

WYROK
z dnia 31 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawcę **MWM sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gliwicach, ul. Artura Grottgera 35; 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Izabelin, ul. 3-go Maja 42; 05-080 Izabelin,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy MWM sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gliwicach.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Izabelin, ul. 3-go Maja 42; 05-080 Izabelin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **MWM sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gliwicach, ul. Artura Grottgera 35; 44-100 Gliwice,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Izabelin, ul. 3-go Maja 42; 05-080 Izabelin** na rzecz odwołującego **MWM sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gliwicach, ul. Artura Grottgera 35; 44-100 Gliwice** 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Izabelin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy obiektu rehabilitacyjno-sportowego w gminie Izabelin, obejmującego basen, saunarium, niezależną strefę rehabilitacyjną oraz część wejściową z kawiarnią*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 22 grudnia 2020 r., pod nr 770832-N-2020.

Dnia 23 lutego 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 1 marca 2021 roku wykonawca MWM sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gliwicach (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, jako zawierającej cenę rażąco niską, podczas gdy oferta odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej i nie powinna zostać odrzucona,

ewentualnie na wypadek, gdyby zarzut nr 1 okazał się niezasadny,

2. art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1, ust. 1a, ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny podczas, gdy wyjaśnienia odwołującego z dnia 10 lutego 2021 roku, nie wyjaśniły wszystkich wątpliwości zamawiającego co do ceny zaoferowanej przez odwołującego, a co za tym idzie istniały okoliczności obligujące zamawiającego do dalszego wezwania do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

ewentualnie

3) jak w pkt 1 oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i nakazanie zamawiającemu skierowania do odwołującego kolejnego wezwania dotyczącego ceny rażąco niskiej.

ponadto odwołujący wniósł o:

- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności tam wskazane,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że w sytuacji, w której zamawiający zachowałby się prawidłowo i nie odrzucił oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, wówczas oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą zgodnie z przyjętymi przez zamawiającego w postępowaniu kryteriami oceny ofert. W konsekwencji zamawiający dokonałby wyboru oferty odwołującego, a odwołujący uzyskałby zamówienie.

Odwołujący wskazał, że nie może obronić się twierdzenie zamawiającego jakoby wyjaśnienia przedłożone przez odwołującego mogłyby być określone mianem ogólnikowych. Odwołujący dokonał podziału przedmiotu zamówienia na poszczególne branże. Odwołujący wyróżnił przy tym następujące branże: (i) projekty architektury i technologiczne, (ii) projekt konstrukcyjny, (iii) projekt drogowy, (iv) projekty instalacji sanitarnych i technologia wody basenowej, (v) projekt instalacji elektrycznej i niskoprądowej, (vi) opracowanie STWiOR, przedmiarów i kosztorysów inwestorskich. Następnie do każdej z branż składających się na opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia, odwołujący przyporządkował właściwych specjalistów, tj. odpowiednio:

- architektów, konstruktorów, projektantów branży drogowej, projektantów instalacji sanitarnych, projektantów w specjalności elektrycznej i komunikacyjnej. Co istotne, w zakresie każdej branży odwołujący określił niezbędny poziom zaangażowania personelu w postaci tzw. osobomiesięcy. Odwołujący sprecyzował również stopień zaangażowania personelu w realizację przedmiotu zamówienia określając go na poziomie 75 %. Odwołujący podał średnie wynagrodzenie miesięczne dla personelu zatrudnionego do realizacji zamówienia. Odwołujący przewidział i wyspecyfikował pozaosobowe koszty z realizacji zamówienia. Należy także zwrócić uwagę, że odwołujący uwzględnił również zysk z realizacji zamówienia na poziomie 5 % ceny ofertowej. Odwołujący wskazał także na oszczędną metodę wykonania zamówienia i jej wpływ na możliwość zaoferowania zamawiającemu niższej ceny. Jak podniosła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 października 2014 r. sygn. KIO 1833/14: Nie ma obowiązku w ramach uczynienia zadość wezwaniu do wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych oferty dokładnej, "co do grosza" kalkulacji ceny. Konieczne jest zaprezentowanie istotnych z perspektywy jej kalkulacji, elementów ceny. Wynika to wprost z przepisów - przepis art. 90 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oznacza to, że przedmiotem

wezwania i wyjaśnienia są te elementy, które mają wpływ na wysokość ceny, to jest elementy istotne dla kalkulacji ceny oferty. W ten sam sposób traktuje kwestię wyjaśnienia elementów oferty ustawodawstwo unijne oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

W tym kontekście należy także zwrócić uwagę na specyfikę przedmiotu zamówienia, tj. usługi projektowe. W tego typu usługach na realizację przedmiotu zamówienia składa się przede wszystkim praca personelu. Wykonawca nie musi przewidywać zaopatrywania w materiały lub komponenty niezbędne do wykonania zamówienia. Przedmiot umowy realizowany jest przez ludzi i ich twórczą pracę. W konsekwencji oczywistym jest, że zdecydowana większość kosztów, które powinien ponieść wykonawca stanowić będą koszty zatrudnienia odpowiedniego personelu. Celem odwołującego nie jest powtarzanie w odwołaniu treści złożonych uprzednio wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Niemniej należy zauważyć, że w stanie faktycznym sprawy oraz w świetle orzecznictwa KIO wyjaśnienia: (i) składające się z kilkunastu pozycji w zakresie kosztów osobowych, (ii) składające się z kilku pozycji w zakresie kosztów pozaosobowych, (iii) wskazujące na oszczędną metodę wykonania zamówienia dostępną wykonawcy, (iv) przewidujące zysk z realizacji zamówienia - nie mogą niewątpliwie zostać uznane za ogólnikowe.

Odwołujący zauważył, że wezwanie do wyjaśnienia skierowane przez zamawiającego było jedynie powtórzeniem przepisu ustawy pzp (art. 90 pzp) i nie precyzowało w żaden sposób, które aspekty ceny ofertowej budzą wątpliwości zamawiającego. Jak podnosi się w doktrynie prawa zamówień publicznych - zamawiający wzywając wykonawcę w sposób ogólny nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty. W sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego nie będzie odnosiło się do konkretnych elementów oferty wykonawcy i będzie ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to nieuprawnionym będzie stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i że wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 90 ust. 2 PrZamPub (tak: art. 90 PZP red. Jaworska 2020. wyd. 12/A. Matusiak). W przedmiotowej sprawie mimo, że zamawiający skierował do odwołującego wyłącznie ogólne wezwanie, odwołujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się precyzyjnie do wszystkich aspektów wpływających na cenę oferty.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający stwierdził, że: „zatrudnianie przez wykonawcę zespołu asystentów i projektantów o dużym doświadczeniu nie wskazuje na oszczędną metodę wykonania zamówienia”. Z takim twierdzeniem zamawiającego nie sposób się zgodzić. Oszczędna metoda wykonania zamówienia jako jeden z czynników, który może mieć wpływ na cenę ofertową została wymieniona wprost przez ustawodawcę (art. 90 ust. 1 pkt 1 pzp). Jednocześnie ustawa nie zawiera definicji legalnej „oszczędnej metody wykonania zamówienia”. W świetle zarówno zasad doświadczenia życiowego jak i orzecznictwa KIO, „oszczędną metodą wykonania zamówienia” może być wszystko to, co

pozwała wykonawcy na zaoferowanie niższej ceny. Dysponowanie doświadczonym personelem niewątpliwie może prowadzić do znacznych oszczędności w toku realizacji projektu. Personel, który zrealizował w przeszłości analogiczne projekty, niewątpliwie może wykonywać podobne, powtarzalne czynności w krótszym czasie. Zespół, który współpracuje ze sobą przez kilka lat operuje wypracowanymi schematami działania, co wpływa na jego efektywność. Tym samym, doświadczony personel jest w stanie wykonać analogiczne czynności w krótszym czasie niż personel bez takiego doświadczenia, co w konsekwencji prowadzi do możliwości zaoferowania niższych kosztów.

Twierdzenie zamawiającego zgodnie z którym dysponowanie doświadczonym personelem, nie może świadczyć o dostępnej wykonawcy oszczędnej metodzie wykonania zamówienia nie jest więc prawdziwe. Oszczędna metoda wykonania zamówienia to jeden z istotnych elementów kalkulacji cenowej odwołującego. Odwołujący wskazał, że personel, który będzie realizował przedmiotowe zamówienie, wykonał w przeszłości ok. 24 analogicznych projektów. W konsekwencji oczywistym jest, że zespół, który zrealizował w przeszłości kilkadziesiąt projektów krytych pływalni będzie w stanie wykonać kolejny tego typu projekt w czasie krótszym niż mniej doświadczony zespół, lub zespół powołany ad hoc wyłącznie na potrzeby wykonania konkretnej umowy z zamawiającym. Tym samym, zespół, którym dysponuje odwołujący jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia efektywniej, a co za tym idzie w krótszym czasie niż konkurenci odwołującego. W efekcie, odwołując może zaoferować niższą cenę niż wykonawcy, którzy nie posiadają tak doświadczonego zespołu.

Odwołujący podniósł, iż jeden z głównych zarzutów zamawiającego w stosunku do kalkulacji cenowej przedstawionej przez wykonawcę sprowadza się w istocie do tego, że w ocenie zamawiającego wykonawca w zakresie kosztów osobowych nie uwzględnił wszystkich usług, które należy wykonać w toku realizacji zamówienia. Jest to jednak twierdzenie, które nie koresponduje z rzeczywistym stanem faktycznym. Odwołujący oszacował koszty osobowe niezbędne do realizacji umowy z zamawiającym na kwotę 106 700 zł netto, tj. brutto 131 241 zł brutto.

Zdaniem odwołującego, za niesporne należy uznać, że:

- 22 osobomiesiące są wystarczające do należytej realizacji zamówienia,
- wykonawca określił wynagrodzenie projektantów na rynkowym poziomie,
- wykonawca nie pominął w kalkulacji cenowej żadnego zakresu projektowego (żadnej branży).

Argumentacja zamawiającego uzasadniająca odrzucenie oferty odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że istnieją „ważne” z punktu widzenia realizacji zamówienia czynności, które nie zostały przewidziane w cenie zaoferowanej przez odwołującego.

Powyższe stanowisko zamawiającego nie jest jednak prawidłowe. Uwadze zamawiającego umknął fakt, że czynności, na które wskazał zamawiający to standardowe

czynności projektantów, które podejmują oni: (i) w każdym standardowym procesie wykonywania dokumentacji projektowej, (ii) w ramach swoich obowiązków zawodowych i zobowiązań umownych wobec odwołującego oraz (iii) w ramach ustalonych godzin pracy. W konsekwencji koszt zrealizowania ww. czynności został zawarty w pozycji „koszty osobowe”, tj. w kwocie 106 700 zł netto (131 241 zł brutto). Tym samym, odwołujący nie będzie zobowiązany do ponoszenia kosztu realizacji czynności wyspecyfikowanych przez zamawiającego na stronie 2 pisma z dnia 23 lutego br., ponad kwotę, która została już przewidziana w kalkulacji cenowej. Wyłącznie dwie spośród wymienionych przez zamawiającego czynności wymagały będą poniesienia przez wykonawcę dodatkowych kosztów. W pierwszej kolejności będzie to wykonanie aktualizacji mapy zasadniczej w zakresie niezbędnym do prawidłowego opracowania dokumentami projektowej. Usługa wykonywana jest przez uprawnionego geodetę. Koszt wykonania usługi w przypadku zakresu projektowania wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia to około 2 000 zł. Na potwierdzenie powyższego, odwołujący przedstawił przykładowy cennik usług geodezyjnych. Jak wynika z cennika, mapa dla celów projektowych dla 1 ha terenu to koszt ok. 500 zł. W konsekwencji koszt aktualizacji mapy zasadniczej w przedmiotowym zamówieniu to nie więcej niż 2 000 zł. Poza tym, w kosztach zatrudnienia personelu nie został ujęty koszt opracowania inwentaryzacji zieleni. Powyższa czynność zostanie zlecona podmiotowi zewnętrznemu. Wartość usług zewnętrznych dla działki ok 40 arów to ok 3 000 zł. Na potwierdzenie oszacowana kosztów odwołujący przedstawił informację cenową firmy (...).

Odwołujący podkreślił, że ww. czynności zostały zidentyfikowane przez odwołującego na etapie przygotowania oferty. Koszty ww. czynności zostały ujęte przez wykonawcę w kwocie dotyczącej kosztów pozaosobowych, tj. 42 300 zł netto.

Jeżeli chodzi natomiast o uzyskanie zgód właścicieli i użytkowników działek, przez które przebiega inwestycja to, nie jest to istotny czynnik kosztotwórczy. W biurze projektowym odwołującego czynności te wykonuje asystent głównego projektanta. Czas potrzeby na wykonanie tych czynności to ok. 6 - 8 godzin pracy asystenta. Z uwagi na powyższe oraz biorąc pod uwagę skalę przedsięwzięcia jest to koszt pomijalny, który nie może przesądzać o zaferowaniu ceny rażąco niskiej w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

W dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego zamawiający stwierdził, że kwota 77 270 zł nie pozwala na pokrycie kosztów pozaosobowych realizacji zamówienia. Należy założyć, że wymienienie przez zamawiającego kwoty 77 270 stanowi omyłkę. Kwota przeznaczona przez odwołującego na koszty pozaosobowe oraz zysk z realizacji zamówienia (5% wartości zamówienia) to 42 300 zł netto (tj. 52 029 zł brutto). Jak już wskazano powyżej poza dwoma wyjątkami, tj. aktualizacją mapy zasadniczej i inwentaryzacją zieleni, koszty wszelkich innych czynności należą do standardowych czynności wykonywanych przez personel zatrudniony w biurze projektowym. W przypadku

dysponowania rozbudowanym zapleczem projektantów nieracjonalnym i nieekonomicznym byłoby zlecenie podmiotom zewnętrznym czynności, które są standardowo wykonywane przez projektanta i należą do jego podstawowych obowiązków.

Tym samym, pismo zamawiającego - zawiadomienie o odrzuceniu oferty, nie zawiera argumentów, które mogłyby świadczyć o tym, że cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską. Wręcz przeciwnie zestawienie twierdzeń zamawiającego z treścią wyjaśnień odwołującego oraz z informacjami zawartymi w niniejszym odwołaniu prowadzi do wniosku, że odwołujący prawidłowo zidentyfikował wszelkie istotne czynniki kosztotwórcze i uwzględnił je w cenie ofertowej.

Odwołujący zauważył również, że po przekazaniu informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający nie może przytaczać nowych podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a także nie może rozszerzać oraz modyfikować podstaw faktycznych odrzucenia ujętych w uzasadnieniu dokonanej czynności.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że jak podnosi się w doktrynie prawa zamówień publicznych - cena rażąco niska jest więc 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 nie występuje 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 podmiotów racjonalnie na nim działających (tak: art. 89 PZP red. Sieradzka 2018. wyd. 1/Sieradzka). Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Odwołujący wskazał, iż posiada znaczne doświadczenie w realizacji prac projektowych krytych pływalni i infrastruktury towarzyszącej. Odwołujący na przestrzeni kilku ostatnich lat wykonywał prace projektowe za stawki istotnie niższe niż stawka zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący przedstawił przykładowe zrealizowane projekty. Co istotne umowy z zamawiającymi zostały zawarte w reżimie ustawy pzp. W żadnym z postępowań cena oferty odwołującego nie została uznana za rażąco niską. Realizacja umów każdorazowo zapewniła odwołującemu odpowiedni zysk. Odwołujący przedstawił wykaz przykładowych zrealizowanych projektów w formie tabelarycznej oraz z przeliczeniem ceny prac projektowych za 1 m² powierzchni użytkowej obiektu.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wykonawca zobowiązany będzie do wykonania prac projektowych obiektu o łącznej powierzchni użytkowej na poziomie 2 865 m².

$183\,270$ (cena brutto oferty odwołującego) / 2865 m² (powierzchnia użytkowa obiektu do zaprojektowania) = $63,97$ zł /m².

Cena prac projektowych metra kwadratowego powierzchni użytkowej, która została zaoferowana przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu jest więc o 32 % wyższa niż średnia cena prac projektowych z projektów realizowanych wcześniej przez odwołującego. Skoro odwołujący zaoferował w przedmiotowym postępowaniu cenę o niemalże 1/3 wyższą niż podobne projekty realizowane z zyskiem przez odwołującego na przestrzeni ostatnich lat, to niewątpliwie cena skalkulowana przez odwołującego nie może zostać uznana za cenę rażąco niską rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

Odwołujący podkreślił, że zaoferowana przez niego cena zawiera również zysk. Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca może przewidzieć zysk na minimalnym poziomie lub nawet wcale nie musi zakładać zysku z realizacji zamówienia. Oferta odwołującego przewiduje zysk na poziomie 5 % ogólnej ceny ofertowej, co stanowi kolejny argument za tym, że brak jest podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

Następnie odwołujący odniósł się do wysokości wynagrodzenia członków zespołu projektowego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko prezentowane przez odwołującego, dodatkowo stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i lakoniczny. Zamawiający wskazał, iż zatrudnianie przez wykonawcę zespołu projektantów i asystentów o dużym doświadczeniu nie wykazuje oszczędnych metod realizacji zamówienia stanowiących o przewadze nad innymi oferentami. Ponadto zamawiający podniósł, że w zakresie kategorii kosztów osobowych, odwołujący nie uwzględnił wszystkich usług jakie należy zrealizować w toku wykonania zamówienia, a znaczną ich część potraktował jako dodatkowe i nieistotne w kontekście cenowym, pomimo że jest ich sporo i znacząco wpływają one na koszty. Po czym wymienił przykładowo 10 z nich. Zamawiający podał, iż „Wg danych szacunkowych sporządzonych przez Zamawiającego kwota 77 270 zł brutto. nie pozwala na pokrycie realizacji ww. usług. Niezależnie od powyższego kwota 77 270 zł brutto nie pozwala na pokrycie pozostałych kosztów w tym materiałowych, kosztów zewnętrznych, w tym pozyskania pozwoleń (złożenia kompletnego wniosku o pozwolenie na budowę dla inwestycji oraz uzyskanie pozwolenia na budowę), sprawowanie nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót budowlanych. Mając wzgląd na powyższe zaoferowana przez Wykonawcę cena ofertowa nie pozwala na zrealizowanie całości zamówienia, co potwierdzają również wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę dnia 10 lutego 2021 r. (w których pominięto szereg pozycji kosztowych lub odniesiono się do nich ogólnikowo, na zasadzie gołosłownego oświadczenia, że zaoferowana kwota jest wystarczająca aby należycie wykonać zamówienie) i jako takiej należy przypisać jej cechę ceny rażąco niskiej uzasadniającej odrzucenie oferty.”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, była czynnością niezasadną.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż 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. Tym samym stwierdzić należało, iż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego stwierdzając, że zawiera ona rażąco niską cenę, gdyż dokonana ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę (RNC).

Z decyzją zamawiającego nie sposób się zgodzić. Należy bowiem zwrócić uwagę na czynności, jakie w przedmiotowym postępowaniu podejmował zamawiający. Zamawiający stwierdzając, iż okoliczności faktyczne sprawy wypełniają dyspozycję przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 a ustawy Pzp (okoliczność bezsporna), wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. W powyższym zakresie zamawiający przytoczył treść ww. przepisów, nie precyzując, jaki zakres oferty odwołującego budzi wątpliwości zamawiającego.

Wobec takiej treści wezwania odwołujący złożył zamawiającemu wyjaśnienia, w których odniósł się do istotnych dla niego elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazał m.in. na następujące okoliczności: „Do wyliczenia ceny oferty zastosowano kalkulację opartą o przewidywane nakłady pracy 10-cio osobowego zespołu projektantów i asystentów z zaangażowaniem w 75% przy realizacji przedmiotu zamówienia, tak aby zapewnić zrealizowanie pełnego zakresu projektu opisanego w SIWZ i załącznikach, łącznie z uwzględnieniem kosztów nadzoru autorskiego, na warunkach określonych we wzorze umowy. Jako obiektywne czynniki wpływające na wysokość oferowanej ceny wskazujemy dostępne wykonawcy oszczędne metody wykonania zamówienia, umożliwiające skrócenie czasu wykonywania projektu, wynikające z faktu zatrudnienia u wykonawcy zespole głównych projektantów i asystentów, który w okresie zatrudnienia u Wykonawcy wykonał 24 dokumentacje krytych pływalni różnych typów i wielkości, z których 21 zostało zrealizowanych i przekazanych do użytkowania. Doświadczenie projektantów i asystentów zdobyte w trakcie projektowania takich obiektów i pełnienia nadzorów autorskich nad ich realizację oraz zbudowany w ich trakcie katalog rozwiązań projektowych, wykorzystanych i sprawdzonych podczas poprzednich zadań, powoduje że nakłady czasu na wykonanie przez nas projektu są znacznie krótsze, niż wynika to z typowych kalkulacji nakładów na prace projektowe, a co za tym idzie, pozwala zaoferować niższą cenę za wykonanie zadania. Składa się to na wyjątkowo sprzyjające

warunki wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy. Opisane warunki realizacji projektu, dostępne wykonawcy, pozwalają przyjąć następujące nakłady pracy w poszczególnych branżach” (odwołujący wymienił poszczególne branże wraz z przypisaniem im odpowiednich wielkości dotyczących osobomiesięcy). Odwołujący podał również wysokość średniego wynagrodzenia w zespole projektowym, przeliczając go na okres realizacji zamówienia. Podał również, jaką kwotę przewidział na zabezpieczenie realizacji umowy w odniesieniu do pozostałych kosztów, oraz określił wysokość zakładanego zysku.

Tym samym biorąc pod uwagę zakres informacji, jakie złożył odwołujący w kontekście zakresu wezwania wystosowanego przez zamawiającego stwierdzić należało, iż brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Izba zwraca uwagę, iż czynność odrzucenia oferty jest czynnością o dużym stopniu dolegliwości dla wykonawcy, gdyż eliminuje go z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, dlatego też zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty winien dokładnie zbadać czy istnieją ku temu podstawy. Płaszczyzna badania oferty przez zamawiającego winna obejmować całe spektrum okoliczności faktycznych i prawnych z uwzględnieniem zasad wynikających z ustawy Pzp. W szczególności konieczne jest odniesienie się i wyważenie czy działanie zamawiającego nie narusza zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności. Dlatego też przyjąć należy, że tylko prawidłowe ustalenie stanu faktycznego może pozwolić zamawiającemu na wyciągnięcie negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z błędną analizą stanu faktycznego sprawy przez zamawiającego. Jak bowiem słusznie wskazywał odwołujący, przedmiotowe postępowanie dotyczy *de facto* usługi polegającej na pracy zespołu projektantów. Skoro zatem odwołujący oświadczając, iż posiada wykwalifikowany zespół projektowy, legitymujący się doświadczeniem przy realizacji 24 podobnych projektów, z czego 21 zostało już zrealizowanych, to nie sposób przyjąć, że okoliczność ta pozostaje bez wpływu na wycenę oferty odwołującego. Co istotne zamawiający nie zakwestionował liczby osobomiesięcy zaproponowanych przez odwołującego, jak również nie zakwestionował wysokości wynagrodzenia dla członków zespołu projektowego. Tym samym przyjąć należało, że odwołujący w zakresie w jakim wymagał tego zamawiający, wykazał zasadność zaferowania ceny oferty.

Dodatkowo Izba zwraca uwagę na okoliczność, iż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wskazywał na rodzaj prac, które w jego ocenie nie zostały uwzględnione przez odwołującego w cenie oferty, a co za tym idzie nie zostały wykazane w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu. O ile sam fakt możliwości powzięcia takich wątpliwości - co do zasady - nie budzi zastrzeżeń o tyle moment ich wyeksponowania przez

zamawiającego, jest zdecydowanie niewłaściwy. Skoro bowiem zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie określił w sposób szczegółowy, zakresu żądanych wyjaśnień to nie może następnie w informacji o odrzuceniu oferty, a tym bardziej na etapie postępowania odwoławczego, powoływać się na istotne dla niego okoliczności, które wcześniej nie były znane odwołującemu. Takie postępowanie zamawiającego dokonywane jest bowiem z pokrzywdzeniem wykonawcy. Z całą pewnością takie działanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadą przejrzystości czy też proporcjonalności. Natomiast dodatkowa okoliczność podnoszona przez zamawiającego, iż inny wykonawca zachował się w sposób odmienny od odwołującego, pozostaje irrelevantna dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez odwołującego w odwołaniu stwierdzając, iż pozostają one bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: