

Sygn. akt: KIO 364/14

WYROK

z dnia 11 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 marca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2014 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Inwestycji i Budownictwa w Kielcach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samorząd Województwa Świętokrzyskiego - Wojewódzki Dom Kultury im. Józefa Piłsudskiego w Kielcach, ul. Ściegiennego 2**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Samorząd Województwa Świętokrzyskiego - Wojewódzki Dom Kultury im. Józefa Piłsudskiego w Kielcach, ul. Ściegiennego 2 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Inwestycji i Budownictwa w Kielcach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Samorządu Województwa Świętokrzyskiego - Wojewódzkiego Domu Kultury im. Józefa Piłsudskiego w Kielcach, ul. Ściegiennego 2** na rzecz **wykonawcy Przedsiębiorstwa Inwestycji i Budownictwa w Kielcach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53** kwotę 11 399 zł. 21 gr (słownie : jedenaście tysięcy trzysta

dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia jeden groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu, zastępstwa prawnego i dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., 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 Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na nadzór inwestorski wraz z obsługą projektu związany z: Termomodernizacją jednostek użyteczności publicznej Wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych; Wojewódzki Dom Kultury i Muzeum Narodowe w Kielcach, Świętokrzyskie Centrum Rehabilitacji w Czarnieckiej Górze i Policealna Szkoła Medyczna im. Hanny Chrzanowskiej w Morawicy zostało wszczęte przez zamawiającego w dniu 31 stycznia 2014r. ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2014-20493.

W dniu 18 lutego 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w tym o odrzuceniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Inwestycji i Budownictwa w Kielcach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53 – dalej odwołującego i wskazał, że w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W złożonym wyjaśnieniu przyjęta kalkulacja dotycząca pełnienia nadzoru w poszczególnych branżach jest niezgodna z wymogami zapisanymi w SIWZ oraz wzorem umowy. W SIWZ w pkt. 3.2 w ostatnim zdaniu Zamawiający wskazał, iż „w ramach nadzoru wymagana jest stała obecność inspektora nadzoru w dniach, w których są wykonywane roboty budowlane”; we wzorze umowy w § 17 ust 1 g) Zamawiający zapisał, że naliczy karę umowną za „stwierdzenie nieobecności inspektora nadzoru w dniu realizacji robót w wysokości 1000,00 zł za każdy dzień nieobecności na budowie”.

Wskazane wyżej zapisy jednoznacznie określają, że wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia stałej obecności inspektora nadzoru w dniach, w których będą wykonywane roboty budowlane. Przyjęte w wyjaśnieniu założenia wykonawcy, iż nadzór będzie pełniony w następujących godzinach:

- a) nadzór robót konstrukcyjno – budowlanych - do 4 h
- b) nadzór nad robotami sanitarnymi – do 2 h
- c) nadzór nad robotami elektrycznymi – do 1 h

dają łącznie do 7 h, co przy przyjęciu 12 pobytów miesięcznie daje do 84 h w miesiącu.

Takie założenie jest niedopuszczalne przy nadzorowaniu czterech niezależnych budów, z których dwie znajdują się w Kielcach oraz dwie poza Kielcami; budowy oddalone są od siebie o około 60 km. Minimalny czas pracy na realizowanych budowach to 160h miesięcznie (8h dziennie x 5 dni x 4 tygodnie). Powyższe wskazuje, iż wykonawca zaoferował rażąco niską cenę, w której nie skalkulował stałej obecności inspektora nadzoru na budowie. Sposób przedstawienia kalkulacji uniemożliwia nadzór nad realizowanymi budowlami w

sposób zapewniający i gwarantujący osiągnięcie celów zapisanych umową, przejęcie tej oferty naruszałoby zapisy art. 7 ust. 3 ustawy.

W związku z powyższym zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy – wykonawca nie udowodnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto wskazał, że wykonawca do kalkulacji wyjaśniającej zaoferowaną cenę, przyjmując zakres nadzoru mniejszy od wymaganego w opisie przedmiotu zamówienia, złożył ofertę niezgodną z SIWZ co musi skutkować obowiązkiem odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

W dniu 24 lutego 2014r. odwołujący wniósł pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez viceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu na biuro podawcze w dniu 21 lutego 2014r.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) wezwał go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a następnie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy odrzucił jego ofertę.

Czynność odrzucenia oferty, według odwołującego, została dokonana z rażącym naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a w szczególności:

- art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy
- art. 38 ust 4 ustawy
- art. 7 ustawy

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty oraz nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający powziął wątpliwości i dlatego pismem z dnia 11.02.2014r. wezwał go w trybie art. 90 ust 1 pzp do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, żądając przedłożenia szczegółowej kalkulacji cenowej w rozbiciu na wszystkie wskazane w załączniku nr 1 do umowy zakresy (wykaz obowiązków i zakresu czynności nadzoru inwestorskiego) czyli kalkulacji jednostkowej przy wymaganej w ofercie cenie ryczałtowej bez obowiązku załączania jakiegokolwiek kalkulacji.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, stosownie do wymogu dyspozycji art. 90 ust. 2 pzp wykazał czynniki mające wpływ na cenę, z uwzględnieniem wymogów wynikających z załącznika nr 1 do umowy zakresy (wykaz obowiązków i zakresu czynności nadzoru inwestorskiego) zgodnie z wezwaniem zamawiającego. W przedmiotowym wyjaśnieniu odwołujący podniósł już bezzasadność żądania takiej kalkulacji przez zamawiającego. W wyjaśnieniu odwołujący stwierdził, że nie ma obowiązku złączenia takiej kalkulacji oraz, że z ostrożności postępowania załącza kalkulację, uwzględniającą wymagania zamawiającego

poprzez odwołanie się do załącznika nr 1 do umowy(wykaz obowiązków i zakresu czynności nadzoru inwestorskiego)

Odwołujący uczynił zadość wezwaniu i wyjaśnił szczegółowo kalkulację cenową w rozbiciu na wszystkie wymogi wskazane przez zamawiającego przez odwołanie się do załącznika nr 1 do umowy, a które są niezbędne do wykonania zamówienia. W szczególności, wskazał czasokres pełnienia nadzoru inwestorskiego w poszczególnych branżach, stanowiący podstawę do wyliczenia wynagrodzenia inspektorów za ten okres.

Odwołujący podniósł, że kwestia żądania jednostkowej kalkulacji cenowej, przy wymogu ceny ryczałtowej (pkt. 22.2 SiWZ) nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle obowiązujących przepisów, orzecznictwa, czy doktryny. Zamawiający nie wymagał podania ceny w rozbiciu na poszczególne zakresy prac, jedynie wymagał podania ceny za cały zakres prac usługi. Tym samym nie może na etapie wyjaśnienia wymagać przedłożenia kalkulacji jednostkowej. Przez analogię należy przytoczyć wyrok KIO z dnia 14.10.2011r. (KIO 2109/11) uznając, iż stwierdzenie rażąco niskiej ceny może nastąpić jedynie w odniesieniu co do całości ceny (...) w szczególności, gdy cena w postępowaniu jest ceną ryczałtową. Należy przyjąć, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy wyjaśnienia wykonawcy mogą być poparte konkretnymi dowodami, jednakże przepis ten nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawiania wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów w postaci dokumentów, z mocy prawa nie upoważnia zamawiającego do odrzucenia oferty (wyrok KIO z 17 sierpnia 2011r., KIO 1655/11). Nadto zamawiający nie ma prawa określić obowiązujących zasad wyceny prac chociażby dla ich porównania, celem uniknięcia nieuczciwej konkurencji, czy rażąco niskiej ceny (KIO 2750/11). Mimo powyższego odwołujący żądane informacje podał.

Zamawiający uznał, że przedstawione założenia nie odpowiadają wymaganiom określonym w pkt 3.2 SIWZ (ostatnie zdanie), a także w § 17 ust. 1 g wzoru umowy, z czym biorąc pod uwagę treść i znaczenie tych zapisów, jak i w odniesieniu do pozostałych postanowień umowy nie można się zgodzić. Odwołujący przywołał brzmienie tych postanowień:

Zgodnie z pkt 3.2. SIWZ zamawiający wymagał, aby „w ramach nadzoru wymagana jest stała obecność inspektora nadzoru w dniach, w których są wykonywane roboty budowlane”. W treści § 17 ust. 1 g natomiast zamawiający ustanowił karę umowną za „stwierdzenie nieobecności inspektora nadzoru w dniu realizacji robót w wysokości 1000,00 zł za każdy dzień nieobecności na budowie”.

Odwołujący miał na uwadze, że opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać uzasadnionym potrzebom zamawiającego oraz uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający mu uzyskanie oferty spełniającej jego uzasadnione oczekiwania, a wykonawcom pozwalający przygotować ofertę nie podlegającą odrzuceniu, (np. Informacja o wynikach kontroli UZP z dnia 10.12.2010 r. nr UZP/DKD/KND/48/2010). Zauważył, że

zamawiający opisując swoje oczekiwania ustanowił nieprecyzyjny miernik dyspozycyjności inspektorów. Określił go w dniach, przy czym ilość tych dni nie została dookreślona w sposób ścisły. Zamawiający posłużył się określeniem ogólnym „stała obecność” oraz „w dniach, w których wykonywane są roboty budowlane”.

Posiłkując się definicją słownikową przymiotnika „stały”, należy stwierdzić, że oznacza on: 1. pozostający w tym samym miejscu i położeniu», 2. «trwale związany z jakimś miejscem lub jakąś osobą; też: bywający gdzieś często», 3. «niezmieniający poglądów, uczuć; też: będący wyrazem takiej postawy», 4. «nieulegający zmianom», 5. «trwający bez przerwy» 6. «odbywający się regularnie». (Słownik Języka Polskiego, Portal Wiedzy PWN)

Zamawiający nie wskazał również nigdzie konkretnie liczby dni, w których będzie wymagał obecności inspektora na budowie. Zatem, stwierdzenie zamawiającego „w dniach, w których wykonywane są roboty budowlane” może oznaczać każdą liczbę, w mieszczącą się w przedziale dni danego miesiąca, czyli od 1 do 30 (lub 31).

Tymczasem, zamawiający zupełnie bezpodstawnie przeinacza znaczenie użytych przez siebie słów i wyrażeń. Uznaje, że wyrażenie „stała obecność” wyraża się algorytmem 8h dziennie x 5 dni x 4 tygodnie. Sugeruje tym samym jednoznacznie, że rozumie „stałą obecność” jako „codzienną obecność” oraz że sformułowanie „w dniach, w których wykonywane są roboty budowlane” oznacza iloczyn „5 dni x 4 tygodnie”.

Odwołujący dodał, że słowo „codzienny” ma zupełnie inne znaczenie słownikowe i nie jest ekwiwalentem ani wariantem fakultatywnym dla słowa „stały”. Np. nie ma równości semantycznej pomiędzy zdaniami: „Lekarz ortopeda przyjmuje w przychodni stale.” oraz „Lekarz ortopeda przyjmuje w przychodni codziennie”, gdyż w tym pierwszym przypadku lekarz może przyjmować jedynie we wtorki i piątki, co będzie poprawne z punktu widzenia semantyki (znaczenie słownikowe nr 6).

Ani w treści SIWZ, ani w samej umowie w ogóle nie ma mowy o wymaganym wymiarze godzin nadzoru. Zamawiający tego nie określił, a więc odwołujący założył, że nad robotami konstrukcyjno-budowlanymi nadzór będzie pełniony - do 4 godzin, nad robotami sanitarnymi - do 2 godzin, w ramach nadzoru nad robotami elektrycznymi - do 1 godziny, czyli łącznie do 7 godzin dziennie przy 12 pobytach w miesiącu, co daje 84 godziny w miesiącu. Dokonując oceny merytorycznej rzeczowego zakresu realizacji robót dla czterech zadań objętych postępowaniem należy stwierdzić, iż przyjęte rozwiązanie w zakresie nadzoru zapewni prawidłowość realizowanych robót, a tym samym spełni dyspozycję określoną w § 8 ust 1 jak i § 3 ust. 2 umowy jak i przepisów prawa budowlanego.

W świetle tak, a nie inaczej opisanego przedmiotu zamówienia nie można, w ocenie odwołującego, oponować powyższej kalkulacji i uznawać, że nie odpowiada ona treści SIWZ. Tym bardziej, zamawiający nie może żądać (a tak wynika z uzasadnienia czynności

odrzucenia), aby wykonawca kalkulował swoją cenę według wzoru: 8h dziennie x 5 dni x 4 tygodnie, gdyż takiego wymogu nie określił w SIWZ, o czym mowa wyżej.

Zamawiający nie ma, zdaniem odwołującego, podstawy prawnej do takiego żądania!

Na potwierdzenie powyższego przytoczono uchwałę KIO z dnia 23.01.2013r. (sygn. akt KIO/KD 2/13), zgodnie z którą wykonawca nie może ponosić ujemnych konsekwencji z powodu niespełnienia warunku, który nie został opisany w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Skoro zamawiający nie skonkretyzował swoich wymagań w zakresie obecności inspektora na budowie, to nie może teraz kwestionować założeń przyjętych przez wykonawcę do skalkulowania ceny i zarzucać mu, że ilość dni, a także ilość godzin tej obecności jest mniejsza, niż zamawiający oczekiwał. Tym samym zamawiający nie może zarzucić wykonawcy, iż ten w wyniku przyjętych przez siebie założeń zaproponował „rażąco niską cenę”.

Ubocznie godzi się dodać, że zamawiający powziął wątpliwości, co do zaproponowanej przez wykonawcę ceny na podstawie takiej okoliczności, że zaproponowana przez wykonawcę cena jest o około 30 000zł niższa od następnej oferty (choć faktycznie cena ta jest niższa o 26 100zł). Ta okoliczność ma jakoby dowodzić „rażąco niskiej ceny”. Jest to zupełnie chybiony argument. Porównanie ofert na zasadzie zestawienia jednej ceny z drugą niczego w rzeczywistości nie dowodzi ponad to, że jedna jest od drugiej niższa. Nie przesądza to jednak o tym, że tańsza oferta odbiega od cen rynkowych lub jest niewiarygodna, a tylko taka, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, mogłaby zostać uznana za „rażąco niską cenę” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11.04.2013r. sygn. akt XIX Ga 179/13)

Za wyrokiem KIO z dnia 30 lipca 2010 (KIO/UZP1483/10) należy stwierdzić, że nie jest wystarczający do uznania za rażąco niską cenę fakt, że cena bardzo znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub jest symboliczna. W ocenie KIO musi to być zatem cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe orzeczenie pokazuje mianowicie, że zamawiający przy swojej ocenie powinien uwzględnić charakter zamówienia i dotyczące go realia rynkowe, a w szczególności ceny rynkowe.

Ponadto, w wyroku KIO z dnia 27 września 2013r. (sygn. akt: KIO 2181/13), w którym stwierdza się co, następuje: „W orzecznictwie przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (m.in. postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006r. sygn. akt: II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów

wytworzenia. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007r. 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". Odnosząc się do kwestii relacji ceny oferty do wartości szacunkowej zamówienia, podzielić należy pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1007/13, 1021/13, 1050/13, 1054/13, w którym Izba stwierdziła, że po pierwsze, podkreślenia wymaga, że samo porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu do wartości szacunkowej zamówienia (...), nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Zamawiający winien poddać szczególnej analizie ceny ofert dwóch wskazywanych wykonawców, w tym wezwać ich na podstawie art.90 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywiście i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego- ta konkurencja jest wręcz wkomponowana w postępowanie o zamówienie publiczne, którego istotą, przy kryterium stanowiącym cenę jest- z perspektywy wykonawcy-konkurowanie ceną. Oczywiście jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców. Należy więc stwierdzić, że składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny". Tym bardziej w kontekście podejrzeń, co do rażąco niskiej ceny nie jest przekonującym argumentem Zamawiającego, że zaproponowana przez wykonawcę cena jest o około 100 000zł niższa, niż kwota jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia (choć faktycznie jest niższa o 96 446,22zł). Utrwaloną praktyką gospodarczą jest, że na usługę tego rodzaju, co przedmiot niniejszego zamówienia, zamawiający zabezpieczają środki w wysokości do 1,5% wartości projektu (np. postępowanie prowadzone przez Świętokrzyski Urząd Wojewódzki Biuro Administracyjno - Gospodarcze nr 456160 - 2013 zabezpieczono środki na obsługę inwestorską inwestycji w odniesieniu do wartości robót w wysokości 0,37%). Tymczasem, ten zamawiający z nieznanых przyczyn zamierza przeznaczyć na ten cel

ponad 3% wartości kontraktu. O tym, że powyższa kwota jest zawyżona w stosunku do cen rynkowych świadczy jednoznacznie fakt, iż wszystkie złożone oferty znacznie od niej odbiegają. W zaistniałych okolicznościach, zdaniem odwołującego, nie można więc zarzucić wykonawcy zaproponowanie rażąco niskiej ceny, posługując się argumentem kwoty, o której mowa w art. 86 ust 3 pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20,04.2012r. (sygn. akt KIO 676/12) sam fakt, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest niższa od wartości szacunkowej, wartości, jaką zamawiający ma przeznaczyć na wykonanie przedmiotu zamówienia lub jest niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców nie jest wystarczający do uznania danej ceny za rażąco niską.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia wykonawcy mimo obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 2 pzp, nie wziął pod uwagę obiektywnych czynników mających wpływ na ukształtowanie ceny. Aby stwierdzić, że cena jest rażąco niska należy mieć doskonałą wiedzę na temat wartości usług określonego typu w rzeczywistości społeczno gospodarczej np. dane statystyczne dotyczące cen rynkowych z ostatniego roku. Wątpliwym jest, czy zamawiający taką wiedzę posiada, skoro zupełnie bezzasadnie zawyżył kwotę, o której mowa w art. 86 ust 3 ustawy. Powyższe można uzasadnić także tym, iż zamawiający, w odniesieniu do oferty, której uznał za najkorzystniejszą bezkrytycznie przyjął informacje zawarte w ofercie, i tak np. wykonawca, którego oferta została wyłoniona, jako najkorzystniejsza, w wykazie usług (Nadzór inwestorski z obsługą projektu) w poz. 1 podał jako posiadane doświadczenie nadzorowaniu robót:

Roboty budowlane - Wykonanie wymiany stolarki okiennej z drewnianej na aluminiową w istniejącym budynku szkoły z przeznaczeniem na Państwową Szkołę Muzyczną I i II Stopnia w Kielcach prz ul. Wojewódzkiej 12 i roboty budowlane - Wykonanie wymiany renowacji stropodachu w istniejącym budynku szkoły z przeznaczeniem na Państwową Szkołę Muzyczną I i II Stopnia w Kielcach prz ul. Wojewódzkiej 12 dla których wykonawca określił wartość na kwotę 21.878.975,40 zł. Za taką cenę można wykonać, co najmniej wymiany okien i renowacji stropodachu w przedziale dla takiego zakresu robót od 10 do 20 inwestycji.

Odwołujący dodał, że na tym etapie postępowania zamawiający nie może już uzupełniać ani doprecyzowywać treści SIWZ, gdyż byłoby to naruszeniem art. 38 ust 4 ustawy. Tym bardziej zamawiający nie może tego czynić po to, by uzyskać usprawiedliwienie dla odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie wskazywała, że nie można bez dokonania stosownej zmiany siwz wymagać, żeby wykonawca spełnił warunek w sposób inny niż taki, który wynika wprost z siwz (wyrok KIO z 4 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 653/09).

Odwołujący podniósł również, że zamawiający naruszył w sposób rażąco zasadę równego traktowania wynikającą z art. 7 ustawy. Zamawiający wszczął procedurę wyjaśniania rażąco niskiej ceny, co doprowadziło w konsekwencji do odrzucenia oferty, tylko w stosunku do

odwołującego. Biorąc pod uwagę fakt, że poziom cen wszystkich ofert jest w miarę wyrównany i wszystkie zaproponowane ceny odbiegają od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na zrealizowanie zamówienie, powinien był zażądać wyjaśnień od wszystkich wykonawców albo nie czynić tego w ogóle.

Odnosząc się do przywołania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego się art. 7 ustawy, gdzie jakoby wg zamawiającego wybranie oferty odwołującego stanowiłoby naruszenie w/w przepisu prawa należy stwierdzić, co następuje:

Skoro zamawiający podnosi zasadę przestrzegania art. 7 w/w ustawy to należy zastosować to wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 11.02.2014r. wezwał wykonawcę tj. In Praxi Inwestycje i Nieruchomości Sp. z.o.o. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Starodomaszowskiej 30/48 do złożenia poprawnie sporządzonego wykazu usług związanych z kwestią opracowania programu funkcjonalno-użytkowego. W odpowiedzi na to wezwanie w/w wykonawca w dniu 13.02.2014r. przekazał Zamawiającemu poprawiony Załącznik nr 4 oraz oświadczenie IPG Sp. z.o.o. w sprawie udostępnienia wiedzy i doświadczenia wraz z Rekomendacją wydaną przez Fundację Panteonu Narodowego. Nadmienić należy, że Zamawiający w SIWZ dla niniejszego postępowania po punkcie 9.2.1.4 (w uwadze nr 2) w sposób jednoznaczny określił co winien zawierać dokument (dokumenty) w przypadku polegania na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów. Wykonawca załączył do uzupełnienia oświadczenie IPG Sp. z.o.o. z siedzibą w Krakowie ul. Królewska 5/8 w sprawie udostępnienia wiedzy i doświadczenia (mające charakter zobowiązania), który jako dokument nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w uwadze nr 2 (po punkcie 9.2.1.4 SIWZ). Z istoty tego oświadczenia (zobowiązania) nie wynika bowiem charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem, który przedłożył oświadczenie. W takim stanie faktycznym i prawnym dokument ten nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego, o których mowa wyżej, a tym samym oferta tego wykonawcy winna być odrzucona bowiem dokumenty uzupełniane na mocy art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogą być ponownie uzupełniane. Orzecznictwo w tej materii uznaje, że można tylko raz wezwać do uzupełnienia dokumentu. Nie ma także w tym przypadku zastosowanie trybu wyjaśnienia na mocy art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego pomimo powołania się na art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych o zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wynika, iż zamawiający sam nie przestrzegał w niniejszym postępowaniu tego przepisu.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że złożył ofertę i zaproponował cenę, która odpowiada poziomowi cen rynkowych, w szczególności średnim cenom zamówień tego typu usług wyłonionych w przetargach oraz umożliwia należyte wykonanie przedmiotu zamówienia,

zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Zatem, zarzut „rażąco niskiej ceny” jest nieporozumieniem.

W dniu 21 lutego 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania przez zamawiającego odwołującego do złożenia wyjaśnień, udzielonej odpowiedzi.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 191 013, 19zł.

W dniu składania ofert złożono oferty z następującymi cenami : odwołujący 138 500zł., wykonawca wybrany 164 600zł., Eko Inwest – 178 000zł. Zamawiający na sfinansowanie zamówienia ma zamiar przeznaczyć 234 946,22 zł.

Z pkt. 3.2 zdanie ostatnie wynika, że „Zakres nadzoru inwestorskiego reguluje projekt umowy z zakresem obowiązków w ramach nadzoru wymagana jest stała obecność inspektora nadzoru w dniach, w których są wykonywane roboty budowlane”. Z pkt 13.1 wynika, że oferta ma zawierać ofertę cenową zgodną z załączonym drukiem „formularza oferty – załącznik nr 1 do siwz. Forma wynagrodzenia ustalona przez zamawiającego za realizację przedmiotu zamówienia to ryczałt. Do wynagrodzenia ryczałtowego ma zastosowanie art. 632 kc. W pkt. 22.1 zamawiający wskazał, że oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług) oraz ewentualnych upustów i rabatów. Ofertę cenową należy skalkulować w oparciu o zapisy siwz. Zamawiający w pkt 22.2 ustalił, że obowiązującym rodzajem wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe. W pkt 4 formularza oferty wykonawcy mieli podać cenę oferty z podatkiem VAT w złotych i słownie, a w pkt 7 zaakceptować wzór umowy. W par. 9 pkt 3 wzoru umowy znalazło się postanowienie, że wykonawca dostosuje swój czas pracy do czasu pracy wykonawców, podwykonawców, dostawców oraz przedstawicieli zamawiającego, tak aby nie następowały z jego winy opóźnienia w realizacji inwestycji i/lub poszczególnych etapów jej realizacji. Z par 11 pkt 3 wzoru umowy wynika, że wynagrodzenie obejmuje wykonywanie wszystkich czynności objętych zakresem obowiązku nadzoru inwestorskiego niezależnie od poniesionych przez niego kosztów. W pat 17 pkt 1 lit. 9 wzoru umowy - wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za stwierdzenie nieobecności inspektora nadzoru w dniu realizacji robót w wysokości 1000zł. za każdy dzień nieobecności na budowie.

W dniu 14 lutego 2014r. odwołujący złożył wyjaśnienia, gdzie kwestionował tak zasadność jego wezwania jak i konieczność przedstawiania kalkulacji szczegółowej przy wynagrodzeniu ryczałtowym. W zakresie wyliczenia kosztów nadzoru podał, że realizacja robót budowlanych będzie trwała 5 m-cy, z czego nadzór w zakresie robót konstrukcyjno budowlanych realizowany będzie przez cały ten okres, a nadzór w pozostałych branżach 2,5 miesiąca. Dla ustalenia ceny w ramach każdego pobytu dla 12 nadzorów w miesiącu przyjęto zasadę agregacji:

- a) nadzór robót konstrukcyjno-budowlanych do 4 h + dodatek za pełnienie funkcji inżyniera projektu 1000zł. łącznie przez 9 m-cy – 9000zł.,
- b) nadzór nad robotami sanitarnymi do 2 h,
- c) nadzór nad robotami elektrycznymi do 1 h.

Łączny średni czas 7 h.

Przyjęto 12 pobytów w miesiącu $12 \times 7h = 84$ h, stawka roboczogodziny dla nadzoru inwestorskiego netto 19,80zł/h, co stanowi: $84 \times 19,80 = 1663,20 \times 5 = 8316 \times 4$ budowy = 33 264,00 + 9000zł. = 42 264,00zł. Ponadto, że minimalna stawka za godzinę przy uwzględnieniu płacy minimalnej to 11,40zł./h, a w ramach nadzoru w branżach uwzględniono jakby trwał on 5 m-cy, podczas gdy będzie krótszy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż kwestionuje skuteczność odrzucenia swojej oferty i domaga się przywrócenia jej do postępowania. Oferta odwołującego jest ofertą najtańszą, a zamawiający przyjął jedyne kryterium najniższej ceny, zatem gdyby odwołanie zostało uwzględnione, odwołujący uzyskałby zamówienie publiczne. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niezyskania zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że brak wskazania podstawy prawnej zarzutu tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazuje na to, że odwołujący nie kwestionował czynności zamawiającego związanej z odrzuceniem jego oferty na tej podstawie prawnej. W ocenie Izby jest bowiem przeciwnie, odwołujący wprost podnosił, że zamawiający nie mógł uznać jego oferty za niezgodną z treścią postanowienia siwz „wymagana jest stała obecność inspektora nadzoru w dniach, w których są wykonywane roboty budowlane” rozumianego jako 8h dziennie x 4 tygodnie x 5 dni w tygodniu, gdyż takiego precyzyjnego wymagania w siwz brak. Odwołujący sformułował wprost zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy tj. wyjaśnienia wymagania dotyczącego stałego nadzoru po upływie terminu

składania ofert i to w sposób rozszerzający względem pierwotnej treści siwz. W tej sytuacji w ocenie Izby nie sposób uznać, że odwołujący nie podstawiał zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią siwz. Odwołujący wprawdzie nie wskazał w sposób jednoznaczny podstawy prawnej, ale zarówno z przywołanej podstawy prawnej jego zarzutu jaki opisu podstawy faktycznej zarzutu wynikającego z uzasadnienia wynika bezspornie, że odwołujący stał na stanowisku, iż zgodnie z wymaganiami zamawiającego wycenił swoją ofertę uwzględniając jej pełny wymagany zakres, zatem nie było podstaw do jej odrzucenia, a zamawiający obecnie nadinterpretowuje własne postanowienia siwz. W tej sytuacji Izba uznała, że pełne podstawy odrzucenia zostały przez odwołującego podniesione. Zatem ewentualne uwzględnienie zarzutów wobec nich daje odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo tego, że nie jest to oferta z rażąco niską ceną,

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego uważa, że cena oferty odwołującego jest ceną rażąco niską, co więcej wskazał na rozprawie, że gdyby zastosować cenę jednostkową na roboczogodzinę pełnienia nadzoru autorskiego podaną w wyjaśnieniach przez odwołującego tj. 19,80 zł., ale przy uwzględnieniu jego wymagania świadczenia usługi nadzoru inwestorskiego przez 5 dni w tygodniu, po 8 godzin dziennie przez 4 tygodnie w miesiącu, to cena zaproponowana przez odwołującego byłaby ceną droższą od ceny wykonawcy wybranego i byłaby realna. Co więcej na rozprawie sam zamawiający przyznał, że złożone wyjaśnienia nie pozwalały mu na ocenę, czy cena jest rażąco niska czy też nie, bo został wyszacowany inny zakres zamówienia, niż zakładał zamawiający. To stwierdzenie zamawiającego tym bardziej potwierdza, że zamawiający nie miał pewności, co do tego, czy oferta odwołującego jest ofertą z ceną rażąco niską. Zatem w ocenie Izby nie miał podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Przepis ten bowiem nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś jak wskazał na rozprawie zamawiający, jego zdaniem, cena nie zawiera całego przedmiotu zamówienia. Skoro tak to nie jest to cena za przedmiot zamówienia i nie można dokonać jej oceny przez pryzmat art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez jego zastosowanie wobec oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust 4 ustawy przez zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wprawdzie w ocenie Izby zarzut nie został precyzyjnie postawiony, gdyż nie dotyczy zmiany treści siwz po upływie terminu składania ofert, ale stosowania przez zamawiającego wykładni treści tej specyfikacji, która nie wynika z literalnej wykładni postanowień siwz i jest wykładnią rozszerzającą przez pryzmat, której nie może być dokonywana ocena zgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz. Niemniej jednak brak literalnego wskazania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie stanowi przeszkody dla uznania, że zarzut taki został postawiony, gdyż odwołujący nie przywołując cyfrą numeru przepisu wyraźnie go zacytował w następującej części swojego odwołania „Ani w treści SIWZ, ani w samej umowie w ogóle nie ma mowy o wymaganym wymiarze godzin nadzoru. Zamawiający tego nie określił, a więc odwołujący założył, że nad robotami konstrukcyjno-budowlanymi nadzór będzie pełniony - do 4 godzin, nad robotami sanitarnymi - do 2 godzin, w ramach nadzoru nad robotami elektrycznymi - do 1 godziny, czyli łącznie do 7 godzin dziennie przy 12 pobytach w miesiącu, co daje 84 godziny w miesiącu. Dokonując oceny merytorycznej rzeczowego zakresu realizacji robót dla czterech zadań objętych postępowaniem należy stwierdzić, iż przyjęte rozwiązanie w zakresie nadzoru zapewni prawidłowość realizowanych robót, a tym samym spełni dyspozycję określoną w § 8 ust 1 jak i § 3 ust. 2 umowy jak i przepisów prawa budowlanego.

W świetle tak, a nie inaczej opisanego przedmiotu zamówienia nie można, w ocenie odwołującego, oponować powyższej kalkulacji i uznawać, że nie odpowiada ona treści SIWZ. Tym bardziej, zamawiający nie może żądać (a tak wynika z uzasadnienia czynności odrzucenia), aby wykonawca kalkulował swoją cenę według wzoru: 8h dziennie x 5 dni x 4 tygodnie, gdyż takiego wymogu nie określił w SIWZ, o czym mowa wyżej (podkreślenie własne).” Z cytowanego fragmentu wydać wyraźnie, że odwołujący uważa swoją kalkulację za odpowiadającą treści siwz i nie godzi się na odrzucenie. Ponadto odwołujący powiązał ten zarzut z zarzutem naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy, który zakazuje zmian w treści siwz po upływie terminu do składania oferty, co jeszcze dodatkowo potwierdza, że odwołujący uważa, że postanowienie siwz dotyczące stałego nadzoru nie dawało podstaw do przyjęcia, że ma to być nadzór wedle wzoru czasowego przedstawionego przez zamawiającego w informacji o wyniku postępowania. Tym samym jak Izba stwierdziła wyżej, w rzeczywistości odwołujący postawił zamawiającemu zarzut niezgodnego z ustawą odrzucenia jego oferty pomimo tego, że jest ona zgodna z postanowieniami siwz. To zaś Izba oceniła jako zasługujące na uwzględnienie. Postanowienie siwz „wymagana jest stała obecność inspektora nadzoru w dniach, w których są wykonywane roboty budowlane” nie zawiera jakiegokolwiek wymiaru czasowego jego sprawowania, w szczególności nie wynika z niego, że nadzór ma być świadczony w pełnym wymiarze czasu pracy tj. właśnie tak jak to opisuje zamawiający 8 h dziennie, 5 dni w tygodniu w przyjętym 4 tygodniowym okresie rozliczeniowym, co daje średnio 40 h tygodniowo i 160 h miesięcznie. Słowo „stały” w ocenie

Izby może być interpretowane tak jak uczynił to odwołujący, może być także rozumiane jak codzienna obecność, ale krótsza niż 8 h, czyli nie całodziennie, co więcej jak słusznie zauważył to odwołujący kara umowna nie jest naliczana za niezachowanie dobowego wymiaru czasu pracy tj. odpowiedniej ilości godzin, ale za nieobecność w danym dniu wykonywania robót budowlanych, a już tym bardziej nie da się wywieść, że jest naliczana za nieobecność inspektora nadzoru w danym dniu wykonywania robót budowlanych na danej budowie. W świetle argumentacji zamawiającego bowiem kara umowna powinna być naliczana jeśli na któreś z 4 budow inspektor nadzoru nie był w dniu realizacji robót budowlanych przez 8 h, gdyż jak wskazywał zamawiający na rozprawie 160h określone przez niego odnosiło się do pojedynczej budowy. Jednak wówczas postanowienie §17 ust. 1 lit. g wzoru umowy powinno brzmieć, nie jak obecnie tj. „wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za stwierdzenie nieobecności inspektora nadzoru w dniu realizacji robót w wysokości 1000zł. za każdy dzień nieobecności na budowie”, ale „wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za stwierdzenie nieobecności inspektora nadzoru w dniu realizacji robót w wysokości 1000zł. za każdy dzień nieobecności na którejkolwiek z budow”. W ocenie Izby zatem argumentacja zamawiającego nie jest logiczna i nie znajduje odzwierciedlenia w treści siwz. Skoro zatem zamawiający w sposób wyraźny nie ustalił tej treści siwz, czy to przez wskazanie sposobu wyliczenia czasu pracy inspektora nadzoru, czy też przez wykazanie, że oczekuje wykonania usługi w pełnym wymiarze czasu pracy na każdej z budow zgodnie z kodeksem pracy, to obecnie nie może niejednoznaczny postanowieniom siwz nadawać stanowczego brzmienia i interpretować je na niekorzyść wykonawcy, działającego w zaufaniu do opublikowanej treści siwz. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi obiektywnymi potrzebami i podjąć decyzję o postawieniu określonych wymagań samodzielnie, ale musi też przyjąć na siebie odpowiedzialność za dokonany opis przedmiotu zamówienia jeśli nie jest on wyczerpujący i jednoznaczny tak wynika to z art. 29 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby taka niejednoznaczność w niniejszej sprawie miała miejsce, stąd wobec braku możliwości ustalenia stanowczej treści siwz nie można mówić o nie odpowiadaniu przez treść oferty takiej treści siwz. W tym stanie rzeczy zatem Izba uznała, że zamawiający dokonał nadinterpretacji siwz nadając jej odmienne od ogłoszonego brzmienie, co stanowiło naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy, a w konsekwencji nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez przyjęcie, że złożona przez odwołującego oferta nie odpowiada treści dokonanej interpretacji siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego i zaniechanie jej wyboru.

W konsekwencji uznania za zasadne wyżej omówionych zarzutów, zarzut naruszenia art. 7 ustawy także potwierdził się, gdyż w ocenie ofert nie uczestniczyła oferta, która nie podlegała odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa prawnego oraz dojazdu na rozprawę zgodnie z przedłożonym przez odwołującego rachunkiem i nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: