

Sygn. akt KIO 2122/19

WYROK

z dnia 6 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 listopada 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawcę **Inbud Control Kontrola i Obsługa Inwestycji Budowlanych Spółka Cywilna W. P. i W. D. z siedzibą w Białej Podlaskiej** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych w Białej Podlaskiej**

przy udziale wykonawcy **Investcom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białej Podlaskiej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Inbud Control Kontrola i Obsługa Inwestycji Budowlanych Spółka Cywilna W. P. i W. D. z siedzibą w Białej Podlaskiej** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Inbud Control Kontrola i Obsługa Inwestycji Budowlanych Spółka Cywilna W. P. i W. D. z siedzibą w Białej Podlaskiej** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Powiatowych w Białej Podlaskiej, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją zadań realizowanych w ramach Funduszu Dróg Samorządowych w 2019 – 2020 r.* w podziale na trzy części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 września 2019 r. pod numerem 601715-N-2019.

W dniu 21 października 2019 r. wykonawca Inbud Control Kontrola i Obsługa Inwestycji Budowlanych Spółka Cywilna W. P. i W. D. z siedzibą w Białej Podlaskiej, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części I, II oraz III, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że wyjaśnienia Odwołującego potwierdzają, że cena jego oferty jest ceną realną, a w konsekwencji nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Odwołującego w zakresie skalkulowania w cenie oferty konkretnych kosztów, które wzbudzały wątpliwości Zamawiającego, a skierowanie jedynie wezwania ogólnego i nieskonkretyzowanego, co nie pozwoliło Odwołującemu na odniesienie się do składników ceny, co do których Zamawiający powziął wątpliwości;
3. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu szczegółowego uzasadnienia dotyczącego odrzucenia jego oferty, tj. powodów dla których Zamawiający uznał, że cena oferty Odwołującego jest ceną nierealną, a w konsekwencji zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym dlaczego Zamawiający nie dał wiary wysokości składników cenotwórczych, które Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2019 r.
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Investcom Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej w części I postępowania, w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie personelu” i przyznanie tej ofercie większej liczby punktów niż wynika to z treści ofert i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części II i III postępowania;

unieważnienia czynności wyboru ofert w części I, II i III postępowania; dokonania czynności badania i oceny ofert w części I, II i III postępowania, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ponowne dokonanie oceny oferty Investcom Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie personelu” w ramach części I postępowania; ponownego wezwania do wyjaśnień Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie składników ceny oferty Odwołującego budzących wątpliwość Zamawiającego w ramach części II i III postępowania; dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w części I, II i III postępowania.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wskazał jakie czynniki cenotwórcze budzą jego zastrzeżenia w cenie zaoferowanej przez Odwołującego. Nie pozwoliło to Odwołującemu na odniesienie się do oczekiwanych przez Zamawiającego elementów ceny. Odwołujący samodzielnie wskazał najważniejsze elementy warunków realizacji zamówienia, które wpływają na wysokość ceny. W jego ocenie odniósł się do wszystkim elementom przedmiotu zamówienia wyjaśniając, iż zaoferowana cena jest realna, a ponadto wskazał w jaki sposób skalkulował swoją ofertę, uwzględniając przy tym: termin realizacji zamówienia (10 miesięcy); miesięczne wynagrodzenia inspektora nadzoru (1.200 zł) oraz fakt, iż inspektor nadzoru będzie wykonywał w tym samym czasie również inne zadania, (a zatem otrzymuje on zdecydowanie wyższe wynagrodzenie w skali łącznej współpracy z Odwołującym); łączne wynagrodzenie inspektora; przewidzenie ryzyka związanego z okolicznościami niezależnymi od Odwołującego, takimi jak przedłużenie terminu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznymi; uwzględnienia dodatkowych kosztów (tzw. nieprzewidzianych); uwzględnienia oszczędności, tj. polegających na tym, iż realizacja części III postępowania będzie powierzona osobie posiadającej wiedzę o planowanej inwestycji, a co za tym idzie czas przeznaczony na przygotowanie się do wykonywania zamówienia będzie znacznie krótszy (zatem mniej kosztowny); jednego z najbardziej cenotwórczych składników ceny, tj. posiadania przez Odwołującego własnego laboratorium badawczego.

Ponadto, z samej treści oferty Zamawiający wiedział m.in., iż: (i) nadzór będzie sprawował wspólnik Odwołującego, tj. P. W. (który świadczy usługi nadzoru nad innymi zadaniami na rzecz Zamawiającego, w związku z czym ww. osoba otrzymuje łącznie zdecydowanie wyższe wynagrodzenie niż wynagrodzenie minimalne i ze usługi te świadczy w ramach umowy cywilnoprawnej) oraz (ii) Odwołujący nie będzie korzystał ze wsparcia podwykonawców.

Po zapoznaniu się z ofertą i wyjaśnieniami Odwołującego, Zamawiający nie zwrócił się o uszczegółowienie przedstawionych informacji dotyczących sposobu ustalenia ceny. Przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie wziął pod uwagę

wielu okoliczności. Jedną z nich jest fakt, iż każdy ze współników Odwołującego jest podmiotem profesjonalnie świadczącym usługi inżyniera kontraktu, co istotne jednocześnie na kilkunastu do kilkudziesięciu inwestycjach, zarówno dotyczących infrastruktury liniowej, jak i infrastruktury kubaturowej (w tym również dla samego Zamawiającego). Oczywistym jest zatem, że szereg kosztów niejako „rozkłada się” na całą działalność Odwołującego. Tak jest też z kosztami, które Zamawiający nieprawidłowo uważa za nieskalkulowane w cenie oferty Odwołującego. Odwołujący podnosił, że postanowienia SIWZ wskazywały na m.in. aspekty cenotwórcze, które należało uwzględnić i Odwołujący to zrobił. Do terminu realizacji i ryzyka ewentualnych opóźnień Odwołujący odniósł się w swoich wyjaśnieniach. Zakres prac został skalkulowany w cenie i w wyjaśnieniach, w tym dwa podstawowe koszty tj. wynagrodzenie inspektora i koszt badań.

Wskazano również, że polityka jakościowa nadzorów inwestorskich Odwołującego oparta jest na przeprowadzanych badaniach przez własne laboratorium. Bardzo rzadko zdarza się, że podmiot sprawujący nadzór inwestorski posiada własne laboratorium. Nie posiadają ich również pozostali wykonawcy, którzy złożyli ofertę na część II i III postępowania. Wyjaśniono, iż Odwołujący nie ponosi kosztów badań laboratoryjnych, które miały być skalkulowane przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący przytoczył umowy na wykonywanie badań zawarte z innymi wykonawcami, podając koszt ryczałtowy miesięcznych badań.

Podkreślał, że zgodnie z jego ofertą, osobą, która będzie pełnić funkcje inspektora nadzoru będzie jeden ze współników Odwołującego, tj. P.W. Zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego (która dotyczy wcześniejszych i aktualnie realizowanych przez Odwołującego nadzorów na rzecz Zamawiającego) P. W. świadczy usługi na rzecz Odwołującego w ramach umów cywilnoprawnych, a nie umowy o pracę. Jak wskazano w piśmie z dnia 9 października 2019 r. P. W. świadczy usługi w ramach kilku inwestycji. Wynagrodzenie P. W. (jako inspektora nadzoru) zostało wycenione w ofercie Odwołującego, a wysokość kosztu została wskazana w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2019 r. W wynagrodzeniu tym odniesiono się do wszystkich obowiązków inspektora, w tym minimalnej liczby pobytów na budowie. Łączne wynagrodzenie ww. osoby znacząco przekracza wysokość minimalnego wynagrodzenia na obecny rok kalendarzowy, jak i na następne lata.

Odwołujący przedstawił cenę brutto, która zgodnie z postanowieniami SIWZ jest ceną ryczałtową. Nie musiał kalkulować kosztów wadium oraz zabezpieczenia należytego zabezpieczenia umowy, bowiem Zamawiający nie postawił warunków w powyższym zakresie. Mimo iż nigdy nie zdarzyło się, żeby jakikolwiek podmiot odstąpił od umowy z Odwołującym, uwzględnił w cenie i wyjaśnieniach ryzyko poniesienia kary umownej.

Odwołujący przywoływał również inne postępowanie, gdzie Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (stosując identyczny wzór wezwania jak w tym postępowaniu). W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przedstawił bardzo zbliżone wyjaśnienia, a Zamawiający nie zakwestionował wyjaśnień Odwołującego i uznał, że spełniają one wszelkie wymogi ustawy Pzp, a ponadto cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska. W konsekwencji, oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą.

Dalej, Odwołujący podnosił, że stanowisko Zamawiającego jakoby do wyjaśnień nie został załączony dowód jest nieprawidłowe, bowiem również same wyjaśnienia należy zakwalifikować jako dowód, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp. Nawet gdyby uznać, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest prawdziwe (z czym Odwołujący się nie zgadza) to stwierdzić należy, że brak załączenia dowodów do wyjaśnień, nie może stanowić samoistnej podstawy do stwierdzenia, że wyjaśnienia wskazują na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Na podstawie przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień oraz samej oferty odnoszących się do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, Zamawiający mógł dokładnie przeanalizować zaoferowaną przez Odwołującego cenę.

Zamawiający nie wskazał na jakiegokolwiek okoliczności (tj. składniki ceny), co do których żądał odpowiednich wyjaśnień od Odwołującego. Odwołujący nie miał zatem wiedzy, jaki zakres ceny może budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem Zamawiający posiadał konkretne wątpliwości co do składników ceny, powinien skierować odpowiednie (skonkretyzowane) wezwanie do Odwołującego. Istotny jest fakt, iż Zamawiający w wymogach SIWZ nie zawarł szczególnych postanowień, w oparciu o które wykonawcy w treści oferty mieliby wyszczególniać określone, konkretne koszty, wynikające ze sposobu realizacji zamówienia. Koszty te należało uwzględnić łącznie w kwocie ceny ofertowej, za całość zamówienia. Zamawiający jednak nigdzie w SIWZ nie wymagał szczegółowego wyspecyfikowania konkretnych kosztów ponoszonych w ramach świadczonych poszczególnych rodzajów usług. Jeżeli dodatkowo, Zamawiający w wezwaniu przytoczył jedynie treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i nie odniósł się do jakichkolwiek konkretnych elementów ceny czy przedmiotu zamówienia, to wykonawca nie miał możliwości spełnienia „nieznanych oczekiwań” Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia jego oferty jest niewyczerpujące. Zamawiający zaniechał przedstawienia Odwołującemu szczegółowego uzasadnienia dotyczącego odrzucenia jego oferty, tj. powodów dla których Zamawiający uznał, że przytoczone przez Odwołującego argumenty (oszczędności, koszty inspektora nadzoru, przewidzenie ryzyk, podział kosztów na inne zadania inwestycyjne itd.) nie zostały należycie uwzględnione w cenie oferty, a ich ewentualny brak powoduje, że cena

oferty Odwołującego jest ceną nierealną, a w konsekwencji zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z informacji o odrzuceniu oferty również nie wiadomo jakie elementy ceny Odwołującego i dlaczego są kwestionowane przez Zamawiającego. Finalnie Odwołujący został pozbawiony jakiegokolwiek możliwości stwierdzenia w jakim aspekcie i dlaczego cena jego oferty została uznana przez Zamawiającego za rażąco niską.

Odwołujący kwestionował również przyznanie punktów w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie personelu” w ofercie Przystępującego. W jego ocenie ze wzoru wykazu usług, załączonego do SIWZ, jednoznacznie wynikało, że kryterium oceny ofert odnosiło się do wykonanych już nadzorów, podczas gdy nadzór wskazany w pkt 2, tj. na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lubinie, w pkt 5, tj. na rzecz Gminy Jabłoń oraz w pkt 6, tj. na rzecz Powiatu Bialskiego jest nadal wykonywany. Za usługi nadal trwające (czyli niezakończone) wykonawcy nie powinni otrzymywać punktów. Zatem podane wyżej usługi nie spełniają wymagań określonych w SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca, Investcom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białej Podlaskiej, dalej także „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego oraz Przystępującego, wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 4 października 2019 r., udzielonej odpowiedzi z dnia 9 października 2019 r., informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej i o wykonawcach, których oferty podlegają odrzuceniu. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 listopada 2019 r.

Izba nie wzięła pod uwagę wątpliwości Zamawiającego dotyczących odległości od biura wykonawcy na budowę (wskazanych przez Odwołującego w zestawieniu kosztów przedłożonych na rozprawie), bowiem kwestia ta nie była objęta zarzutem odwołania, ani też nie znalazła odzwierciedlenia w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Izba pominęła także pismo Przystępującego z dnia 28 października 2019 r., a przedłożone na rozprawie

przez Zamawiającego, uznając iż wszelkie wyjaśnienia wykonawcy winny być oceniane przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z Częścią III pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją zadań realizowanych w ramach Funduszu Dróg Samorządowych w 2019 – 2020 r. w podziale na trzy części: *Część 1. Przebudowa drogi powiatowej Nr 1031L odcinek dr. woj. 811 - Janów Podlaski od km 5+200 do km 10+532,65; Termin realizacji robót: do dnia 31 sierpnia 2020r, oraz przez cały okres trwania gwarancji zadeklarowany przez Wykonawcę. Ostateczny termin realizacji usługi będzie uzależniony od daty zakończenia wykonywania umowy na roboty budowlane, które będą objęte nadzorem. Część 2. Budowa wraz z przebudową drogi powiatowej nr 1119I Sitno - Szachy od km 1+182,50 do km 5+338; Termin realizacji robót: do dnia 30 sierpnia 2020r, oraz przez cały okres trwania gwarancji zadeklarowany przez Wykonawcę. Ostateczny termin realizacji usługi będzie uzależniony od daty zakończenia wykonywania umowy na roboty budowlane, które będą objęte nadzorem. Część 3. Przebudowa drogi powiatowej nr 1060L Kolonia Tuczna – Szostaki od km 5+969 do km 8+969 odcinek o długości 3,0 km w miejscowości Zabłocie. Termin realizacji robót: do dnia 31 sierpnia 2020r, oraz przez cały okres trwania gwarancji zadeklarowany przez Wykonawcę. Ostateczny termin realizacji usługi będzie uzależniony od daty zakończenia wykonywania umowy na roboty budowlane, które będą objęte nadzorem.*

Zgodnie z Częścią V pkt 1 SIWZ O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Wykonawca spełni warunki, jeżeli wykaże, że: 1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedno zamówienie¹ o następujących cechach każde: a) pełnienie funkcji inspektora nadzoru na zadaniu polegającym na budowie, przebudowie lub remoncie dróg o nawierzchni bitumicznej (nie dotyczy remontów cząstkowych dróg), b) wartość inwestycji wyniosła co najmniej 3.000.000,00 PLN 2) dysponuje minimum jedną osobą, która będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru, posiadającą uprawnienia w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, która w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru w odniesieniu do minimum 1 roboty budowlanej obejmującej budowę, przebudowę lub remont dróg o nawierzchni bitumicznej (nie dotyczy remontów cząstkowych dróg), oraz (dla Części 1) dysponuje minimum jedną osobą, która będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru posiadającą uprawnienia w specjalności mostowej lub

odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, która w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru w odniesieniu do minimum 1 – 7 – roboty budowlanej obejmującej budowę, przebudowę lub remont obiektu mostowego (nie dotyczy remontów cząstkowych nawierzchni na obiekcie mostowym).¹ przez zamówienie należy rozumieć realizację jednej umowy z jednym zamawiającym.

Zgodnie z Częścią VII pkt 6 SIWZ Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń i dokumentów: 1) W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu: a) wykazu wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyn o obiektywnym charakterze, Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo – 9 – wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – wg wzoru Załącznik Nr 2 do SIWZ.(...)

Zgodnie z Częścią XIII pkt 1-4 SIWZ 1. Cena ofertowa brutto jest ceną ryczałtową, którą należy określić w złotych polskich. 2. Cenę należy zaokrąglić w górę do dwóch miejsc po przecinku (z dokładnością do 1 grosza z zaokrągleniem w górę). 3. Cena brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ oraz dokumentacją techniczną. 4. Wykonawca dokonując określenia ceny brutto oferty musi uwzględnić wykonanie wszystkich usług koniecznych do wykonania zadania. Cena brutto musi uwzględniać również koszty wykonania prac nieobjętych dokumentacją projektową, koniecznych do wykonania zamówienia.

Zgodnie z Częścią XIV pkt 3 lit. b) SIWZ drugim kryterium oceny ofert, prócz ceny, było: doświadczenie inspektora branży drogowej w zakresie pełnienia nadzoru inwestorskiego wynosi minimalnie 1 robotę budowlaną a maksymalnie 5 robót budowlanych. Zamawiający, w ramach kryterium (D) „Doświadczenie personelu”, przyzna Wykonawcy punkty w następujący sposób: - za pełnienie nadzoru w w/w zakresie na 1 zadaniu oferta otrzyma 0 pkt, - za pełnienie nadzoru w w/w zakresie na 2 zadaniach oferta otrzyma 10 pkt, - za pełnienie nadzoru w w/w zakresie na 3 zadaniach oferta otrzyma 20 pkt, - za pełnienie nadzoru w w/w zakresie na 4 zadaniach oferta otrzyma 30 pkt, - za pełnienie nadzoru w w/w zakresie na 5 zadaniach oferta

otrzyma 40 pkt, - w przypadku nie podania w formularzu oferty żadnej informacji lub podanie „0” oferta otrzyma 0 pkt w niniejszym kryterium, - w przypadku podania w formularzu oferty więcej niż 5 zadań oferta otrzyma maksymalną ilość 40 pkt. Uwaga: Maksymalna ilość punktów jaka może zostać przyznana w niniejszym kryterium wynosi 40 pkt. W celu umożliwienia Zamawiającemu dokonania oceny ofert w kryterium „Doświadczenie personelu” Wykonawca powinien wskazać w treści formularza ofertowego imię i nazwisko osoby, która zostanie przez niego skierowana do realizacji zamówienia, wraz z informacjami na temat nazwy poszczególnych nadzorowanych inwestycji, ich przedmiotu, osoby zamawiającego, wartości i terminu wykonania.

W postępowaniu złożono w zakresie części I trzy oferty, w tym Odwołujący za realizację zamówienia zaproponował cenę 36.900 zł, Przystępujący również 36.900 zł. W zakresie części II złożono cztery oferty, w tym Odwołujący zaoferował 18.450 zł, a Przystępujący - 30.750 zł. W odniesieniu do części III złożono trzy oferty, w tym Odwołujący zaoferował 12.300 zł, a Przystępujący - 39.360 zł. Zamawiający zadeklarował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 56.000 zł brutto za część I; 45.000 zł brutto za część II oraz 32.000 zł brutto za część III.

Pismem z dnia 4 października 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazując, że *informuje, że cena/koszt złożonej przez Pana oferty na „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją zadań realizowanych w ramach Funduszu Dróg Samorządowych w latach 2019-2020 w podziale na trzy części: dotyczy Część 2. Budowa wraz z przebudową drogi powiatowej nr 11191 Sitno - Szachy od km 1+182,50 do km 5+338; Część 3. Przebudowa drogi powiatowej nr 1060L Kolonia Tuczna — Szostaki od km 5+969 do km 8+969 odcinek o długości 3,0 km w miejscowości Zabłocie, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.*

Zaoferowana przez Pana całkowita cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy (...) Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny/kosztu, w szczególności w zakresie:

a) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których*

wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

- b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- c) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- d) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,
- e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wzywa do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniając powyższe aspekty wraz z dowodami (...).

Odwołujący pismem z dnia 9 października 2019 r. wskazał, że Zaproponowana przez nas cena nie jest ceną rażąco niską i w pełni pozwala na zrealizowanie niniejszego zadania. Czas trwania budowy określony w SIWZ to 10 miesięcy. W ramach naszej oferty założono wynagrodzenie miesięczne inspektora nadzoru 1 200,00 zł. W sytuacji gdy inspektor nadzoru nadzoruje w tym okresie również inne zadania wynagrodzenie to nie jest niskie. Przeznaczona więc kwota na wynagrodzenie inspektora to 12 000,00 zł. Pozostała część, tj.: 6 750,00 zł to kwota na zapas w przypadku ewentualnego przedłużenia się terminu kontraktu oraz koszty nieprzewidziane. Niższa kwota w części 3 wynika również z faktu, iż osoba wyznaczona z naszej strony do pełnienia funkcji inspektora nadzoru asystowała przy sporządzaniu projektu, przez co jest już zaznajomiona ze specyfiką zadania. Szczegółowe Specyfikacje Techniczne przewidują wykonywanie badań kontrolnych przez nadzór inwestorski. Polityka jakościowa nadzorów inwestorskich firmy INBUD CONTROL oparta jest na przeprowadzanych badaniach sprawdzających przez własne laboratorium budowlane. Niezależnie od wyników Wykonawcy, zawsze dodatkowo przeprowadzamy kontrolne badania sprawdzające materiałów przeznaczonych do wbudowania i wykonanych elementów robót. Bardzo rzadko zdarza się nadzór inwestorski z własnym laboratorium. Dzięki temu nie ponosimy kosztów badań laboratoryjnych, które przy zlecaniu zewnętrznej firmie są bardzo wysokie u pozostałych oferentów.

Dnia 14 października 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego w zakresie części I, II oraz III, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego w części II i III na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, że wykonawca w dniu 09.10.2019 r. złożył wyjaśnienia w których w sposób lakoniczny i powierzchowny przedstawił powody zaoferowania tak niskich cen. Powołał się w szczególności na to że: czas trwania budowy określony SIWZ to 10 miesięcy i w swojej ofercie założył wynagrodzenie miesięczne inspektora nadzoru w wysokości 1.200,00 zł (gdzie najniższa krajowa wynosi 2255 zł brutto — 1634 zł netto); inspektor nadzoru nadzoruje w tym okresie również inne zadania (wynagrodzenie powinno być kalkulowane oddzielnie dla

każdego zadania); nadmienia iż dla Części 3 osoba wyznaczona ze strony Wykonawcy do pełnienia funkcji inspektora nadzoru asystowała przy sporządzaniu projektu, przez co jest zaznajomiona ze specyfiką zadania. Napisał również, że dysponuje własnym laboratorium budowlanym, dzięki czemu nie ponosi kosztów badań laboratoryjnych. Na ww. argumenty Wykonawca ten również nie przedstawił żadnych dowodów, ani też nie wyjaśnił, dlaczego powodują tak znaczące obniżenie ceny w jego ofercie. Ponadto Wykonawca, którego oferta została odrzucona w odpowiedzi nie ustosunkował się w ogóle do kwestii dotyczących wyliczenia ceny, które Zamawiający wskazywał w wezwaniu (...) zamawiający stwierdził iż wyjaśnienia przedłożone przez wykonawcę potwierdzają, że cena jest ceną rażąco niską oraz że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, tj. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz podlega odrzuceniu także na podstawie art. 90 ust.3 PZP, tj. dokonana ocena wyjaśnień i brak dowodów potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę (...).

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, bowiem wyjaśnienia przedłożone w piśmie z dnia 9 października 2019 r. są nierzetelne, niepełne, lakoniczne, niezawierające żadnych dowodów potwierdzających obniżenie ceny. W przekonaniu składu orzekającego, nawet w przypadku gdy wykonawcy winni określić cenę w formie ryczałtowej, nie zwalnia to ich z przedstawienia (na wezwanie zamawiającego)

wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w sposób uwiarygodniający poziom zaoferowanej ceny, umożliwiającą pozytywną ich weryfikację.

Fakt ryczałtowego charakteru wynagrodzenia umownego nie oznacza, że wykonawca jest zwolniony z konieczności dokonywania prawidłowej kalkulacji ceny, opartej o rzeczywiste dane i o realne ceny. Nadto, w przypadku niniejszego stanu faktycznego, gdzie postanowienia SIWZ zobowiązywały wykonawców do podania jedynie ceny ofertowej globalnie, nie sposób wymagać od Zamawiającego, aby wezwanie do wyjaśnień dotyczyło konkretnych elementów cenotwórczych, skoro to wykonawca posiada wiedzę jakie elementy zawarł w cenie.

Dodatkowo, warto zauważyć, że na etapie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Odwołujący był zobligowany do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, co bezspornie wynika z treści wezwania. Pomimo tego, Odwołujący wskazał jedynie koszt wynagrodzenia inspektora - 12.000 zł oraz kwotę 6.750 zł, tj. zapas w przypadku ewentualnego przedłużenia się terminu realizacji umowy oraz koszty nieprzewidziane. Suma tych dwóch pozycji (łącznie 18.750 zł) nie odnosi się jednak ani do wynagrodzenia zaoferowanego w części II (18.450 zł) ani do ceny zaoferowanej w części III (12.300 zł).

Odwołujący w odwołaniu wskazuje, że przy określonym na bardzo wysokim poziomie zysku/rezerwy niemożliwe jest przyjęcie, że cena jego oferty jest rażąco niska. Niemniej, po pierwsze zysk oraz rezerwa nie są pojęciami tożsamymi, po drugie wyjaśnienia nie zawierają żadnej informacji dotyczącej zysku, którą standardowo zamieszcza się w wyjaśnieniach. Dopiero w samym odwołaniu wykonawca wskazuje, że w cenie uwzględnił zysk, aczkolwiek nadal nie wiadomo na jakim konkretnie poziomie.

Następnie, druga część wyjaśnień Odwołującego koncentruje się na posiadaniu przez niego przewagi w postaci dysponowania własnym laboratorium. Jednak na tę okoliczność również Odwołujący nie przedstawia żadnych wyliczeń, nie podaje chociażby przybliżonego kosztu ryczałtowego miesięcznych badań, które zostały wskazane dopiero w odwołaniu. Jeżeli okolicznością uprawdopodobniającą oszczędności wykonawcy miało być posiadanie własnego laboratorium należało przedstawić konkretne dowody na tę okoliczność. Dodatkowo, Izba nie dała wiary twierdzeniom, że żaden koszt w tym zakresie nie będzie poniesiony, bowiem każde laboratorium ponosi chociażby koszty związane z lokalem, odczynnikami, wyposażeniem, czy nawet energią elektryczną.

Odwołujący dopiero na rozprawie przedstawił także zestawienie innych kosztów. Odwołujący nie powinien jednak przedstawiać nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości złożonych wyjaśnień, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznaną zamawiającemu przy rozstrzygnięciu postępowania informację. Zatem, przedłożone na

rozprawie dowody winny zostać załączone do wyjaśnień. Postępowanie odwoławcze nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), Odwołujący winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny jest zobowiązany dołączyć dowody.

Izba podziela co do zasady stanowisko Odwołującego, że brak załączenia dowodów do wyjaśnień nie oznacza, że oferta automatycznie podlega odrzuceniu. Jednakże w sytuacji gdy wykonawca powołuje się na okoliczności, w odniesieniu do których jest możliwe przedłożenie dowodów, niewystarczające będzie poprzestanie na oświadczeniu własnym. Niewątpliwie taką okoliczność stanowi posiadanie własnego laboratorium, na potwierdzenie czego Odwołujący winien załączyć do wyjaśnień przykładowo stosowne umowy, czy też dokumenty wewnętrzne firmy. Pomimo że nie istnieje jeden wzorzec sporządzania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w ramach których przedstawiany jest przyjęty model kalkulacji ceny, w opinii Izby, Zamawiający nie miał podstaw, by dokonać pozytywnej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Odwołujący nie tylko zaniechał poparcia twierdzeń jakimikolwiek dowodami, lecz również nie załączył szczegółowej kalkulacji ceny, o którą był pytany. Nadto, nie wskazał, że usługi inspektora będą świadczone w ramach umowy cywilnoprawnej. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 539/17, gdzie wskazano, że *żądanie wyjaśnień i dowodów na ich potwierdzenie, jest niezależne od tego, czy Zamawiający aktualnie współpracuje z danym wykonawcą, czy też nie. Zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany wymagać wyjaśnień pełnych i obiektywnych, potwierdzonych dowodami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny oferty w równym stopniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie może opierać się w tym zakresie wyłącznie na własnej wiedzy lub informacjach ogólnodostępnych (np. składanych przez wykonawcę w innym postępowaniu). Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z tego obowiązku z tego względu, że wykonawca realizuje na jego rzecz umowę na zbliżony przedmiot zamówienia. Takie działanie stanowi naruszenie elementarnych zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

W zakresie naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, i nie przedstawiających żadnej szczegółowej kalkulacji ceny, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, lecz również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego. Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w piśmie z dnia 14 października 2019 r. zawiadamiającym o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że *W odpowiedzi na pismo zamawiającego wykonawca w dniu 09.10.2019 r. złożył wyjaśnienia w których w sposób lakoniczny i powierzchowny przedstawił powody zaoferowania tak niskich cen. (...) Na ww. argumenty Wykonawca ten również nie przedstawił żadnych dowodów, ani też nie wyjaśnił, dlaczego powodują tak znaczące obniżenie ceny w jego ofercie. Ponadto Wykonawca, którego oferta została odrzucona w odpowiedzi nie ustosunkował się w ogóle do kwestii dotyczących wyliczenia ceny, które Zamawiający wskazywał w wezwaniu (...)*

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Oznacza to, że Zamawiający winien niezwłocznie poinformować wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że lakoniczne uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy nie może być potraktowane jako prawidłowe wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niemniej w niniejszym stanie faktycznym taka sytuacja nie zaistniała. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego opisał wszystkie okoliczności towarzyszące tej czynności. Wskazał chociażby na brak dowodów dotyczących nieponoszenia kosztów badań laboratoryjnych, czy też wynagrodzenia miesięcznego inspektora nadzoru. Z informacji o odrzuceniu można wywnioskować, które aspekty są kwestionowane przez Zamawiającego, a Odwołujący postawił zarzuty odwołania i odniósł się dość szczegółowo do poszczególnych elementów

kalkulacji ceny. W związku z powyższym Izba nie potwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się zaś do zarzutu nieprawidłowego ustalenia punktacji, Izba uznała, że podnoszony przez Odwołującego zarzut i argumentacja są bezzasadne. Izba ustaliła, że zgodnie z Częścią XIV pkt 3 lit. b) SIWZ drugim kryterium oceny ofert było *doświadczenie inspektora branży drogowej w zakresie pełnienia nadzoru inwestorskiego wynosi minimalnie 1 robotę budowlaną a maksymalnie 5 robót budowlanych*. W celu umożliwienia Zamawiającemu dokonania oceny ofert w kryterium „Doświadczenie personelu” wykonawcy byli zobowiązani do wskazania w treści formularza ofertowego następujących informacji: imię i nazwisko osoby, która zostanie przez niego skierowana do realizacji zamówienia, wraz z informacjami na temat nazwy poszczególnych nadzorowanych inwestycji, ich przedmiotu, osoby zamawiającego, wartości i terminu wykonania.

Przystępujący wskazał m.in. w pkt 2 inwestycję na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lubinie, gdzie w kolumnie pn. termin wykonania podał *nadzór nad realizacją robót od 09.06.2014 do 27.07.2015 nadzór w okresie gwarancji od 27.07.2015 do 27.07.2020*, w pkt 5 inwestycję na rzecz Gminy Jabłoń, gdzie w kolumnie pn. termin wykonania podał *od 20.07.2018 do 03.12.2019*, a w pkt 6 inwestycję na rzecz Powiatu Bialskiego, gdzie w kolumnie pn. termin wykonania podał *od 26.03.2019 do 31.10.2019 r.* Odwołujący kwestionował przyznanie punktów w odniesieniu do ww. pozycji, bowiem w jego ocenie podane usługi są nadal wykonywane, a za zadania niezakończone wykonawcy nie mogą otrzymywać punktów.

W ocenie Izby kryterium pozacenowe nie było sformułowane precyzyjne, co sam Odwołujący przyznał podczas rozprawy, a wszelkie nieścisłości nie mogą obciążać wykonawców. W opisie kryterium w Części XIV pkt 3 lit. b) SIWZ Zamawiający nie wskazał wprost, precyzyjnie i jednoznacznie, iż będzie dodatkowo punktować jedynie wykonaną robotę budowlaną. Równocześnie w tabeli w formularzu ofertowym znalazła się kolumna pn. termin wykonania, bez doprecyzowania, że mają to być chociażby zakończone czy zrealizowane w pełni inwestycje. Izba nie podzieliła także prezentowanego przez Odwołującego stanowiska jakoby kryterium oceny ofert odnosiło się do doświadczenia wskazanego w części V pkt 1 ppkt 1 SIWZ, dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zrealizowaniu konkretnej usługi. Takie odesłanie nie znalazło się w żadnym postanowieniu SIWZ. W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty Przystępującego w części I, a tym samym nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy

§ 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: