

**WYROK**  
**z dnia 7 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez W..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe VITARO w Dziepólnicy w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Radomszczański

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Powiatowi Radomszczańskiemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty W..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe VITARO w Dziepólnicy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Powiat Radomszczański i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez W..... J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe VITARO w Dziepólnicy tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Powiatu Radomszczańskiego w Radomsku na rzecz W..... J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe VITARO w Dziepólnicy kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Piotrkowie Trybunalskim.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Powiat Radomszczański - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa powiatowej Hali Sportowej w Radomsku realizowana w systemie „Zaprojektuj i wybuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 30541 – 2014, 14 lutego 2014 r.

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

19 marca 2013 r. zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty W..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe VITARO w Dziepólnicy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp.

W odwołaniu wniesionym 24 marca 2014 r., z zachowaniem obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania, wykonawca ten zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 1-3 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia pełnego postępowania wyjaśniającego w przedmiocie występowania rażąco niskiej ceny i pominięcia okoliczności, iż W..... J..... jako właściciel odwołującego posiadający uprawnienia konstrukcyjno-budowlane posiada również w ich ramach uprawnienia drogowe umożliwiające mu samodzielną realizację zamówienia w pełnym zakresie oraz, iż na podstawie załączonych dokumentów oraz dokonanych uzupełnień wynika, iż od chwili złożenia oferty obejmowała ona swym zakresem wycenę usług nadzoru drogowego. Ponadto podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego w związku z bezzasadnym stwierdzeniem, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, oceny i badania oferty odwołującego, odrzucenia oferty odwołującego oraz o powtórzenie czynności oceny i badania ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i wskazał czynniki, które miały wpływ na ustalenie ceny jego oferty. Natomiast brak jest odniesienia się zamawiającego do cen rynkowych występujących w chwili badania ofert.

Zamawiający odniósł się jedynie do wartości zamówienia. Odwołujący powołał usługi nadzoru inwestorskiego realizowane w ostatnim czasie i dotyczące obiektów o podobnej lub większej kubaturze:

1. pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. Budowla oczyszczalni ścieków w m. Pawiów gm. Chlewiska, wartość robót budowlanych 3 247 174,15 brutto. Cena zaoferowana przez odwołującego -35. 670 brutto. Najniższa cena Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych SAN-WOD inż. A..... Z..... w Radomiu -28.900 zł czyli 0,89% wartości inwestycji;
2. pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla projektu „Przebudowa i rozbudowa systemu zaopatrzenia w ciepło wraz z sieciami cieplnymi i węzłami z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii gm. Prostki”. Wartość robót budowlanych 8 722 914,00 brutto. Oferta wybrana - IZOTERM Usługi Instalacyjne w Suwałkach 54 999,45 zł czyli 0,63% wartości inwestycji;
3. Nadzór inwestorski nad realizacją zadania „Budowa oczyszczalni ścieków w Hubach oraz kanalizacji sanitarnej w Hubach, Adamowie i Rzerzęcycach - etap I”. Wartość robót budowlanych 13 872 136,72 brutto. Cena oferty wybranej (oferta odwołującego) 118.340 zł czyli 0,85% wartości inwestycji;
4. Pełnienie funkcji inwestora nadzoru inwestycyjnego w zadaniu „Termomodernizacja budynków Zespołu Szkolno-Gimnazjalnego w Kodrębie przy ul. Leśnej”, wartość inwestycji 2.600.028, 71 zł, kubatura 21.033,95 m<sup>3</sup>. Cena oferty wybranej (oferta odwołującego) 4.920 brutto czyli 0,19% wartości inwestycji.

Odwołujący podniósł, że zmiana listy wymaganego personelu miała wpływ na wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny i jej ocenę. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie obejmuje usługi nadzoru drogowego. Podniósł, że stanowisko zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w kontekście złożonych list inspektorów i uzupełnionych list. W związku z tym, że Wojciech Jędrzejczyk posiada uprawnienia konstrukcyjno - budowlane, których zakres obejmuje również prawo do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń przy budowie dróg i mostów oraz, że wszystkie branże poza elektroenergetyczną obsługiwać miał W..... J....., nie można się zgodzić z twierdzeniem zamawiającego, że oferta nie zawiera wyceny elementu nadzoru w branży drogowej. Podnosił, że w nowym uzupełnionym wykazie personelu w zakresie branży drogowej jako inspektor wskazany jest W..... J....., nie doszło więc do żadnej zmiany, która uzasadniałaby twierdzenie zamawiającego o nieuwzględnieniu branży drogowej.

Odwołujący wyjaśnił, że składając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny podał kwotę wynagrodzenia, a opisując zakres omyłkowo pominął całą branżę konstrukcyjno - budowlaną, a nie tylko drogową, jednak jasno przewidywał i wyznaczył inspektora branży konstrukcyjno-budowlanej i drogowej. Podkreślił, iż obie te funkcje pełnić ma W..... J..... właściciel

firmy odwołującego co niewątpliwie pozwala obniżyć koszty zatrudnienia, bowiem wykonuje tą usługę właściciel firmy i nie korzysta z pośrednictwa innych osób.

Odwołujący wywodził również, że z przepisów ustawy jednoznacznie wynika, że wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ma charakter wielokrotny, zatem zamawiający mógł wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień po raz kolejny.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

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

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający dokonał oszacowania wartości przedmiotu zamówienia 5 lutego 2014 r. W oparciu o analizę dotychczas udzielonych zamówień oraz na podstawie rozpoznania rynku przyjął kwotę 100.000 zł brutto (1,2% wartości robót budowlanych).

Przedmiot zamówienia będzie realizowany w formule „Zaprojektuj i wybuduj” i oprócz robót budowlanych obejmuje również poprzedzające je wykonanie dokumentacji budowlanej oraz projektów wykonawczych.

W postępowaniu złożono 17 ofert. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną w wysokości 36.285 zł. Ceny dwóch ofert najbardziej zbliżonych ceną wynosiły: oferty wybranej złożonej przez P..... G..... - 58.840 zł, WECTOR Sp. z o.o. - 59.040, zł. Ceny kolejnych ofert wynosiły od 77.444, 70 zł do 227.181,00 zł, przy czym cena 7 ofert przekraczała wartość przedmiotu zamówienia brutto.

W zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający wymagał w pkt 5.3. ppkt 3.2. SIWZ, aby wykonawca wskazał:

- co najmniej jedną osobę, która będzie pełnić funkcje Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego, posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń i posiada minimum 10-letni staż w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru;
- osobą/osobami (jedna osoba posiadająca uprawnienia we wszystkich wymienionych specjalnościach lub więcej osób posiadających razem uprawnienia w wymienionych specjalnościach) do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót branżowych posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń w następujących specjalnościach:
  - a) konstrukcyjno-budowlanej;
  - b) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych ciepłych, wentylacyjnych i gazowych;
  - c) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;
  - d) drogowej.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia odwołujący złożył wykaz, w którym wskazał:

- Panią J..... M..... – R..... – jako koordynatora inspektorów nadzoru inwestorskiego;
- Pana W..... J..... (odwołujący) – jako inspektora nadzoru robót budowlanych - specjalność konstrukcyjno - budowlana i wodno-kanalizacyjna;
- Pana M..... K..... – jako inspektora nadzoru robót budowlanych - specjalność elektroenergetyczna.

Pismem z 6 marca 2014r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnienia w zakresie wysokości zaoferowanej ceny. Powołał, że cena oferty odwołującego stanowi 36% wartości szacunkowej zamówienia oraz jest co najmniej dwukrotnie niższa od kolejnych cenowo ofert złożonych w postępowaniu. Zobowiązał wykonawcę do wskazania powodów wskazania danej ceny oraz powołania stanu faktycznego uwzględniającego np.: oszczędne 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.

Pismem z 10 marca 2014 r. odwołujący udzielił wyjaśnień, w którym wskazał, iż skalkulowana przez niego wartość usługi uwzględnia całość kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Kalkulując wynagrodzenie zostały uwzględnione całkowite wynagrodzenia inspektorów nadzoru:

- Pani J..... M..... – R..... - pełniąca funkcję koordynatora inspektorów nadzoru branży konstrukcyjno- budowlanej, zatrudniona na podstawie umowy o podwykonawstwo z Firmą A.B.I. – 9 840 zł brutto;
- Pan M..... K..... -inspektor nadzoru w branży elektrycznej i elektryczno energetycznej, zatrudniony na umowę zlecenie wysokość wynagrodzenia-:6 150 zł brutto;
- Pan W..... J..... - inspektor nadzoru branża specjalność instalacyjna wod-kan, ciepł., gaz. Właściciel Firmy P.P.U.H Vitaro W..... J..... – 16.295 zł brutto.

Odwołujący podał również pozostałe koszty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny:

- koszty dojazdu inspektorów - 2000 zł brutto;
- koszty utrzymania biura - 2000 zł brutto.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż dokonując kalkulacji wynagrodzenia uwzględnił fakt, iż jest on firma lokalną posiadającą biura oraz zaplecze administracyjne w Radomsku, co pozwoliło mu obniżyć koszty związane z funkcjonowaniem inspektorów, a w cenie oferty uwzględnić zysk.

Zamawiający pismem z 11 marca 2014 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, w tym wykazu osób, z którego będą wynikać uprawnienia i doświadczenie osób przewidzianych do pełnia funkcji inspektorów nadzoru. Zamawiający podkreślił, że w wykazie należy wskazać, co najmniej jedną osobę, o której mowa w pkt 5.3. ppkt 3.2. SIWZ, a w odwołujący nie określił inspektora nadzoru w specjalności drogowej.

Odwołujący w odpowiedzi udzielonej pismem z 17 marca 2014 r. złożył nowy wykaz osób, w którym wskazał, że Pan W..... J..... będzie pełnić funkcje: koordynatora Inspektorów Nadzoru, inspektora nadzoru robót budowlanych, inspektora nadzoru w specjalności instalacji wod-kan, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, inspektora nadzoru w specjalności drogowej. Natomiast Pan M..... K..... - będzie pełnić funkcje inspektora nadzoru w zakresie specjalności elektroenergetycznej.

Zamawiający w dniu 19 marca 2014 r. zawiadomił wykonawcę, iż odrzuca jego ofertę z powodu rażąco niskiej ceny, ponieważ złożone wyjaśnienia są dość ogólnikowe i wynika z nich, że cena oferty odwołującego nie obejmuje kosztu usługi nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż zarzucane naruszenie przepisów ustawy uniemożliwiło mu uzyskanie zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wyłącznie z tego powodu, że jej cena nie uwzględniała kosztów nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej. Zarzut zaniżenia przez odwołującego cen dojazdu na budowę oraz biura został podniesiony przez zamawiającego na rozprawie i nie może stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia Izby. Wskazane w art. 192 ust. 7 Pzp granice dopuszczalności rozpoznania zarzutów odwołania wyznacza bowiem uzasadnienie faktyczne i prawne skarżonej czynności zamawiającego, wobec którego wniesione jest odwołanie. Izba dostrzegła również, że zamawiający nie zakwestionował w informacji o wykluczeniu kwoty wynagrodzenia poszczególnych specjalistów.

Wskazane przez zamawiającego podstawy odrzucenia oferty odwołującego nie znalazły potwierdzenia. Uszło uwadze zamawiającego, że odwołujący posiada uprawnienia w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń pozwalające mu na sprawowanie nadzoru w specjalności drogowej (dowód: wyjaśnienia Łódzkiej Izby Inżynierów Budownictwa z 19 listopada 2013 r., w aktach sprawy). A skoro w pkt 5.3. ppkt 3.2. SIWZ zamawiający dopuścił możliwość sprawowania nadzoru w kilku branżach przez jedną osobę, to odwołujący może osobiście nadzorować prace w pełnym zakresie wynikającym z posiadanych uprawnień, zatem większości prac wchodzących w skład inwestycji. Izba podzieliła zatem pogląd

odwołującego, że wskazanie Wojciecha Jędrzejczyka w wykazie pierwotnie załączonym do oferty jako inspektora konstrukcyjno-budowlanego obejmowało z uwagi treść jego uprawnień nadzór nad robotami drogowymi. Złożony wykaz został zmieniony w ten sposób, iż zmianie uległa osoba pełniąca funkcje koordynatora inspektorów nadzoru oraz zostały szczegółowo rozpisane zakresy nadzorów pełnionych przez poszczególnych inspektorów. Dokonane uzupełnienia wykazu pozostaje zatem bez związku z wyceną pracy inspektora robót drogowych. Koszt wynagrodzenia inspektora branży drogowej został przez odwołującego uwzględniony w cenie oferty w kosztach pracy Pana W..... J..... (odwołującego), który w ramach posiadanych uprawnień będzie nadzorował wykonywanie robót drogowych. Sam fakt zawężenia kręgu inspektorów i sprawowanie nadzoru nad pracami początkowo przypisanymi Pani J..... M..... – R..... przez odwołującego nie ma żadnego znaczenia dla ceny oferty.

Oczywistym jest, że w przypadku sprawowania nadzoru w wielu branżach przez tę samą osobę koszt jej wynagrodzenia będzie znacząco niższy, niż w sytuacji, gdy wykonawca zatrudnia specjalistów z każdej branży nadzorowanych robót budowlanych.

Izba nie podzieliła też poglądu zamawiającego, jakoby wyjaśnienia złożone przez odwołującego były ogólnikowe. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, które powieliło treść regulacji art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, wskazał konkretne informacje: podał wynagrodzenie specjalistów oraz kwoty przeznaczone na dojazd i biuro. Z danych tych można wywieść, że po stronie odwołującego zaistniały szczególnie sprzyjające warunki wykonania zamówienia wynikające z bliskiej odległości siedziby od budowy oraz wykonywanie większości prac osobiście przez właściciela.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 i art. 90 ust. 3 Pzp znalazł potwierdzenie.

Izba nie podziela poglądu odwołującego, że z przepisów ustawy wynika jednoznacznie możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jednak - zdaniem Izby – w indywidualnych okolicznościach danego przypadku dopuszczalne jest żądanie przez zamawiającego dalszych wyjaśnień doprecyzowujących informacje wskazane w odpowiedzi na wezwanie.

Obecnie żaden z przepisów ustawy nie udziela wprost odpowiedzi na pytanie, ile razy zamawiający może dokonywać wezwań wykonawcy do udzielenia wyjaśnień rzetelności ceny oferty. W takiej sytuacji wobec braku możliwości oparcia się na wykładni literalnej, mającej pierwszorzędne znaczenie w systemie prawa stanowionego, należy zwrócić się ku wykładni systemowej i celowościowej. Przypomnieć więc trzeba, że celem systemu zamówień publicznych jest umożliwienie wydatkowania środków publicznych w warunkach uczciwej konkurencji.

Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią z mocy art. 7 ust. 1 Pzp jeden z fundamentów systemu zamówień publicznych. Stąd też w orzecznictwie



KIO oraz Sądów Okręgowych w nawiązaniu do dyrektyw art. 7 ust. 1 Pzp ukształtował się pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę ma charakter jednokrotny (wyrok SO w Poznaniu z 21 maja 2008 r., X Ga 127/08, Wyrok SO Warszawa - Praga w Warszawie z 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt 1299/09), a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu. Kierowanie ponownego wezwania w takiej sytuacji nie tylko godziłoby w prawa innych wykonawców, ale również prowadziłoby do przewlekłości postępowania o udzielenie zamówienia.

Jednak w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niejasne lub miało charakter ogólny, skutkiem czego wyjaśnienia wykonawcy nie są dostateczne, zamawiający może zadać dodatkowe pytanie. W podobnym tonie wypowiedział się także Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (V Ga 122/10). Zdaniem Izby dopuszczalne jest również dodatkowe badanie poszczególnych elementów wyjaśnień, lecz nie uzupełnianie wyjaśnień. Zamawiający był zatem uprawniony do tego, aby – o ile rzeczywiście miał wątpliwości, co do podanych przez odwołującego kosztów dojazdu inspektorów na budowę, kosztów biura, adekwatności wynagrodzenia inspektorów nadzoru w stosunku do prawidłowego wykonania przypasanych im zadań – żądać od odwołującego dodatkowych wyjaśnień.

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, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....