

Sygn. akt: KIO 923/10

## WYROK

z dnia 31 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:** Honorata Łopianowska

**Protokolant:** Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o., 44 – Knurów, ul. Szpitalna 11.**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. Kosztami postępowania obciąża **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 721 zł 44 gr (słownie: siedemset dwadzieścia jeden zł czterdzieści cztery gr) przez **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o., 44 – Knurów, ul. Szpitalna 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów stawiennictwa na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## U z a s a d n i e

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. w Knurowie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla Projektu: „Porządkowanie gospodarki ściekowej Gminy Knurów - budowa i przebudowa systemów kanalizacyjnych”*.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2010/S 31-044683 w dniu 13 lutego 2010r.

W postępowaniu zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu min. odwołującego ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. w Warszawie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dotyczących elementów oferty, które miały wpływ na wysokość ceny, a następnie, po przeanalizowaniu wyjaśnień – ofertę odwołującego odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na powyższą czynność w dniu 17 maja 2010r. odwołujący złożył odwołanie, zarzucając naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez:
  - a) uznanie, iż wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w złożonej ofercie, w szczególności, iż wykonawca nie odniósł się do czynników wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkiem czego jego wyjaśnienia są niewystarczające;
  - b) uznanie, iż nieprzedstawienie przez wykonawcę dowodów uzasadnia ocenienie przedstawionych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawcę jako niewystarczających;
  - c) odrzucenie oferty wykonawcy, jako zawierającej rażąco niską cenę;
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w złożonej ofercie o stopniu szczególności przekraczającym dopuszczalny na podstawie tych przepisów;
3. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w sytuacji, która nie uzasadniała takiego wezwania,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie za najkorzystniejszą i

dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ECM Group Polska Sp. z o.o., pomimo istnienia bardziej korzystnej, nie podlegającej odrzuceniu, oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu:
  - unieważnienia odrzucenia oferty wykonawcy,
  - unieważnienia czynności polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą i wyborze oferty złożonej przez ECM,
  - dokonania powtórnej oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej, nie podlegającej odrzuceniu,
2. zasądzenie poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, wykonawca udzielił obszernych wyjaśnień w zakresie wynikającym z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnosząc się do wszystkich wymienionych w tym przepisie czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a w złożonych wyjaśnieniach odwołujący w sposób przekonujący wykazał, iż cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską

Wskazał odwołujący, że zgodnie z systematyką przedstawioną przez zamawiającego w piśmie z 28 kwietnia 2010 roku, wskazano wiele czynników, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak również udzielono odpowiedzi na wszystkie pytania postawione przez zamawiającego, przy czym pośród tych czynników wskazano elementy najistotniejsze, tj.: koszty pracy osób przewidzianych do realizacji zamówienia, dodatkowe koszty biurowe i koszty ogólne, oraz zysk firmy, jak również czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśniając ich wpływ na zaoferowaną cenę.

Podniósł odwołujący, że brak było podstaw do przyjęcia przez zamawiającego, iż o tym, że wyjaśnienia udzielone przez odwołującego są niewystarczające, świadczyć miałyby to, iż wykonawca nie przedstawił dowodów - takie zapatrywanie wyrażone przez zamawiającego w piśmie z 7 maja 2010 roku świadczy, zdaniem odwołującego o naruszeniu art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzucił odwołujący, że zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień o stopniu szczegółowości określonym w piśmie z dnia 28 kwietnia 2010 roku.

Podniósł odwołujący, iż cena w przedmiotowym postępowaniu, choć nie została określona wprost jako cena ryczałtowa, to zachowuje jednak taki charakter z uwagi na sposób określenia „Wartości Umowy” w § 8 wzoru umowy z SIWZ, w szczególności zaś opis czynników

i ryzyk, które winien uwzględnić wykonawca. Powołał się odwołujący na pogląd zaprezentowany w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 12 sierpnia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 936/09. Podkreślił odwołujący, że skoro przedmiotem zamówienia jest usługa, zatem przedmiot o charakterze niematerialnym, to utrudnia, z uwagi na specyfikę takiego zadania, wykazanie realności jego wyceny, bez względu na zachowanie przez wykonawcę najwyższego stopnia staranności przy dokonywaniu wyceny. W związku z powyższym oraz mając na względzie faktycznie ryczałtowy charakter wynagrodzenia, zamawiający nie mógł zasadnie domagać się, zdaniem odwołującego, przedstawienia szczegółowej kalkulacji elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wskazał odwołujący, że do zweryfikowania przez zamawiającego, czy oferta ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, nie jest w ogóle potrzebne podanie wartości poszczególnych elementów mających wpływ na wysokość ceny, bowiem w odniesieniu do oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. jedyna wartość cenowa niezbędna zamawiającemu do przeprowadzenia weryfikacji to całkowita cena brutto podana w ofercie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia a przede wszystkim oferty złożone przez wykonawców jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, wynosi 1.066.108,36 EURO.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga, że zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu wezwał odwołującego oraz dwóch innych wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie kwestionuje zasadności samego wezwania a jedynie odrzucenie jego oferty z powodu nieuznania wyjaśnień za wystarczająco wyczerpujące. Odwołujący podał, że uznaje, iż wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jest uprawnieniem zamawiającego.

Zauważyć w tym miejscu należy, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Jednakże, z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego czy cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powyższe domniemanie zostaje obalone i z tą chwilą to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy.

Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących że cena nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają – w myśl art. 90 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych - ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06).

Powyższe determinuje wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do

sytuacji wykonawcy, odnosily się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie tutaj nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W różnych sytuacjach, zależnie od przedmiotu zamówienia, czasu jego trwania, konieczne jest zaangażowanie różnych środków produkcji, a tym samym inne nakłady (elementy cenotwórcze) będą uwzględniane w kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, niemniej jednak zawsze cena jest pochodną przynajmniej kilku kosztów, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. Dodatkowo, dostrzec trzeba, że w konkretnej sytuacji, gdy zamawiający w postępowaniu wymaga wypełnienia formularza, który bardziej lub mniej szczegółowo wymienia elementy składające się na cenę (jak na przykład formularz ofertowy zawierający wyszczególnienie konkretnych pozycji kosztowych, czy też w rozbiciu na różne części zadania), owe wyjaśnienia winny być bardziej szczegółowe aniżeli zawartość wypełnionego przez wykonawcę formularza. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, skoro będą one na wyższym poziomie ogólności aniżeli sama oferta. Zatem, aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych posiadała walor wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny musi być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej warunków nie spełniają wyjaśnienia, które złożone zostały przez odwołującego w niniejszym postępowaniu.

W pierwszym rzędzie dostrzec trzeba, że wyjaśnienia te mają charakter ogólnych, ogólniejszych niż treść załączonego do oferty formularza wymieniającego elementy oferty w rozłożeniu na poszczególne zadania z podaniem kosztów ich wykonania. W wyjaśnieniach odwołujący powołał się na następujące okoliczności mające wpływ na wysokość ceny:

- odwołujący należy do ścisłej światowej czołówki firm świadczących usługi Inżyniera Kontraktu a jego doświadczenia wpływają na optymalizację ceny usługi;

- wdrożony wewnętrzny system zarządzania jakością oraz ryzykiem zgodny z normą ISO/IEC 9001:2000 co pozwala na optymalizację ceny usługi;

- duże doświadczenie członków zespołu na analogicznych stanowiskach przy podobnych projektach, co pozwala ograniczyć koszty wynikające z dniówek zaangażowanego personelu;

- bliskość miejsca zamieszkania specjalistów przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia pozwalająca na obniżenie kosztów z tytułu dojazdów delegacji itp.;

- wykonywanie przedmiotu zamówienia przy pomocy specjalistów prowadzących działalność gospodarczą pozwoli zmniejszyć koszty z tytułu obciążeń z tytułu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych;

- obniżenie kosztów pracy w wyniku wykonywania przez specjalistów w jednym dniu pracy zadań zarówno w ramach tego zamówienia jak i innych czynności na rzecz odwołującego;

- posiadanie własnego biura w Tychach oraz realizacja kilku kontraktów na Śląsku co pozwala ograniczyć koszty związane z organizacją i wyposażeniem biura oraz koszty zakwaterowania i transportu;

- uwzględnienie z zastosowaniem wdrożonego wewnętrznego systemu zarządzania jakością oraz ryzykiem zgodnego z normą ISO/IEC 9001:2000, optymalnego poziomu ryzyka.

Tak złożone wyjaśnienia należało uznać za nazbyt ogólne i nie pozwalające na przesądzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Za takim wnioskiem przemawiają ogólne formuły powyższego wyjaśnienia, nawiązujące do nieskonkretyzowanych okoliczności a także wskazywane „obniżenia” i „zmniejszenia” wymienionych przykładowo kategorii kosztów (wynagrodzenia specjalistów, ograniczenie kosztów działania biura) bez wskazania punktu odniesienia, w stosunku do którego owe obniżenia mają mieć zastosowanie. Takim punktem odniesienia nie mogłyby być inne oferty (koszty ponoszone przez innych wykonawców na analogiczne wydatki związane z realizacją zamówienia), skoro nie zawierały one (i zawierać nie musiały) szczegółowej kalkulacji ceny i wyszczególnienia w układzie wartościowym i ilościowym elementów, które się na tę cenę złożyły. Finalnie uznano, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - wymienił elementy kalkulacyjne ceny i wykazał, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej.

Wnioskowi powyższemu nie uchybia podnoszona przez odwołującego okoliczność, że w analizowanym postępowaniu cena ma charakter ryczałtowy - przewidziana w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych regulacja znajduje zastosowanie do każdego rodzaju ceny. Również w odniesieniu do ceny o charakterze ryczałtowym, na wykonawcy składającym ofertę ciąży obowiązek wyjaśnienia elementów oferty, które miały wpływ na wysokość ceny.

Na powyższą ocenę nie wpływa także, podniesiona przez odwołującego okoliczność, że wezwaniu wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych szczegółowo wymieniało elementy i okoliczności, które miały zostać wyjaśnione. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, powyższe działanie służyło ułatwieniu wezwanym



wykonawcom wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Dodatkowo wskazania w tym miejscu wymaga, że z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Skutkiem powyższego jest wniosek, że niezależnie od szczegółowości wezwania, inicjatywa dowodowa, zakres informacji, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie należą do wezwanego wykonawcy, bowiem to jego zadaniem jest wykazanie że cena nie jest rażąco niska.

Mając na względzie powyżej zaprezentowaną argumentację, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym wykonawca ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. w Warszawie nie wykazał, że cena wskazana w jego ofercie ma charakter rynkowy i została skalkulowana w sposób czyniący zadość zasadom uczciwej konkurencji.

Nie potwierdził się zatem podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 a także art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględniając koszty stawiennictwa pełnomocnika zamawiającego w wysokości 721,44 zł oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....