

WYROK
z dnia 18 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 grudnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2013 r. przez wykonawcę: **SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01 – 233 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Warmia i Mazury Sp. z o.o., ul. Kasprowicza 1, 12 – 100 Szczytno,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Ekocentrum Sp. z o.o., Ekoinwestycje Sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/154-434, 54 – 434 Wrocław,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Zakłady Budownictwa Mostowego - Inwestor Zastępczy S.A., Firma Menadżersko-Konsultingowa "KOLMEN" Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 88 B.51 BC/36, 03 – 215 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01 – 233 Warszawa,** i :
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01 – 233 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01 – 233 Warszawa**, na rzecz zamawiającego: **Warmia i Mazury Sp. z o.o., ul. Kasprowicza 1, 12 – 100 Szczytno** stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Warmia i Mazury sp. z o.o. z siedzibą w Szczytnie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach projektu Regionalny Port Lotniczy Olsztyn – Mazury”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 września 2013 r. pod pozycją 2013/S 180-311456 (zm.: DZUUE z dnia 4 października 2013 r. pod pozycją 2013/S 193-333251, DZUUE z dnia 25 października 2013 r. pod pozycją 2013/S 208-361199).

Wykonawca: SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 23.11.2013 r. otrzymał od zamawiającego drogą elektroniczną informację o wyniku oceny złożonych ofert, w tym o odrzuceniu oferty SGS Polska Sp. z o.o. i o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum: Ekocentrum Sp. z o.o., Ekoinwestycje Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej

Wykonawca: SGS Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec ww. czynności zamawiającego. Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w szczególności pominięcie obiektywnych czynników wskazanych w wyjaśnieniach i przyjęcie, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę;
- art. 7 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert, a także nakazanie powtórzenia oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, a uwzględnienie odwołania prowadziłoby do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił w uzasadnieniu, że zamawiający przewidział na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę 2 984 390,36 zł netto. Z uwagi na okoliczność, że zaoferowana przez odwołującego cena za realizację przedmiotu zamówienia jest niższa niż 50% ww. kwoty, zamawiający w dniu 6 listopada 2013 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

zaoferowanej ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący udzielił w piśmie z dnia 12 listopada 2013 r. wyjaśnień, w których przedstawił elementy, które pozwoliły mu na oszacowanie ceny złożonej oferty na takim poziomie, wskazując, iż czynniki te przyczyniły się do zmniejszenia kosztów realizacji tej inwestycji.

Zamawiający uznał jednak, iż złożone wyjaśnienia są ogólne, lakoniczne, brak w nich elementów mających wpływ na wysokość ceny, a odwołujący nie przedstawił szczegółowej kalkulacji ceny, informacji o zysku i wskazania szczególnych obiektywnych okoliczności pozwalających na zaoferowanie ceny co najmniej 50% niższej w stosunku do kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zdaniem odwołującego dokonana przez zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień w sposób nieuzasadniony uznaje, że jest to cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i przez to narusza przepisy Prawa zamówień publicznych, w tym art. 90 ust. 2 Pzp. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę powołując się na okoliczność, iż jest to oferta z ceną oszacowaną poniżej 50% wartości, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Brak jest postawy do przyjęcia przez zamawiającego granicy, poniżej której oferty należy uznać za zawierające cenę rażąco niską. Wieloletnie doświadczenie odwołującego na rynku zamówień publicznych pokazuje, iż wielokrotnie wybierane są oferty, których ceny odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia dużo ponad 50% i nie są to ceny rażąco niskie, a pozwalające na prawidłową realizację przedmiotu umowy. Ponadto odwołujący szacując ofertę nie miał informacji na temat wysokości środków posiadanych przez zamawiającego na realizację zamówienia. Informację tę zamawiający podał dopiero na otwarciu ofert. Dlatego odnośnienie ceny oferty odwołującego do środków posiadanych przez zamawiającego w budżecie na ten projekt jest nieuzasadnione i niemiarodajne.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w wyjaśnieniach przedstawił dokładnie te czynniki, które pozwoliły na obniżenie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia tj.:

1) Realizacja wielu kontraktów na terenie całego kraju - posiadanie w związku z tym infrastruktury administracyjnej, która pozwala zrealizować przedmiot zamówienia bez konieczności poniesienia dużych nakładów w tym zakresie. Doświadczenie nabyte przy realizacji innych inwestycji pozwala na uniknięcie ponoszenia nieprzewidywanych kosztów ryzyka, które należałoby uwzględnić w odpowiednio wyższej rezerwie budżetowej, co niewątpliwie wpłynęłoby na zwiększenie ceny oferty.

2) Koszty administracyjne - bogate zaplecze administracyjne pozwala odwołującemu na uniknięcie ponoszenia nadmiernych kosztów, m.in. związanych z otwarciem nowego biura na terenie realizacji inwestycji i zorganizowaniem od podstaw infrastruktury administracyjnej.

Taką infrastrukturę odwołujący posiada w ramach już istniejącego biura w Olsztynie.

3) Dysponowanie kadrami specjalistów - stała współpraca z personelem pozwala na wynegocjowanie niższych stawek za wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia. W ocenie odwołującego ten czynnik ma kluczowe znaczenie dla wyliczenia ceny oferty, bowiem główny koszt wykonania przedmiotowego zamówienia stanowi wynagrodzenie personelu świadczącego usługi - specjalistów. Odwołujący obliczył cenę oferty przyjmując dotychczas wynegocjowane stawki dla poszczególnych specjalistów, uwzględniając wymagane obowiązki opisane w SIWZ. To, że mógł przyjąć takie, a nie inne wynagrodzenie dla personelu wynika z okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, tj. długoletnia współpraca z posiadaną kadrą specjalistów.

4) Rola personelu uzupełniającego - dzięki możliwości korzystania z usług personelu będącego w dyspozycji odwołującego na innych kontraktach, realizacja usług objętych przedmiotem zamówienia nie generuje konieczności wydłużenia pracy zespołu specjalistów lub konieczności zatrudniania dodatkowego personelu.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 20.08.2013 r. sygn. akt KIO 1877/13 i KIO 1878/13) na poparcie przedstawionego stanowiska.

Odwołujący podniósł, że kwestia właściwej oceny przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień była rozstrzygana m.in. w wyroku KIO z dnia 10.01.2012 r., sygn. akt KIO 2813/11, w którym wskazano m.in., że „w każdym wypadku konieczne jest odniesienie się do warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. [...] Ustawodawca nie określił żadnych wymogów co do zakresu udzielanych wyjaśnień, ograniczając się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są właśnie te obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazany przepis nie kreuje obowiązku przedstawienia dowodów na tę okoliczność.”

Odnosząc się do zarzutu zamawiającego dotyczącego nieprzedstawienia w wyjaśnieniach szczegółowej kalkulacji ceny oraz informacji o zysku, odwołujący podniósł, iż sama kalkulacja nie stanowi elementu, który byłby dowodem na okoliczność obniżenia ceny oferty. Zamawiający w wezwaniu wskazał, iż oczekuje wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a tym samym nie podał, iż oczekuje dodatkowo przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący podkreślając swoje doświadczenie wskazał, iż specyfika zakresu przedmiotowego zamówienia i stopień jego skomplikowania, nakłada na wykonawców obowiązek rzetelnego przygotowania i oszacowania oferty, z uwzględnieniem wszelkiego ryzyka występującego na tego typu inwestycjach.

Zdaniem odwołującego wskazanie w wyjaśnieniach elementów, które mogłyby mieć zastosowanie również w przypadku szacowania cen ofert innych wykonawców, nie stanowi

podstawy do uznania, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe i nie należy dawać im wiary.

Konsorcjum BUD-INVENT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Inspec" Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienia wykonawcy: Konsorcjum: Ekocentrum Sp. z o.o., Ekoinwestycje Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: Zakłady Budownictwa Mostowego - Inwestor Zastępczy S.A., Firma Menadżersko-Konsultingowa "KOLMEN" Sp. z o.o. Obaj przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego. Zamawiający wskazał, że jego obowiązkiem jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem zasad określonych w ustawie Pzp, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W sytuacji, gdy po stronie zamawiającego powstaje wątpliwość, czy zaoferowane przez wykonawców ceny gwarantują należyte wykonanie zamówienia i nie noszą znamion ceny rażąco niskiej, zobowiązany jest zwrócić się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny. W orzecznictwie przyjmuje się, że rozbieżność pomiędzy cenę wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, wynosząca pomiędzy 20% a 40% uzasadnia uznanie tej ceny za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny ponieważ wartość tej oferty stanowi 39% wartości kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz znacząco odbiega od cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, a niepodlegających odrzuceniu z powodu niewykazania, że zaoferowane ceny nie posiadają znamion rażąco niskiej ceny. W ramach składanych wyjaśnień na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający podniósł, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia zostały oparte na argumentach, które dotyczą okoliczności wymaganych przez zamawiającego w ramach warunków udziału w postępowaniu, tj. m.in. bogate doświadczenie, dysponowanie wykwalifikowaną kadrą. Odwołujący w wyjaśnieniach nie wskazał natomiast, jaki wpływ na wysokość zaoferowanej ceny miały poszczególne elementy cenotwórcze oraz zastosowane

przez odwołującego rozwiązania. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia odwołującego są niewystarczające do wykazania, że zaoferowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Podniósł, że obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych i przekonujących. W ocenie zamawiającego w tych okolicznościach żaden z zarzutów zawartych w odwołaniu nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiałach dowodowych, a tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania, który wynika w szczególności z faktu, iż uwzględnienie odwołania prowadziłoby do wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zgłoszone po stronie zamawiającego przez Konsorcjum: Ekocentrum Sp. z o.o., Ekoinwestycje Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: Zakłady Budownictwa Mostowego - Inwestor Zastępczy S.A., Firma Menadżersko-Konsultingowa "KOLMEN" Sp. z o.o. spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 Pzp. Przystępujący wykazali też posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. Konsorcjum: Ekocentrum Sp. z o.o., Ekoinwestycje Sp. z o.o. złożyło ofertę w postępowaniu, która została uznana za najkorzystniejszą, natomiast oferta złożona przez Konsorcjum: Zakłady Budownictwa Mostowego - Inwestor Zastępczy S.A., Firma Menadżersko-Konsultingowa "KOLMEN" Sp. z o.o. została sklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Izba uznała, że Konsorcjum BUD-INVENT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Inspec" Sp. z o.o. nieskutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez zamawiającego przeciwko temu przystąpieniu, podzielając stanowisko zamawiającego, że wykonawca, którego oferta została odrzucona, a jednocześnie wykonawca ten nie wniósł odwołania wobec ww. czynności, nie wykazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, który żąda w odwołaniu przywrócenia do postępowania złożonej przez niego oferty.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień, złożonych przez odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w szczególności poprzez pominięcie obiektywnych czynników wskazanych w wyjaśnieniach i przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło do zamawiającego 13 ofert. Zamawiający przewidział na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę 2 984 390,36 zł (bez podatku VAT) (wartość zamówienia oszacowana przez zamawiającego). Ceny ofert złożonych w postępowaniu ukształtowały się w przedziale od kwoty 1 414 500,00 zł (oferta SGS Polska Sp. z o.o.) do kwoty 6 094 650,00 zł (oferta ECM Group Polska S.A.). Zamawiający uznał, że ceny ofert stanowiące kwoty poniżej 50% wartości zamówienia podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i wezwał w dniu 6 listopada 2013 r. wykonawców, którzy zaoferowali ceny o takiej wartości (w tym odwołującego) do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwanie zamawiający sformułował w oparciu o treść ww. przepisu. Zauważyć również należy, że zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 12 listopada 2013 r. W ramach elementów, które pozwoliły na oszacowanie ceny oferty na danym poziomie, odwołujący wskazał, że jako profesjonalista w cenie oferty uwzględnił obowiązujące w postępowaniu terminy, zakres obowiązków i ryzyko wynikające z rodzaju wynagrodzenia oraz specyfiki przedmiotu zamówienia. Dzięki posiadanemu doświadczeniu zoptymalizował koszty oferowanych usług, a cena oferty została ustalona na podstawie opracowanych rozwiązań technicznych oraz sprawdzonej metodzie organizacji. Szacując cenę oferty odwołujący wykorzystał obiektywne czynniki pozwalające na obniżenie kosztów realizacji usługi, które bezpośrednio wpływają na wysokość zaoferowanej ceny. W tym zakresie odwołujący wskazał na: okoliczność realizacji wielu kontraktów obejmujących zarządzanie i nadzór inwestorski na terenie całej Polski, co ma bezpośredni wpływ na realny koszt biur i logistyki oraz kosztów zatrudnienia personelu pomocniczego, posiadane bogate doświadczenie i wiedzę z zakresu realizacji umów oraz organizacji zaplecza pracy inżyniera, które umożliwiają uniknięcie zbędnych oraz dodatkowych kosztów, a także zminimalizowanie ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotowej usługi. Odwołujący powołał się na posiadanie dobrze zorganizowanego i funkcjonującego zaplecza biurowo logistycznego, biur regionalnych oraz biur związanych z konkretnymi inwestycjami, co pozwala na zniwelowanie kosztów organizacji nowego biura dla danej inwestycji (koszty materiałów, sprzętu itp.). Odwołujący podał, że dysponuje kadrą specjalistów, która z uwagi na posiadane

doświadczenie gwarantuje należyte wykonanie usługi. Stała wieloletnia współpraca z personelem pozwala na wynegocjowanie niższych stawek za wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący często współpracuje ze specjalistami na zasadzie umów cywilnoprawnych, co pozwala na obniżenie kosztów osobowych, a zakres tych umów często pozwala na przeniesienie kosztów związanych ze środkami transportu, komunikacji, noclegami itp. na ww. współpracowników. Często również umowy zawarte z personelem są powiązane z innymi kontraktami realizowanymi przez odwołującego, co pozwala na znaczne obniżenie kosztów realizacji usług. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że dysponuje doświadczonym stałym personelem uzupełniającym, umożliwiającym szybkie i sprawne konsultacje w sprawach trudnych pomiędzy liderami zarządzającymi wieloma kontraktami (poprawienie decyzyjności i pozyskiwanie bezpłatnych opinii i konsultacji). Na zakończenie odwołujący dodał, że w jego ocenie „powyższe argumenty są wystarczające i jasno wskazują na sposób kalkulacji przedmiotowej usługi, oraz że zaoferowana cena za całość realizacji umowy pokrywa wszystkie koszty realizacji zamówienia i nie powinna być uznana za rażąco niską”.

W toku rozprawy odwołujący przedłożył materiał informacyjny opracowany przez firmę SEDLAK & SEDLAK „Ogólnopolskie badanie wynagrodzeń przeprowadzone przez w/w firmę w 2012 roku” oraz opracowanie własne dotyczące kosztów ponoszonych na pracownika miesięcznie w odniesieniu do liczby wymaganego personelu oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia w porównaniu do zaoferowanej ceny, jako materiały potwierdzające, że cena oferty odwołującego została skalkulowana w sposób rzetelny odpowiadający realnym kosztom.

W wyniku dokonanej oceny złożonych przez odwołującego i pozostałych wykonawców, wezwanych do złożenia wyjaśnień, zamawiający odrzucił trzy oferty (w tym ofertę odwołującego) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

Z obliczeń dokonanych przez zamawiającego, które nie były kwestionowane przez odwołującego, wynika, że średnia cena ofert, które nie zostały odrzucone wynosi 3 566 874,41 zł, przy szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem należnego podatku VAT w wysokości 3 670 800,14 zł.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny w niniejszej sprawie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że zamawiający w sposób prawidłowy i uzasadniony dokonał wezwania odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły okoliczności, które zobowiązywały zamawiającego do wykonania ww. czynności. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie cen rynkowych. Wartość ta została potwierdzona w toku postępowania, biorąc pod uwagę średnią cen 10 ofert złożonych w postępowaniu (niepodlegających odrzuceniu). Zamawiający słusznie stwierdził, że wśród złożonych ofert trzy oferty, zawierające ceny

poniżej 50% ww. wartości muszą podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jako znacznie odbiegające poziomem ceny od pozostałych ofert. Podkreślić należy, że cena oferty odwołującego jest najniższa spośród trzech ofert, które podlegały wyjaśnieniu i stanowi zaledwie 39% tej wartości.

Izba uznała jednocześnie, że treść wezwania z dnia 6 listopada 2013 r. do złożenia wyjaśnień została sformułowana przez zamawiającego w sposób prawidłowy, oparty na brzmieniu przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Zważywszy, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ceną ryczałtową oferty, zamawiający nie miał podstaw do sformułowania wezwania w sposób szczegółowy, odnoszący się do poszczególnych elementów składowych oferty. Ponadto, wskazać należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie toczy się z udziałem profesjonalistów, a zatem wykonawcy nie mogą powoływać się na okoliczności dotyczące braku ze strony zamawiającego szczegółowego opisu (instrukcji), w jaki sposób wykonawca jest zobowiązany przedstawić wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny. Zauważyć również należy, że w pewnych sytuacjach takie szczegółowe wezwanie mogłoby stanowić ograniczenie dla wykonawcy, bowiem zamawiający na etapie wezwania nie ma wiedzy, jakie elementy w przypadku danego wykonawcy mogą mieć znaczenie przy kalkulacji wysokości zaoferowanej przez niego ceny. Również przepis art. 90 ust. 2 Pzp, wskazuje jedynie w sposób przykładowy, jakie czynniki mogą mieć istotne znaczenie, i które powinny być brane pod uwagę przy ocenie składanych przez wykonawców wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wyniku dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego należy wziąć pod uwagę wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Oceny tej nie mogą zmienić nowe okoliczności podnoszone przez wykonawcę w toku rozprawy, które nie zostały przywołane w wyjaśnieniach złożonych do zamawiającego w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, na podstawie których zamawiający był zobowiązany dokonać oceny oferty.

Stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W każdym przypadku dokonywania takiej oceny konieczne jest odniesienie się do warunków konkretnego zamówienia. Dokonując oceny zamawiający musi stwierdzić, czy dany czynnik ma realny wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz w jakim stopniu.

W ocenie Izby złożone przez odwołującego w dniu 12 listopada 2013 r. wyjaśnienia należy uznać za bardzo ogólne i nieodnoszące się w sposób bezpośredni do ceny

zaoferowanej przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Dotyczą one sposobu działania odwołującego, jako przedsiębiorstwa działającego na danym rynku. Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach zasady, na jakich „często” realizuje podobne usługi, na jakich współpracuje z kadrami specjalistów, w jaki sposób organizuje często współpracę personelu pracującego na różnych inwestycjach. Wskazał, że posiada biura regionalne w terenie oraz że jest przedsiębiorstwem posiadającym bogate doświadczenie i wynikające z tego doświadczenia umiejętności. Są to niewątpliwie wiadomości bardzo ogólne, które w takiej formie mogłyby być ponad wszelką wątpliwość przytoczone również przez wielu innych wykonawców, działających w tej branży. Nie są to zatem okoliczności szczególne, które w sposób wyjątkowy – dostępny tylko temu wykonawcy – pozwalają na skalkulowanie ceny danej poniżej średniej ceny występującej na rynku konkretnych usług. W przedmiotowym postępowaniu bezspornym jest, iż głównym czynnikiem cenotwórczym (postępowanie na usługę Inżyniera Kontraktu) są koszty osobowe. Tym samym zasadniczym kosztem wykonania zamówienia jest koszt wynagrodzenia osób o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach. Zgodzić się należy z odwołującym, który twierdził, że wysokość wynagrodzenia osób o takich samych lub podobnych kwalifikacjach jest elementem indywidualnym. W składanych wyjaśnieniach okoliczności powyższe powinny jednak zostać przez odwołującego wyjaśnione. Ustawodawca co prawda nie określił wymogów co do zakresu udzielanych wyjaśnień, ograniczając się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazany przepis „nie kreuje obowiązku przedstawienia dowodów”, lecz wynika to w ocenie Izby z istoty „obiektywnych czynników”, które, aby były uznane za w pełni obiektywne muszą być oparte na faktach. Zgodzić się należy poniekąd z odwołującym, że sama kalkulacja nie stanowi elementu, który byłby dowodem na okoliczność obniżenia ceny oferty. Konieczne jest przy tym podanie przez wykonawcę uzasadnienia do przyjętej kalkulacji, w szczególności elementów, których poziom jest niższy niż średnio na rynku.

Oceniając złożone przez odwołującego wyjaśnienia zamawiający słusznie uznał, że nie odnoszą się one w jakikolwiek konkretny sposób do ceny zaoferowanej przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności wykonawca nie wskazał, w jaki sposób i w jakim stopniu podane przez niego okoliczności wpływają na możliwość obniżenia ceny jego oferty w stosunku do cen średnich występujących na rynku. W ocenie Izby składane przez wykonawców wyjaśnienia powinny zawierać argumentację, która musi w sposób wystarczający i jasny wskazywać na sposób kalkulacji przedmiotu zamówienia (w tym przypadku usługi), a także - że zaoferowana cena za całość zamówienia pokrywa wszystkie koszty jego realizacji. Podkreślić przy tym należy, że w momencie otrzymania wezwania do złożenia wyjaśnień to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana przez niego cena jest rzetelnie skalkulowana i pozwala na prawidłową

realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca musi zatem wykazać informacje, które w sposób obiektywny przedstawiają sytuację tego wykonawcy, tj. wskazują konkretne fakty i okoliczności mające wymierne znaczenie dla wysokości ceny oferty. W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że odwołujący nie udźwignął w tym przypadku ciężaru dowodu, a nawet nie uprawdopodobnił okoliczności, które miałyby uzasadniać wysokość zaoferowanej ceny. Podane przez odwołującego w wyjaśnieniach informacje zostały przedstawione w sposób bardzo uogólniony, można powiedzieć – uniwersalny dla sposobu działania odwołującego. Informacje te powinny zostać natomiast przeanalizowane przez wykonawcę w odniesieniu do warunków realizacji tego konkretnego przedmiotu zamówienia, aby uwiarygodnić zaoferowaną cenę.

Zauważyć należy, że w niniejszej sprawie podstawą do odrzucenia oferty odwołującego stał się brak wykazania przez odwołującego, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i umożliwiający należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W tym przypadku brak uprawdopodobnienia ww. okoliczności przez odwołującego powoduje, że cena zaoferowana na danym (niewiarygodnym) poziomie podlega uznaniu za rażąco niską, co skutkuje odrzuceniem oferty. W ocenie Izby termin do złożenia wyjaśnień przez odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp już upłynął, dlatego też złożone wyjaśnienia nie mogą podlegać uzupełnieniu na etapie postępowania odwoławczego przed KIO. Izba oceniając czynności dokonane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia musi brać pod uwagę te okoliczności, które miały miejsce w postępowaniu, a zatem - te wyjaśnienia, które zostały złożone przez odwołującego w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

Izba uznała, że nie potwierdził się w danym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Przepis ten został wskazany jako podstawa odrzucenia oferty w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, tj. w związku z przedstawieniem przez odwołującego wyjaśnień, których ocena prowadzi do wniosku, że zaoferowana cena podlega uznaniu za cenę rażąco niską.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów, co do zasadności odrzucenia oferty odwołującego, w konsekwencji brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego, która - jak wskazano powyżej - podlega odrzuceniu.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp,

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: