

Sygn. akt KIO 1284/20

WYROK
z dnia 30 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2020 r. przez wykonawcę DS Consulting Sp. z o. o. w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radcy Prawnego I. S.-K. w Warszawie oraz Investment Support A. K. w Brwinowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża DS Consulting Sp. z o. o. w Gdańsku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez DS Consulting Sp. z o. o. w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest kompleksowa usługa doradztwa ekonomiczno-finansowego i prawnego wraz z przygotowaniem dokumentacji dla strony publicznej przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania zmierzającego do wyboru partnera prywatnego przy realizacji projektu pod nazwą "Nowa Emilia - pawilon ekspozycyjny i miejska oranżeria". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 kwietnia 2020 r. pod pozycją 5434444-N-2020. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający pismem z 5 czerwca 2020 r. poinformował o wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kancelarii Radcy Prawnego I. S.-K. w Warszawie oraz INVESTMENT SUPPORT A. K. w Brwinowie, dalej również jako „Konsorcjum”, w związku z czym wykonawca DS Consulting Sp. z o.o. w Gdańsku wniósł odwołanie 10 czerwca 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. przez nieuprawnione udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;
- art. 90 ust. 1- 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty Konsorcjum, pomimo że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej cenę rażąco niską,

4. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ponadto wniósł o:

1. zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia akt przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. przeprowadzenie dowodów w treści odwołania wskazanych,
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Kancelaria Radcy Prawnego I. S.-K. w Warszawie oraz INVESTMENT SUPPORT A. K. w Brwinowie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy i obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu oraz odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi z 29 czerwca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, w trakcie której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 225 000 zł 24 stycznia 2020 r. na podstawie odpowiedzi uzyskanych na zapytania wysłane do trzech firm świadczących usługi doradztwa w postępowaniach PPP.

Zamawiający otworzył oferty 12 maja 2020 r. Przed otwarciem ofert poinformował, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 221.400 zł.

W postępowaniu złożono trzy oferty:

1. Kancelaria Radcy Prawnego dr R. C. w Warszawie z ceną 239.850 zł,
2. Odwołujący - 221.400 zł,
3. Konsorcjum - 113.600 zł.

Pismem z 12 maja 2020 r. zamawiający wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Wskazał w nim, że cena oferty Konsorcjum jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia (brutto), jak również od średniej arytmetycznej złożonych ofert, w związku z powyższym wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu

zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zamawiający powołał treść art. 90 ust. 1 Pzp, który j w związku z art 90 ust. 1a pkt 1) Pzp został wskazany jako podstawa prawna wezwania. Podkreślił, że oczekuje załączenia do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w szczególności:

1. kalkulacji, w której będą uwzględnione koszty wynikające z realizacji przedmiotowego zamówienia (m.in. koszt pracowników, koszt robocizny, zaangażowania odpowiedniego sprzętu) oraz wysokość zysku, który Wykonawca założył na etapie kalkulacji oferty;
2. dowodów, które potwierdzają, że przedstawiona kalkulacja jest wiarygodna, zaoferowana cena jest realna, a wynagrodzenie za realizację zamówienia pozwoli na pokrycie kosztów wynikających z realizacji przedmiotowego zamówienia.

Konsorcjum udzieliło wyjaśnień 19 maja 2020 r. Oświadczyło, że cena za wykonanie przedmiotu została skalkulowana należycie, tj. z uwzględnieniem wymaganej pracochołności i zakresu opracowania, a także przyjętych metod pracy, jest ceną rynkową oraz zawiera zysk. Wykonawca, jako profesjonalista w zakresie doradztwa specjalistycznego w obszarze tożsamym z zamówieniem, szacując cenę oferty, wziął pod uwagę terminy, zakres zadań do wykonania, dostosowanie do terminu oraz wymaganych obszarów merytorycznych, zespół ekspercki oraz ryzyko wynikające z tematyki niniejszego zamówienia. Podkreślił, że uwzględnił bogate doświadczenie ekspertów wskazanych do realizacji zamówienia, którzy w większości są właścicielami firm, tworzących Konsorcjum. Doświadczenie zdobyte zostało w trakcie świadczenia usług w zakresie doradztwa w realizacji przedsięwzięć w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, w szczególności w doradztwie na rzecz projektu budowy parkingu wielopoziomowego w Warszawie, które zostało zakończone zawarciem umowy. Członkowie Konsorcjum wypracowali efektywne metody pracy, pozwalające wykonać przedmiot zamówienia w sposób optymalny i bez zbędnej zwłoki, a przy tym z zachowaniem odpowiednich, oczekiwanych parametrów jakościowych.

Odnosząc się do elementów mających bezpośredni wpływ na cenę oferty wezwany wykonawca wyjaśnił, że:

1. z zakresu zamówienia wyłączono dwa istotne obszary (które standardowo występują przy tego rodzaju usługach doradczych): doradztwo techniczne i (co jeszcze bardziej istotne dla wyceny) sporządzenia analiz i przygotowania postępowania.

Bez wątpienia etap analityczny wymaga niekiedy bardzo dużego zaangażowania czasowego (nawet 40% prac doradczych). Kolejny etap, obejmujący przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako bardziej „konceptyjny”, również jest niezwykle czasochłonny. Na tym etapie ustalane są bowiem najistotniejsze dla przygotowywanego postępowania kwestie – formułowane są warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert oraz wstępny projekt umowy wraz z koncepcją i harmonogramem przyszłego

dialogu konkurencyjnego. Prace te zostały już wykonane. Wykonawca bardzo dokładnie zapoznał się z dostępną dokumentacją postępowania oceniając poziom jakościowy prac na bardzo wysoki. Wykonawca miał okazję zapoznać się z zakresem przedsięwzięcia (w związku z równoległym prowadzeniem postępowania przez zamawiającego na wybór partnera prywatnego), a także, z informacji dostępnej publicznie, posiada wiedzę o tym, że zamawiający dysponuje analizami przedrealizacyjnymi, które stanowią punkt wyjścia do prowadzenia dialogu (jako, że stanowią podstawę do ogłoszenia postępowania na wybór partnera prywatnego). W tym postępowaniu *gros* prac będzie miało charakter „czystego”, standardowego doradztwa z zakresu zamówień publicznych - poczynając od oceny wniosków, przez prowadzenie dialogu i ewentualną modyfikację (ale tylko w zakresie dopuszczonym przez prawo) przyjętych w momencie wszczęcia postępowania założeń. W ramach doradztwa finansowego natomiast prace polegać będą głównie na aktualizacji analiz finansowych oraz bieżącym doradztwie na poszczególnych etapach postępowania.

Ceną rynkową za kompleksowe przygotowanie i prowadzenie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego jest 36.898,73 zł brutto. Na dowód tego złożył faktury i wskazał, że w postępowaniu realizowanym dla PAIH, wykonał większy zakres prac w zakresie przeprowadzenia postępowania (włącznie z bardzo aktywnym udziałem przy sporządzaniu skomplikowanego opisu przedmiotu zamówienia) w trybie dialogu konkurencyjnego, jednak wskazana cena nie budziła wątpliwości, a w zasadzie o kilkanaście tysięcy przekraczała zaplanowany przez zamawiającego budżet.

Również okoliczność, iż najprawdopodobniej przedmiotowy dialog nie będzie znacząco rozciągnięty w czasie (zamawiający przewiduje 180 dni na przeprowadzenie negocjacji, podczas gdy w praktyce z zakresu PPP zdarzają się nawet kilkuletnie) - stanowi element wpływający na cenę. Wykonawca nie musi bowiem obliczać ryzyka zmiany personelu kluczowego na skutek przyczyn od niego niezależnych i koniecznością zastąpienia go nowym (a jest to ryzyko bardzo istotne, znacząco wpływające na cenę).

Fakt, że zamawiający w postępowaniu na wybór partnera prywatnego podał również harmonogram spotkań w ramach dialogu z potencjalnymi partnerami prywatnymi, pozwala na przewidzenie zakresu prac, który będzie do wykonania oraz przygotowanie się do nich oraz wcześniejsze zarezerwowanie terminów, co nie będzie powodowało kolizji z innymi projektami wykonawcy i nie będzie generowało potencjalnego ryzyka dla innych prowadzonych przez wykonawcę projektów doradczych.

Kolejno wskazano, że projekt realizacji Nowej Emilii ma określone ramy strukturalno-organizacyjne, co plasuje go, zdaniem doradców, jako projekt zdefiniowany w zakresie określonego modelu współpracy z partnerem prywatnym bez względu na szczegóły, jakie zostaną wypracowane podczas negocjacji. Doświadczenie doradców umożliwi uwzględnienie

ram tego modelu i wykorzystanie nabytej wiedzy przy tym postępowaniu, co znacznie obniża koszty, związane z kreowaniem nowych rozwiązań (takie modele przedsięwzięć były już realizowane na rynku PPP i doradcy brali w nich udział), mechanizmów wzajemnych zobowiązań (projekty umów z tego rodzaju przedsięwzięć są w posiadaniu wykonawcy, z czego przeważającą część sam współtworzył). To wszystko powoduje, że wykonawca nie musi ponosić kosztów zdobywania wiedzy, którą już dysponuje i może zaproponować korzystną cenę.

2. Głównym elementem cenotwórczym będą przede wszystkim koszty osobowe, wyceniane samodzielnie przez wykonawcę;

3. Na wysokość kosztów osobowych wpływają przede wszystkim takie czynniki jak: posiadana wiedza i doświadczenie personelu kluczowego pozwalająca na optymalizację pracy (co jest istotne zwłaszcza przy wynagrodzeniu godzinowym), podstawa dysponowania personelem kluczowym (brak konieczności pozyskania nowych ekspertów ze względu na długotrwałe umowy), przyjęta metoda pracy, bliskość siedziby zamawiającego do stałych miejsc pracy personelu kluczowego;

4. Odnośnie pierwszego czynnika, należy wskazać, że wiedza merytoryczna na gruncie prawnym i ekonomiczno-finansowym posiadana przez wykonawcę w zakresie świadczenia usług wykonywanych dla różnych podmiotów publicznych w skali województw, jak i kraju, stanowi o przewadze zespołu eksperckiego, przekładającej się następnie na optymalizację również wykonania zlecenia pod względem finansowym. Mając także na uwadze, iż główne koszty realizacji usługi są związane z personelem, dysponowanie kadrami wykwalifikowanych ekspertów, mających doświadczenie związane z doradztwem w realizacji projektów w formule partnerstwa - publicznego jest gwarancją należytego wykonania usługi. Z tego względu, wykonawca mógł również odpowiednio skalkulować cenę, biorąc pod uwagę spory zapas liczby godzin do realizacji zamówienia przez poszczególnych ekspertów (przewidziana liczba roboczogodzin przewidziana na realizację Części A Zamówienia stanowi załącznik do wyjaśnień). Jeżeli chodzi o stawkę za roboczogodzinę realizacji Części B zamówienia, wskazał, że jak najbardziej jest to cena rynkowa (a nawet powyżej średniej oscylującej w granicach (150 zł/h), powszechnie występująca na rynku usług doradczych w zakresie zamówień publicznych.

5. W zakresie podstawy dysponowania personelem kluczowym, podniósł, że usługi doradztwa będą świadczone przez m. in. przez ekspertów prawnych tj. r.pr. I. S.-K. oraz A. K. i ekspertów ekonomicznych w tym K. K., którzy to eksperci prowadzą działalność gospodarczą i są właścicielami/współwłaścicielami firm tworzących Konsorcjum. Osoby te będą w głównej mierze odpowiedzialne za świadczenie usług w zakresie prawnym i finansowym. W związku z powyższym, koszty personelu dodatkowego (w tym innych ekspertów oraz osób wspomagających prace, takie jak asystenci doradców, czy osoby odpowiedzialne za sekretariat), ze względu na znacznie niższy stopień zaangażowania w realizację zamówienia, będą

kształtować się na stosunkowo niskim poziomie. Wykonawca oszacował, iż udział kosztów personelu dodatkowego w ogólnych kosztach personelu, będzie oscylował wokół poziomu 20%. Stąd, na potrzeby niniejszego zamówienia przyjął ogólną stawkę roboczogodziny dla całości personelu w wysokości 100,00 zł netto/h. Zwrócił uwagę, że obie firmy doradcze od wielu lat prowadzą stałą współpracę przy różnych projektach, co pozwala na samodzielne decydowanie o wysokości wynagrodzenia za świadczenie usług w zakresie prawnym i ekonomiczno-finansowym i tym samym znacznie obniża ceny jednostkowe w zakresie kosztów osobowych. Ponadto, ze względu na wieloletnią współpracę, wykorzystywane będą zasoby już istniejące, których koszty od lat utrzymują się na tym samym poziomie. Przyjęcie do realizacji kolejnego zamówienia nie skutkuje istotnym zwiększeniem kosztów działalności wykonawcy, co stanowi znaczącą różnicę w stosunku do wykonawców dopiero zamierzających zaangażować do realizacji zamówienia niezbędny zespół specjalistów. Tymczasem wykonawca przez pozyskiwanie nowych umów, zapewnia stałe zatrudnienie personelowi kluczowemu, często na kilku kontraktach jednocześnie, (o ile umożliwiają to zapisy poszczególnych umów), wykorzystując wolny potencjał osobowy, wynikający z etapowania prac. Pozwala to na zminimalizowanie kosztów biura i obsługi kancelaryjnej przy realizacji umowy. Zawarcie umowy nie generuje, jak wskazano, dodatkowego obowiązku zatrudnienia personelu czy zakupu urządzeń specjalistycznych itp. Zwłaszcza, że koszty pracownicze nie będą znaczące – zasadniczo cały personel kluczowy to właściciele firm wchodzących w skład Konsorcjum.

6. Istotna jest również przyjęta przez doradców metoda pracy. W tym zakresie wskazał, że po pierwsze, sprawne zarządzanie czasem ekspertów pomiędzy kilkoma kontraktami realizowanymi w tym samym obszarze, pozwala na znaczne obniżenie kosztów realizacji usług bez pogorszenia ich jakości. Z tego względu szereg zadań pośrednich związanych z zamówieniem może być realizowana przy uwzględnieniu materiałów specjalistycznych znajdujących się w posiadaniu wykonawcy. Tym sposobem posiada on wdrożone dla bieżących wymagań zamawiającego niezbędne doświadczenie, wzory dokumentów, zidentyfikowane obszary problemowe wraz z propozycjami ich rozwiązania itp. itd., dzięki czemu jednostkowe koszty realizacji kolejnych przedsięwzięć będą się zmniejszać (korzyść skali). Stopień wpływu tego czynnika na wysokość zaoferowanej ceny określił należy jako znaczny. Wpłynie on również na realizację umowy od strony merytorycznej, usprawniając jej realizację. Oznacza to również zmniejszony czas pracy, co jest niezwykle istotne, przy kalkulowaniu ceny w oparciu o ilość założonych roboczogodzin.

Na wysokość wynagrodzenia będzie miał wpływ sposób komunikacji pomiędzy doradcami. Wykonawca w tym zakresie przewiduje realizację przedsięwzięć przy użyciu komunikacji elektronicznej (bezpieczne komunikatory internetowe). Te narzędzia pozwalają na bardzo znaczące obniżenie kosztów pracy zespołu projektowego oraz jego dynamiczny sposób

alokacji z korzyścią dla zamawiającego oraz wszystkich stron projektu, gdyż umożliwią zespołowi realizującemu zamówienie m.in. otrzymywanie informacji dotyczących projektu w tym samym czasie, bieżące ustalenia sposobu realizacji zamówienia bez konieczności spotkań w określonym miejscu, co zdecydowanie zmniejszy zarówno czas, jak i koszty realizacji zamówienia. Wszyscy członkowie zespołu niezbędnego do realizacji zamówienia na stałe pracują w Warszawie. Wpływa to znacznie na cenę oferty, ponieważ większość kosztów związanych z realizacją zamówienia stanowią koszty osobowe.

7. Ostatecznie warto wziąć pod uwagę bliskość miejsca świadczenia usługi od siedziby wykonawcy. Większość usług doradczych świadczona będzie na terenie Miasta st. Warszawy, co w sposób znaczny pozwoli na oszczędności w kosztach delegacji i zmniejszy zaangażowanie czasowe na dojazdy. Eksperti realizujący przedmiotowe zamówienie na stałe świadczą usługi w Warszawie.

8. Wykonawca dysponuje we własnym zakresie sprzętem koniecznym do realizacji zamówienia (między innymi urządzeniami służącymi do druku i składania dokumentacji) i nie zamierza korzystać w tym zakresie z usług podmiotów trzecich, co pozwala na dalsze obniżenie kosztów.

Wycena oferty składa się zatem z następujących elementów:

1. Koszt personelu – w kalkulacji przyjęto szacowaną wartość liczby roboczogodzin przewidzianych na realizację poszczególnych etapów realizacji zamówienia przez poszczególne grupy ekspertów. Liczba roboczogodzin została przyjęta z zapasem. Dodatkowo, w ramach założeń dla kalkulacji, wykonawca przyjął, iż w postępowaniu zostanie złożone 5 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (przy czym, należy zaznaczyć, iż standardem w tego typu postępowaniach jest mniejsza liczba wniosków oraz spadające zainteresowanie procedurą, co powoduje również mniejszą liczbę ofert, niż przyjętą w założeniach). Wykonawca szacuje, że możliwe jest wykonanie poszczególnych etapów mniejszym nakładem pracy poszczególnych ekspertów. Stawka roboczogodziny przyjęta na poziomie 100,00 zł netto/h jest stawką rynkową i odzwierciedla uposażenie poszczególnych ekspertów, którzy będą zaangażowani w poszczególne etapy realizacji usługi. Stawki te uwzględniają koszty 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 2018 poz. 2177).

2. Pozostałe koszty, m.in. utrzymanie biura zostały wskazane jako zryczałtowana pozycja, z alokacją kosztów swojej działalności proporcjonalnie w stosunku do realizowanych i prognozowanych do realizacji kontraktów innych niż badany. Kwota uwzględnia okoliczność, że członkowie konsorcjum posiadają biura na terenie Warszawy, a zatem koszty te rozkładają się proporcjonalnie na większą ilość zleceń.

3. Rezerwa budżetowa - pod pozycją „rezerwa” wykonawca zabezpieczył kwotę na wypadek ewentualnego zlecenia prac w celu wsparcia zespołu podstawowego realizującego umowę.

4. Zysk Wykonawcy.

Ponadto wskazano przykładowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których wykonawca brał udział na podobne usługi doradcze, obejmujące sporządzenie analiz przedrealizacyjnych oraz przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z zestawienia przystępujący wywiódł, że przyjęta przez niego cena nie odbiega, a nawet jest wyższa, od cen występujących na rynku w ostatnich miesiącach/latach.

Na dowód prawidłowego oszacowania wartości oferty przedstawił szczegółową kalkulację ceny ofertowej, obejmującej koszty realizacji zamówienia wraz z zyskiem. Obejmuje ono szacowaną liczbę godzin przypisaną do poszczególnych etapów zaangażowania doradcy, uwzględniającą rezerwę. Przyjął, że realizacja Części A zamówienia będzie realizowana w 600 roboczogodzin, a stawka godzinowa pracy personelu wynosi 100,00 zł netto/h, łączny koszt personelu wynosi 60 000,00 zł netto. Wskazano koszty biura zryczałtowaną kwotę 2.000 zł ustaloną na podstawie dokonywanych miesięcznie wydatków. Uwzględniono rezerwę budżetową w zryczałtowanej kwocie 3.000 zł na potrzeby ewentualnych dodatkowych wydatków w wysokości oraz zysk w wysokości 15.000 zł.

5. Kalkulacja ceny ofertowej

Zamawiający ocenił wyjaśnienia i wybrał ofertę Konsorcjum, o czym poinformował 5 czerwca 2020 r.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Powołane ustalenia zostały dokonane na podstawie wymienionych pism i dokumentów znajdujących się w aktach sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz nieuzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Art. 90 ust. 1 *in initio* Pzp stanowi, że jeżeli zaofferowana 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:

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);

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.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia o udzielenie wyjaśnień. Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Adekwatnie w postępowaniu odwoławczym na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Odwołujący wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp udzielił wyjaśnień, zatem należy rozważyć, czy wyjaśnienia te potwierdzają rażące zaniżenie ceny oferty tego wykonawcy. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawiłaby istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający byłby zobowiązany do odrzucenia oferty (*vide*: wyrok Sądu Okręgowego w

Warszawie z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06). Zamawiający jest wprawdzie uprawniony do tego, aby odrzucić ofertę tylko z powodu otrzymania niedostatecznych wyjaśnień, jednak o niedostatecznych, zbyt ogólnych wyjaśnieniach można mówić w sytuacji, gdy wykonawca odpowiada bardzo ogólnie, w szczególności nie odwołując się do realiów postępowania i treści swojej oferty. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (*vide*: wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13).

Izba dokonała oceny wyjaśnień przystępującego i uznała, że nie dają one podstaw do uznania ich za uzasadniające odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Skoro według z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalały na akceptację ceny oferty.

Izba zważyła, że zamawiający trafnie ocenił złożone wyjaśnienia jako wystarczająco rzetelne, konkretne, wystarczająco szczegółowe oraz wyjaśniające kwestie wskazane w wezwaniu. Złożył również kalkulację ceny oferty. Wyjaśnień tych nie sposób uznać za nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne. Odwołujący odniósł się do elementów składowych istotnych dla obliczenia ceny swojej oferty, sprostował zatem wynikającemu z art. 90 ust. 2 oraz art. 191 ust. 1 pkt 1a Pzp obowiązkowi wykazania, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Odwołujący przedstawił charakterystyczne dla niego uwarunkowania organizacyjne oraz korzystne warunki wykonania zamówienia wynikające z bliskości siedzib członków Konsorcjum w stosunku do siedziby zamawiającego. Wyjaśnienia zawierają analizę wymagań zamawiającego opisanych w dokumentacji postępowania i znaczenie jej wyników dla ceny oferty przystępującego. Przystępujący zwrócił uwagę na mniejszy zakres wymaganego doradztwa oraz te elementy, które zostały już opisane przez zamawiającego. Scharakteryzowane zostały również realia rynkowe wykonywania podobnych usług, z których przystępujący również wywodzi brak zaniżenia ceny swojej oferty. Z punktu widzenia zasad logiki i doświadczenia życiowego wyjaśnienia ceny oferty są wewnętrznie spójne, adekwatne do wezwania oraz konkretnie odnoszące się do realiów badanego postępowania. Stanowisko odwołującego nie daje podstaw do twierdzenia przeciwnego. Odwołujący opiera się na przyjętych przez siebie szacunkach i wyliczeniach, wynikających z przyjętych założeń. Założenia te nie są możliwe do obiektywnej weryfikacji, co najmniej z dwóch przyczyn. Po

pierwsze duży poziom ogólności, uniemożliwia ich obiektywne odniesienie do warunków postępowania. Odwołujący powołuje się na zalecenia dotyczące PPP, podczas gdy należałoby oczekiwać, że wskaże dlaczego obecność wszystkich ekspertów przy tym konkretnie projekcie jest niezbędna, a nie jedynie zalecana. Pomimo reguły dowodowej opisanej w art. 190 ust. 1a Pzp odwołujący podważający prawidłowość badania ceny oferty konkurenta przez zamawiającego nie powinien pozostawać bierny. Po drugie odwołujący błędnie wykorzystuje uzyskanie informacji dotyczące stawki przystępującego przenosząc kwoty dotyczące części B do części A.

Odwołujący zatem bezzasadnie domaga się odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Z braku jakichkolwiek dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że przystępujący w wyjaśnieniach udzielonych zamawiającemu wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ewentualne wątpliwości powstałe po lekturze wyjaśnień mogłyby zostać wyjaśnione przez żądanie informacji doprecyzowujących, jednak w realiach badanej sprawy brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu uszczegóławiania uzyskanych informacji.

Pojęcie „rażąco niska cena”, choć nie posiada definicji legalnej zostało już szeroko omówione w orzecznictwie. Wypracowane przez nie poglądy można podsumować w ten sposób, że punktem odniesienia do określenia ceny jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji racjonalnie na nim działających podmiotów (*vide* przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 oraz wyroki Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 i z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11).

Izba uznała, że brak jest uzasadnionych podstaw do uznania, że cena oferty przystępującego w świetle udzielonych przez niego wyjaśnień jest ceną nierealistyczną, oderwaną od realiów postępowania oraz realiów rynkowych, oferująca spełnianie wymagań

zamawiającego poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę w związku z wykonaniem zamówienia.

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

Przewodniczący: