1240 h;

- 4) Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych

Tygodniowo 4 h x 155 tygodnie = 620 h.

- 5) Inspektor nadzoru – specjalista w zakresie ochrony przeciwpożarowej;

Ochrona przeciwpożarowa = 160 h

Pragnę podkreślić, iż w kalkulacji wzięliśmy pod uwagę średnią częstotliwość inspekcji. Rozbicie na poszczególne branże również stanowi uproszczenie stosowane w kalkulacji, gdyż intensyfikacja pracy inspektorów zależeć będzie od zaawansowania i faktycznych potrzeb na budowie. Co więcej, zgodnie z zapisami SIWZ nie wyłączono możliwości łączenia branż. W przypadku akceptacji przez Zamawiającego, Wykonawca będzie mógł dokonać dalszych oszczędności polegających na połączeniu funkcji inspektora nadzoru w branży elektrycznej wraz z branżą teletechniczną.

Nasz zespół składa się z fachowców z wieloletnim doświadczeniem zarówno w kraju jak i zagranicą, nadzorujących największe inwestycje infrastrukturalne takie jak budowa autostrad, ulic, dróg, szkół, szpitali, biurowców, osiedli mieszkalnych, galerii i obiektów użyteczności publicznej. Jednakże koncentracja zasobów naszej firmy zlokalizowana jest w Państwa rejonie. Nasze biuro mieści się zaledwie kilkaset metrów od planowanej Inwestycji, co stanowi dla nas wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia.

Ponadto jesteśmy zaangażowani w pozostających w bliskim sąsiedztwie projekty m. in.:

- Roboty budowlane w zakresie modernizacji, przebudowy i adaptacji budynku przy ul. Rynek16/ Słowackiego 1b w Bielsku-Białej (Rewitalizacja Starówki kwartał B ) – II i III etap – w odległości 0,2 km;

- Wykonanie drenażu opaskowego oraz izolacji pionowej budynku Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego w Bielsku-Białej przy ul. Piastowskiej 40 – w odległości 1 km;
- Dostosowanie Budynku Głównego Specjalistycznego Psychiatrycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Bielsku-Białej przy ul. Olszówka 102 do aktualnych przepisów sanitarnych i przeciwpożarowych” – w odległości 5,7 km;
  - Budowa budynku biurowo – magazynowego wraz z infrastrukturą zewnętrzną na działce nr 1594/2 oraz wewnętrznej drogi dojazdowej do inwestycji przy ul. Bielskiej w Goczałkowicach -Zdroju - w odległości 15,7 km;
  - Kilka projektów dla gminy Brzeszcze: Przebudowa boisk wielofunkcyjnych oraz budowa i przebudowa urządzeń sportowych wraz z budową odwodnienia i oświetlenia przy ZSP nr 4 w Brzeszczach (SP1), Przebudowa boisk wielofunkcyjnych oraz budowa i przebudowa urządzeń sportowych wraz z budową odwodnienia i oświetlenia przy ZSP nr 6 w Jawiszowicach, Przebudowa boisk wielofunkcyjnych oraz budowa i przebudowa urządzeń sportowych wraz z budową odwodnienia i oświetlenia przy ZSP nr 3 w Skidzinu, Przebudowa boisk wielofunkcyjnych oraz budowa i przebudowa urządzeń sportowych wraz z budową odwodnienia i oświetlenia przy SP fundacji "Elementarz" w Zasolu – w odległości od 19,9 do 23,4 km.
- Elektrownia Szczytowo Pompowa Porąbka-Żar - Instalacja Ścieków W Komorze – w odległości 22,3 km;
  - Prace konserwatorskie i roboty budowlane wraz z prowadzeniem badań archeologicznych przy robotach ziemnych południowej ściany rozbieralni oraz prace konserwatorskie w obrębie wnętrza rozbieralni, komory gazowej i hali pieców krematorium III na terenie byłego niemieckiego nazistowskiego obozu koncentracyjnego i zagłady Auschwitz II – Birkenau” – w odległości 29,7 km;
  - Adaptacja obiektu w Kobiórze przy I. Promnickiej na potrzeby domu opieki społecznej – w odległości - 31,3 km;
  - Budowa budynku sekcji kajakarskiej MOSM z infrastrukturą techniczną i urządzeniami wodnymi w ramach realizacji I etapu zadania pn.: "Przystań Sportów wodnych przy Jeziorze Paprocańskim (MARINA)" – w odległości 35,8 km oraz wiele innych.

Pragniemy podkreślić, iż powyższa cena stanowi ok. 0,64 % wartości przedmiotowej inwestycji. Ceny za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w regionie kształtują się pomiędzy 0,5 % – 2,5 % wartości inwestycji. W załączeniu przesyłam przykładowe rozstrzygnięcie przetargu na Nadzór Inwestorski (cena 0,52% wartości Inwestycji) z poprzedniego miesiąca. Pragnę podkreślić, iż również w tym przypadku Zamawiający oszacował koszty nadzoru inwestorskiego wyższe niż trzy złożone oferty.

Jednocześnie informujemy, iż nie korzystamy z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów w zakresie realizacji niniejszego zamówienia”.

Pismem z dnia 1 października 2019 roku zamawiający poinformował o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty przystępującego, która otrzymała 100 punktów po dokonanej ocenie. Oferta przystępującego uplasowała się na miejscu drugim z liczbą punktów: 62,95.

Pismem z dnia 18 października 2019 roku zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wskazał, co następuje:

Niniejszym, w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nr 1.212/003/2019 — Świadczenie usług nadzoru inwestorskiego w ramach realizacji zadania pn. Przebudowa i rozbudowa budynku dla potrzeb Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej przy ul. Słowackiego 15, które prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, po zapoznaniu się z treścią odwołania złożonego w dniu 11 października 2019 r. przez Konsorcjum w składzie: MBI sp. z o.o. z/s ul. Barska 44 (Lider konsorcjum), 87-800 Włocławek oraz Medicamp sp. z o.o. z/s ul. Barska 44, 87-800 Włocławek (Konsorcjant), Zamawiający Skarb Państwa Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej zawiadamia o unieważnieniu dokonanej w dniu 1 października 2019r. czynności wyboru oferty W. Investment Sp. z o.o. z/s ul. Wiktora Przybyły 10/4, 43-300 Bielsko-Biała, jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Samodzielne unieważnienie poprzednio podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej stanowią uprawnienie Zamawiającego, które może być skutecznie zastosowane w każdym czasie do momentu podpisania umowy o udzielenie zamówienia publicznego, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Kwestia ta jest jednolicie interpretowana w zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie, czego potwierdzeniem jest wyrok z dnia 24 lipca 2015 r. o sygn. akt KIO 1484/15, w którym Izba stwierdziła, że zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, samodzielnego ich naprawienia - (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 2 kwietnia 2015 r. w spr. X Ga 85/15, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013r. w spr. KIO 719/13, z dnia 23 września 2010r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, z dnia 10 października 2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12, wyrok KIO z dnia 23 września 2010r., - sygn. KIO 1939/10; Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2018r. w spr. KIO 2558/18).

Po dokonaniu ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający o wyborze oferty najkorzystniejszej poinformuje odrębnym pismem.”

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega umorzeniu w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.).

W pozostałym zakresie odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów podlegających umorzeniu Izba wskazuje, że w jej ocenie zamawiający uwzględnił podniesione zarzuty pomimo braku oficjalnego oświadczenia w tej kwestii.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie stwierdził, iż uznał za zasadne zarzuty odwołania dotyczące złożonego przez przystępującego oświadczenia o treści „użyczenie referencji” jako dowód na posłużenie się przy wykonywaniu zamówienia zasobami podmiotu trzeciego oraz braku danych dotyczących stażu zawodowego osób przedstawionych przez przystępującego na żądanie zamawiającego. Jednakże stwierdził, że nie może uczynić zadość żądaniom odwołania i wykluczyć przystępującego bez uprzedniego wezwania go w trybie art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p.

Ponadto z treści pisma z dnia 18 września br. stwierdził, że unieważnia czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty po zapoznaniu się z treścią odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy P.z.p., w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Zgodnie z ust. 4a, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.



Pomimo braku stosownej dyspozycji, art. 186 ust. 4a ustawy P.z.p. ma również zastosowanie w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca, który nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania.

Odnosząc się do wątpliwości zamawiającego w zakresie uczynienia zadość żądaniom odwołania w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba wskazuje, że w przypadku umorzenia zarzutów odwołania z powodu uwzględnienia ich przez zamawiającego, wskazane przepisy ustawy P.z.p. nakładają na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Obowiązek wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy żądania zawarte w odwołaniu nie pozostają w sprzeczności z przepisami ustawy P.z.p. Jeżeli tak nie jest, zamawiający nie powinien wykonywać literalnie żądań w zakresie uwzględnionych przez siebie zarzutów odwołania. Powinien natomiast wykonać i powtórzyć czynności, których zarzuty dotyczyły, przede wszystkim zgodnie z prawem. Na czynność nową lub powtórzoną, wykonaną inaczej niż w uwzględnionym odwołaniu wykonawcom przysługiwało będzie nowe odwołanie, w terminach liczonych od tej czynności.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez nierzetelne, niezgodne z ww. przepisem przeprowadzenie postępowania w sprawie rażąco niskiej ceny oferty przystępującego i zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy z powodu złożenia wyjaśnień niewyczerpujących przesłanek ww. art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., 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, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);2)
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,

- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W myśl ust. 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.

Ponieważ cena oferty przystępującego stanowi około 38% wartości szacunkowej zamówienia i nie zaszyły przesłanki wyłączone zastosowanie przez zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., o których mowa *in finito* wskazanego przepisu, czynność zamawiającego dotyczącą wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia złożone przez przystępującego są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Przystępujący wskazał jedynie przyjętą stawkę wynagrodzenia w wysokości 30 zł za roboczogodzinę oraz okoliczności, które

w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. możliwość połączenia funkcji inspektorów, posiadanie biura blisko planowanej inwestycji, wykonywanie innych usług niedaleko planowanej inwestycji.

W ocenie Izby przystępujący w żaden sposób nie wykazał wysokości zarobków inspektorów zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty płacowe, a w sytuacji, gdy inspektorzy dopiero mają być zatrudnieni – złożone oferty. Przystępujący nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie. Wszystkie pozostałe, wskazane w wyjaśnieniach okoliczności, są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi żadnymi konkretnymi kwotami. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przyznała to również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1253/18.

W ocenie Izby, przystępujący nie wykazał, iż wskazane okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu. Ponadto przystępujący nie wskazał, w jaki sposób wskazane okoliczności wpływają na jego cenę, tzn. w szczególności – o ile dana okoliczność jest w stanie obniżyć cenę oferty. Przystępujący nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego, który prosił między innymi o wskazanie, w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny oraz w jaki sposób podane okoliczności wpływają na obniżenie ceny oferty.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie przed Izbą wskazywał, że wyjaśnienia przystępującego są dla niego jasne i nie budzą wątpliwości co do tego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Argumentacja zamawiającego jest o tyle nieprzekonująca, iż wyjaśnienia nie zawierają elementów, o które zamawiający prosił w wystosowanym wezwaniu. W wyjaśnieniach przystępujący ograniczył się jedynie do wskazywania okoliczności, które mają wpływ na obniżenie ceny oferty. Wyjaśnienia te nie zostały poparte żadnymi kwotami ani szczegółowymi kalkulacjami pozwalającymi na uzasadnienie wysokości zaoferowanej ceny.

Wyjaśnienia przystępującego nie mogą być zatem uwzględnione. To na nim bowiem spoczywa obowiązek udowodnienia zasadności zaoferowanej ceny. Wskazując na powyższe, Izba uznała, że przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....