Sygn. akt: KIO 2036/18

WYROK

z dnia 31 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 i 30 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 r. przez wykonawcę **J.S. Hamilton Consulting Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Biała Podlaska,**

przy udziale:

A. wykonawcy **ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2036/18 po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy **T.S prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa „ATS 999" T.S z siedzibą w Białej Podlaskiej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2036/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **J.S. Hamilton Consulting Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **J.S. Hamilton Consulting Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie** 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 2018 r. poz. 1986) 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: ……..

Sygn. akt: KIO 2036/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Miejska Biała Podlaska [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *nadzór inwestorski nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa stadionu miejskiego w Białej Podlaskiej – I etap"* (znak postępowania: ZP.271.3.3.2018.MCH2).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 lipca 2018 r. pod numerem 587391-N-2018.

W dniu 5 października 2018 r. wykonawca J.S. Hamilton Consulting Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący" lub „J.S. Hamilton"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 w zw. art. 90 ust. 3 z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Pracowni Projektowej „ATS 999" T.S [dalej „T.S"] jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy kalkulacja kosztów, przedstawiona przez wyżej wskazanego oferenta w piśmie z 21 września 2018 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, opiewa na wartość wyższą od tej wskazanej w ofercie, co uniemożliwia przyjęcie, że wyliczenia ceny wskazanej w powyższym piśmie są rzetelne i prawidłowe, a w konsekwencji że wyżej wymieniony uczestnik przetargu sprostał wykazaniu, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, 3. art. 91 ust. 1 w zw. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty T.S w sytuacji, gdy wyjaśnienia tego oferenta dotyczące wymienionych w ofercie wyliczeń nie są wystarczające do stwierdzenia, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz kosztów wykonania zamówienia, z uwagi na fakt, iż wyliczenie to zawiera szereg błędów, nieścisłości oraz danych przyjętych przez oferenta w sposób arbitralny i niepoddających żadnej obiektywnej weryfikacji, co skutkowało wadliwym przyjęciem, że:

a)oferta wybranego wykonawcy zawierała prawidłowe określenie stawki godzinowej dla poszczególnych inspektorów nadzoru oraz koordynatora, w sytuacji, gdy oferent w żaden sposób nie wyjaśnił jakimi kryteriami kierował się określając maksymalną liczbę godzin poszczególnych inspektorów nadzoru inwestorskiego zaangażowanych w realizację zamówienia, co w rezultacie uniemożliwia dokonanie oceny prawidłowości wyliczeń dotyczących należnego im wynagrodzenia;

b)oferent wskazał liczbę godzin zaoszczędzonych w ramach pracochłonności wskutek wykonywania niniejszego zamówienia z pomocą osób zaangażowanych w sporządzanie dokumentacji projektowej dla inwestycji, w łącznej liczbie 1250 godzin w sytuacji, gdy nie przedstawił żadnych danych pozwalających na weryfikację wskazanej liczby zaoszczędzonych godzin, co uniemożliwia ustalenie czy wskazywana oszczędność jest w ogóle możliwa, a w konsekwencji czy ograniczenie kosztów realizacji zamówienia jest dopuszczalne i nie świadczy o rażąco niskiej cenie wybranej oferty;

c)oferent wskazał liczbę godzin zaoszczędzonych w ramach pracochłonności, z uwagi na wykonanie dokumentacji projektowej inwestycji i konieczność sprawowania z tego tytułu nadzoru autorskiego nad projektem, w sytuacji, gdy brak jest podstaw do utożsamiania obowiązków sprawowanych w ramach nadzoru autorskiego z obowiązkami inspektora nadzoru inwestorskiego, pomimo częściowego pokrywania się tych obowiązków, a w konsekwencji także do przyjęcia, że fakt konieczności pełnienia przez oferenta obowiązków nadzoru autorskiego ogranicza zaangażowanie czasowe oferenta w realizację obowiązków przewidzianych w ramach niniejszego zamówienia publicznego i może skutkować ograniczeniem kosztów z tym związanych;

d)oferent wyjaśnił w sposób wyczerpujący kwestię potrzeby weryfikacji i zapoznania się z dokumentacją projektową inwestycji oraz czas i koszty zaoszczędzone wskutek znajomości własnego projektu i braku potrzeby szczegółowego zaznajamiania się z nim w sytuacji, gdy oferent ograniczył się do arbitralnego stwierdzenia, że zaoszczędzony czas przeznaczony na zapoznanie się z powyższą dokumentacją wynosi 678 godzin, nie przedstawiając jednak sposobu ustalenia tego wymiaru czasowego, co uniemożliwia weryfikację prawidłowości tych ustaleń i przemawia za przyjęciem, że w powyższym zakresie oferent nie wykazał możliwości redukcji kosztów wykonania zamówienia, a w konsekwencji powinno przemawiać za uznaniem zaoferowanej przez niego ceny za rażąco niską i skutkować odrzuceniem jego oferty;

e)oferent prawidłowo określił koszt związany z zatrudnieniem inspektorów nadzoru w poszczególnych branżach poprzez podanie wynagrodzenia brutto tych osób w sytuacji, gdy rzeczywisty koszt z tytułu zatrudnienia tych osób nie odpowiada jedynie ich wynagrodzeniu brutto, gdyż mając na uwadze, że ich zatrudnienia opiera się na umowie zlecenia, wyliczenie kosztu tego zatrudnienia powinno uwzględniać koszt związanych z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2.dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3.odrzucenie oferty T.S prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa „ATS 999" T.S,
4.wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
5.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

a)wyjaśnienia T.S z dnia 30 lipca 2018 r. wraz z załącznikami,
b)pisma o unieważnieniu czynności Zamawiającego z dnia 13 września 2018 r.,
c)pisma Zamawiającego z dnia 13 września 2018 r. - ponowne wezwanie do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty;
d)pisma T.S z dnia 21 września 2018 r. - wyjaśnienia, wraz z załącznikami;
e)pisma Zamawiającego z dnia 25 września 2018 r. - wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów;
f)dokumenty stanowiące odpowiedź T.S na pismo Zamawiającego z dnia 25 września 2018 r. g) protokołu z oceny ofert,
h) ogłoszenia o wynikach przetargu z dnia 1 października 2018 r., na okoliczność zastosowania przez T.S rażąco niskiej ceny, a także błędów w obliczeniu ceny i kosztów zawartych w jego ofercie, których Zamawiający nie uwzględnił przy wyborze najkorzystniejszej oferty, a co za tym idzie istnienia podstaw do odrzucenia oferty, zasadności twierdzeń Odwołującego zawartych w treści uzasadnienia.
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, iż za brakiem możliwości uznania wyjaśnień T.S za rzetelne, wyczerpujące i skutecznie odpierające zarzut ceny rażąco niskiej, przemawia już sam fakt rozbieżności

kalkulacji kosztów przedstawionych w ofercie oraz w wyjaśnieniach z 21 września 2018 r. Warto podkreślić, że wartość oferty wspomnianego oferenta została określona na 128 781 zł brutto.
Tymczasemsuma wszystkich kosztów przedstawionych przez oferenta
w wyjaśnieniach z 21 września 2018 r. opiewa na kwotę wyższą, co obrazuje tabela zawarta w treści odwołania. Sumując wszystkie koszty z przedstawionych dokumentów otrzymamy kwotę 129.051,00 zł brutto co jest wyższe od kwoty pokazanej w ofercie o 270 złotych. Bliższa analiza zestawienia kosztów wyszczególnionych w ofercie oraz w przedstawionych przez oferenta wyjaśnieniach, że jako koszt obsługi geodezyjnej zamówienia oferent wskazuje kwotę 3 690 zł brutto, jednakże umowa z podwykonawcą dotycząca tejże obsługi opiewa na kwotę 3 960 zł. Zdaniem Odwołującego się brak jest przy tym podstaw, by powyższą rozbieżność zakwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską lub rachunkową, lecz jako celowe działanie oferenta w celu redukcji i ukrycia części kosztów realizacji zamówienia. Już samo powyższe uchybienie oferenta nie pozwala na uznanie składanych przez niego wyjaśnień dotyczących kalkulacji kosztów i ostatecznej ceny oferty za prawidłową i rzetelną. W konsekwencji brak jest podstaw do zaaprobowania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.
W zakresie zarzutu nr 3 lit. a) Odwołujący podniósł, iż nie sposób również uznać za prawidłowe wyjaśnień T.S w zakresie dotyczącym ustalenia stawki godzinowej dla poszczególnych inspektorów nadzoru oraz koordynatora. Składając wyjaśnienia odnośnie powyższego zagadnienia oferent wskazał stawkę godzinową pracy poszczególnych inspektorów oraz całkowite kwoty ich wynagrodzenia, przy czym całkowite wynagrodzenie zostało określone jako iloczyn przyjętej stawki godzinowej oraz wskazanej przez oferenta maksymalnej liczby godzin pracy każdego ze wskazanych inspektorów. Należy jednak zaznaczyć, że wyjaśnienia T.S nie zawierają żadnego wywodu myślowego odnośnie ustalenia maksymalnej liczby godzin pracy każdej ze wskazanych osób. W tym zakresie wyjaśnienia ograniczają się do twierdzenia, że maksymalna liczba godzin pracy inspektorów wynosi: 1) inspektora w branży elektrycznej - 714 godzin; 2) inspektora w branży sanitarnej - 820 godzin; 3) inspektora w branży drogowej - 588 godzin oraz 4) inspektora w branży konstrukcyjno - budowlanej wraz z funkcją koordynatora nadzoru inwestorskiego - 946 godzin. W rezultacie zdaniem Odwołującego należy przyjąć, że oferent operuje w powyższym zakresie dowolnie przyjętymi danymi, co w konsekwencji uniemożliwia ustalenie toku rozumowania oferenta i prawidłowości wskazywanych przez niego kosztów realizacji zamówienia. Trudno bowiem uznać za prawidłową praktykę, zgodnie z którą oferent nie przedstawia żadnych szczegółowych wyjaśnień co do tego, jakie zaangażowanie czasowe poszczególnych inspektorów nadzoru przewiduje podczas realizacji zamówienia, ograniczając się do arbitralnego wskazania maksymalnej liczby godzin pracy tychże oraz wskazując, że wskazywana liczba godzin pracy tych osób wynika z jego doświadczenia zawodowego. Idąc dalej należy wskazać, że brak szczegółowego wyjaśnienia powyższych kwestii uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny tego, czy oferent wywiąże się z przyjętych obowiązków w sposób należyty i rzetelny. W tej sytuacji nie można przyjąć, by T.S wywiązał się z nałożonego na niego przez Zamawiającego obowiązku wyjaśnienia sposobu wyliczenia kosztów wynagrodzenia poszczególnych inspektorów, za pomocą których zamierza wykonać zobowiązanie względem Zamawiającego.

W przedmiocie zarzutu nr 3 lit. b) Odwołujący uzasadniał, że analogicznie jako arbitralne i niepoddające się weryfikacji należy uznać wyjaśnienia T.S co do liczby godzin zaoszczędzonych w ramach pracochłonności zamówienia wskutek faktu, że osoby zaangażowane w realizację niniejszego zamówienia były również zaangażowane w opracowanie dokumentacji projektowej inwestycji -„Przebudowa stadionu miejskiego w Białej Podlaskiej - etap I". W świetle twierdzeń oferenta oszczędność czasowa wyniesie w tym przypadku 1250 godzin. Oferent nie dokonał tu jednak choćby próby pobieżnego wyszczególnienia katalogu czynności, które ze względu na wykonywanie ich przez osoby będące zaangażowane w opracowanie dokumentacji projektowej, albo w ogóle nie będą musiały zostać przeprowadzone, albo czas trwania tych czynności będzie krótszy. Jedynym wyjaśnieniem przyjętej liczby zaoszczędzonych godzin było stwierdzenie, że przyjmując liczbę 1250 godzin oferent bazował na swoim doświadczeniu związanym ze sprawowaniem funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego oraz inżyniera konsultanta podczas realizacji inwestycji - „Akademickie Centrum Edukacji Prozdrowotnej i Rehabilitacji w Białej Podlaskiej" oraz „Budowa hali sportowo – widokowej". Wobec powyższego nie ma podstaw do przyjęcia wywiązania się przez oferenta z wyczerpującego wyjaśnienia liczby zaoszczędzonych godzin, a tym samym możliwości zredukowania kosztów realizacji zamówienia z uwagi na przyjęte przez oferenta założenia. Nie ma również podstaw do przyjęcia, że powyższe wyjaśnienia czynią zadość wykazaniu, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny i rażąco zaniżonych kosztów.

Następnie odnosząc się do zarzutu nr 3 lit. c) Odwołujący wskazał, iż w świetle wyjaśnień T.S kolejnym czynnikiem prowadzącym do obniżenia kosztów realizacji zamówienia jest fakt zaoszczędzenia liczby godzin niezbędnych do realizacji zamówienia, z uwagi na wykonanie przez oferenta dokumentacji projektowej inwestycji i

konieczność sprawowania z tego tytułu nadzoru autorskiego nad projektem, co wskutek rzekomo zbieżnych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego oraz inspektora nadzoru autorskiego prowadzi do ograniczenia liczby przepracowanych godzin w ramach niniejszego zamówienia. Powyższe założenie oferenta jest błędne, gdyż wadliwie zakłada zbieżność obowiązków inspektorów nadzoru inwestorskiego i autorskiego. W rzeczywistości obowiązki obu inspektorów są zbieżne wyłącznie w zakresie dbałości o realizację inwestycji zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym, lecz na tym analogie kończą się. Dalej Odwołujący wskazał, wynikające z art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j.
Dz.U. 2018 poz. 1669) obowiązki projektanta. Następnie Odwołujący wskazał obowiązki i uprawnienia inspektora nadzoru inwestorskiego, o których mowa w art. 25 i 26 ustawy Prawo budowlane. Odwołujący wskazywał, iż role inspektorów nadzoru inwestorskiego oraz nadzoru autorskiego są odmienne, pomimo częściowego wzajemnego przenikania się ich obowiązków. Argumentował, iż w świetle art. 17 Prawa budowlanego jedynie inspektor nadzoru inwestorskiego jest uznawany za uczestnika procesu budowlanego. Podstawową funkcją inspektora nadzoru inwestorskiego jest reprezentacja interesu inwestora w trakcie prowadzenia robót budowlanych i ogólna dbałość o ich prowadzenie ze sztuką budowlaną. Zadaniem inspektora nadzoru autorskiego jest jedynie dbałość o realizację inwestycji zgodnie z przygotowaną przez siebie dokumentacją projektową. W rezultacie, nie negując prawnej możliwości łączenia obu funkcji, nie można podzielić stanowiska T.S co do generalnej możliwości zaoszczędzenia czasu przy realizacji niniejszego zamówienia wskutek tego, że jest on zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego przy realizacji inwestycji.
Tym samym wszelkie wykazywane przez oferenta oszczędności związane ze sprawowaniem obu funkcji należy uznać za fikcyjne i wykreowane wyłącznie na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w celu stworzenia pozorów złożenia najkorzystniejszej oferty oraz usprawiedliwienia rażąco niskich kosztów wykonania zamówienia. Zdaniem odwołującego się należy, co do zasady, odrzucić wskazywaną przez T.S. możliwość przerzucania kosztów z jednego zamówienia publicznego i rekompensowania ich sobie poprzez realizację innego zamówienia. Koszty zawsze muszą mieć pokrycie w przychodach i nie leży w interesie publicznym to, by jedna firma przy pomocy cen rażąco zaniżonych wygrywała przetarg wyłącznie na skutek tego, że uprzednio realizowała inne zamówienie publiczne pozostające w funkcjonalnym związku z kolejnym zamówieniem.

Kolejno w zakresie zarzutu nr 3 lit. d) odwołujący się wykonawca wskazał, iż T.S. w przedłożonych wyjaśnieniach podał, że poczynił oszczędności wobec korzystania z własnego projektu budowlanego, w łącznej liczbie 678 godzin. Również w tym przypadku oferent nie wyjaśnił w jaki sposób powyższą oszczędność oszacował. Powyższe uniemożliwia weryfikację prawidłowości tych ustaleń i przemawia za przyjęciem, że w powyższym zakresie oferent nie wykazał możliwości redukcji kosztów wykonania zamówienia, a w konsekwencji powinno przemawiać za uznaniem zaoferowanej przez niego ceny za rażąco niską i skutkować odrzuceniem jego oferty.

W końcu odnosząc się do zarzutu nr 3 lit. e) Odwołujący podał, iż dokonując oceny prawidłowości złożonych przez T.S. wyjaśnień należy mieć na uwadze, że w przedłożonej ofercie podał on jedynie wynagrodzenia brutto zatrudnionych przez siebie na podstawie umowy zlecenia pracowników. Jednak podane przez niego ceny są cenami zaniżonymi, gdyż nie uwzględniają globalnych kosztów pracodawcy jakie ponosić musi w związku zatrudnieniem pracownika. Umowy zlecenia podlegają obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowemu, zdrowotnemu i wypadkowemu. Od umów tego rodzaju naliczane
są również (opłacane przez pracodawców) składki na Fundusz Pracyi Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Powyższe nie zostało wskazanew ofercie T.S . Zamawiający również zaniechał wyjaśnienia tej kwestii. Powyższe stanowi kolejny argument przemawiający za uznaniem, że oferent nie sprostał wykazaniu rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, a koszty i cena zaprezentowane w ofercie są zaniżone w sposób rażący.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 października 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu nr 1 wskazał, iż Odwołujący nie sprecyzował, na czym konkretnie zarzut niezastosowania przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców miałby polegać. Zarzut ten, jako nieuzasadniony, należy zatem uznać za gołosłowny i chybiony. Nadto treść samego uzasadnienia odwołania także nie pozwala na uwzględnienie tego zarzutu, bowiem Odwołujący się nie wyjaśnia jakie czynności Zamawiającego naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Zamawiający podniósł, iż badając i oceniając wyjaśnienia odnośnie ceny, złożone w dniu 31.07.2018 r. oraz w dniu 24.09.2018 r. przez wykonawcę T.S. oraz dokonując w dniu 27.09.2018 r. wyboru najkorzystniejszej oferty, miał na uwadze cały stan faktyczny istniejący w dacie podjęcia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wynikający z dwukrotnych wezwań Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny

zaoferowanej przez ww. wykonawcę. Wykonawca T.S. składał wyjaśnienia, które stanowiły odpowiedź na zadawane mu pytania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w skierowanym do Niego w dniu 13.09.2018 r. ponownym wezwaniu do wyjaśnień ceny (według wytycznych wyroku KIO z dnia 04.09.2018 r.). Zamawiający nie zdecydował się na zadanie innych pytań, pomimo takiej możliwości, gdyż nie widział takiej potrzeby, choć treść przywołanego wyżej wyroku mu to umożliwiała. Dla Zamawiającego wyjaśnienia te miały na celu wykazanie, iż cena oferty nie jest rażąco niska i przekonanie Zamawiającego o tym, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za kwotę znacząco niższą, od tej jaką zakładał przeznaczyć na jego sfinansowanie. Faktycznie zatem, to wezwania do wyjaśnień, jakie kierował Zamawiający identyfikowały obszary, co do których wykonawca miał odnieść się, tak aby rozwiać wątpliwości Zamawiającego. Wysokości cen proponowanych w innych ofertach miały wyłącznie znaczenie dla ustalenia poziomu cen zaoferowanych w tym postępowaniu i ustalenia, czy cena odbiegająca od średniego poziomu cen może uzasadniać powzięcie wątpliwości przez Zamawiającego i wystąpienie do wykonawcy o złożenie szczegółowych wyjaśnień. Zdaniem Zamawiającego w trybie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie jest istotne odnoszenie się do ofert innych podmiotów, które prowadząc własną politykę cenową, kalkulując własne koszty i zakładany zysk, prezentują również indywidualną, subiektywną kalkulację ceny ofertowej. Fakt zatem zaoferowania wyższych cen przez konkurentów, nie jest jeszcze dowodem na złożenie ceny rażąco niskiej w najtańszej, spośród złożonych ofert. Powyższe postępowanie wyjaśniające prowadzone przez Zamawiającego miało na celu wyłącznie ustalenie, czy oferta znacząco odbiegająca od cen pozostałych ofert oraz szacowanych przez Zamawiającego kosztów, nadal jest ceną realną umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych oraz z zyskiem. Zgodnie z ugruntowaną praktyką cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych dla danej usługi. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Wykonawca powinien zatem był wskazać, jakie czynniki decydowały o kalkulacji kosztów, jak również to, iż znajdowały one uzasadnienie w obiektywnych okolicznościach, np. związanych z kosztami pracy specjalistów, jako zasadniczego elementu prac nadzoru inwestorskiego.

Zamawiający uzasadniał, iż w niniejszym postępowaniu zgodnie z zapisami SIWZw rozdz. XII wykonawcy mieli podać cenę brutto oferty za realizację całego zakresu przedmiotu zamówienia na podstawie kalkulacji własnej, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia w zakresie określonym w SIWZ. W rozdz. XII. ust. 7 SIWZ Zamawiający zawarł zapis że w przypadku nie uwzględnienia w cenie brutto wszystkich wydatków niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia, powstałe różnice stanowią element ryzyka wykonawcy i nie skutkują zwiększeniem wynagrodzenia ryczałtowego. Po analizie wyjaśnień złożonych po raz kolejny przez wykonawcę T.S. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia czyniły zadość wezwaniu i zawierały informacje związane ze sposobem kalkulacji ceny, w tym szczegółowe założenia godzinowe prac wraz z kosztami wynagrodzenia oraz dowodami w postaci umów o podwykonawstwo, umowy zlecenia, oferty i że są one kompletne w tym znaczeniu, iż odnoszą się do istotnej strony przedsięwzięcia, dla którego zasadniczym elementem generującym koszty usługi, są koszty pracy specjalistów. Wykonawca odnosił się do tych elementów, które mogą odróżniać jego sytuację faktyczną (zaplecze techniczne, kadrowe, doświadczenie, lokalizacja siedziby, bycie autorem projektu budowlanego, itp.), wpływające na lepsze rozeznanie ryzyka i niższe koszty. Co istotne, do wyjaśnień załączone zostały dowody, które czyniły założenia wykonawcy realnymi, w tym przede wszystkim możliwy do osiągnięcia zysk na poziomie ponad 30 000,00 zł. Na ocenę przez Zamawiającego nie miała wpływu nowa okoliczność zauważona podczas badania wyjaśnień dotycząca rozbieżności w kosztach wykonania prac geodezyjnych. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał koszt prac geodezyjnych na poziomie 3 690,00 zł, jednocześnie podając poniżej ceny jednostkowe wraz z szacowaną ilością godzin, z których to po przeliczeniu wynika inna kwota 3 960,00 zł. Wykonawca dołączył do wyjaśnień jako dowód ofertę GEOPOLU na prace geodezyjne na kwotę 3 960,00 zł. W związku z tym, nie sposób mu zarzucić działania umyślnego w postaci próby wprowadzenia Zamawiającego w błąd tak jak uczynił to Odwołujący w odwołaniu. Zatem Zamawiający mając jako dowód ofertę GEOPOLU założył, że cena za prace geodezyjne zgodnie z tą ofertą wynosi 3 960,00 zł. Zamawiający wskazał, iż nie widział potrzeby do wzywania do dodatkowych wyjaśnień dotyczących tej rozbieżności, ponieważ dowód kosztu prac geodezyjnych stanowiła oferta GEOPOLU. Uznał bowiem, iż przyjęcie wyższych o 270,00 zł kosztów za prace geodezyjne, zgodnych z załączoną ofertą GEOPOLU, nie czyniłoby ceny wykonawcy T.S rażąco niskiej zwłaszcza w kontekście założonego zysku na poziomie ponad 30 000,00 zł (wyjaśnienia z dnia 31.07.2018 r. str. 3). Wyższy koszt o kwotę 270,00 zł za prace geodezyjne wynikający z wyjaśnień, a niewliczony w cenę za realizację całości zamówienia, zgodnie z zapisami SIWZ w rozdz. XII ust. 7 stanowi element ryzyka wykonawcy i nie skutkuje zwiększeniem wynagrodzenia ryczałtowego podanego w ofercie wykonawcy T.S. . Uwzględniając wskazaną nieścisłość, bez analizy przyczyn jej powstania Zamawiający

uznał, że z uwagi na założony poziom zysku (ponad 30 000,00 złotych), nadal nie ma podstaw do przyjęcia, iż zamówienie zostało skalkulowane poniżej kosztów realizacji. Ponadto Odwołujący stawiając zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy T.S. , nie wykazał, aby dodatkowe koszty, jakie w jego ocenie wynikały z przedłożonych dowodów, powodowałyby faktycznie ten skutek, że zamówienie byłoby realizowane bez zysku i poniżej rzeczywistych kosztów. Zdaniem Zamawiającego wykonawca T.S. wykazał, iż cena jego oferty jest ceną wiarygodną, realistyczną dla danej usługi oraz że jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.

W zakresie zarzutu nr 3 lit. a) Zamawiający wskazał, że wykonawca T.S. w złożonych wyjaśnieniach z dnia 21.09.2018 r. podał stawki godzinowe dla inspektorów nadzoru w każdej branży oraz koordynatora. Odwołujący się pominął natomiast, iż szerokie uzasadnienie w tym zakresie zawierały wyjaśnienia tegoż wykonawcy z dnia 30.07.2018 r. Dalej Zamawiający zacytował odpowiednie fragmenty wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcyT.S. (str. 3 i 4 pisma z dnia 30 lipca 2018 r.).

W kontekście powyższego Zamawiający wskazał, iż oczywistym pozostaje fakt, że wykonawca T.S. przedstawił „wywód myślowy" odnośnie maksymalnej liczby godzin dla każdej ze wskazanych osób. Podkreślenia wymaga także, że Zamawiający, poza koordynatorem, dla poszczególnych inspektorów nadzoru nie określił w SIWZ minimalnych ilości godzin jakie muszą zrealizować. Dlatego też wskazanie przez Odwołującego się, że oferent w powyższym zakresie operuje „dowolnymi danymi" oraz, że „nie przedstawia on żadnych szczegółowych wyjaśnień co do tego, jakie zaangażowanie czasowe poszczególnych inspektorów nadzoru przewiduje podczas realizacji zamówienia", nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle powyższych wyjaśnień. Nadto argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest nietrafna również ze względu na fakt, że Zamawiający w wezwaniu do ponownych wyjaśnień ceny zadał wykonawcy konkretne pytanie, na które otrzymał odpowiedź a zatem brak innych informacji w wyjaśnieniach szczegółowych, o których wspomina w odwołaniu Odwołujący, nie może przesądzać o ocenie wyjaśnień, jako niedostatecznych. Ponadto Zamawiający nie widział potrzeby dodatkowych wyjaśnień co do powyższego. Wykonawca T.S. nie miał więc obowiązku dokonywania wywodów myślowych.

Następnie w zakresie zarzutu nr 3 lit. b) Zamawiający podkreślał, iż wykonawca T.S składał wyjaśnienia, które stanowiły odpowiedź na zadawane mu pytania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w skierowanym do Niego w dniu 13.09.2018 r. ponownym wezwaniu do wyjaśnień ceny (zgodnie z wytycznymi KIO z wyroku z dnia 4 września 2018 r.), w którym KIO, w ramach powtórzenia badania i oceny ofert nakazała Pracowni Projektowej „ATS 999" wskazać jedynie „ilość godzin zaoszczędzonych w ramach pracochłonności z uwagi na wykonanie przez T.S. dokumentacji projektowej". Zamawiający w wezwaniu do ponownych wyjaśnień ceny zadał wykonawcy konkretne pytania, na które otrzymał odpowiedź a zatem brak innych informacji w wyjaśnieniach szczegółowych, o których wspomina w odwołaniu Odwołujący, nie może przesądzać o ocenie wyjaśnień, jako niedostatecznych. Wykonawca T.S. w powtórnych wyjaśnieniach wskazał zatem tą liczbę. Z powtórnego wezwania do wyjaśnień ceny skierowanego przez Zamawiającego, nie wynika, aby wykonawca T.S. był zobowiązany do wyszczególnienia katalogu czynności, które ze względu na wykonywanie ich przez osoby będące zaangażowane w opracowanie dokumentacji projektowej. Niezależnie od powyższego również za błędne, nieznajdujące oparcia w dokumentacji przetargowej należy uznać stwierdzenie, iż „jedynym wyjaśnieniem przyjętej liczby godzin zaoszczędzonych było stwierdzenie, że przyjmując liczbę 1250 godzin oferent bazował na doświadczeniu związanym ze sprawowaniem funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego oraz inżyniera konsultanta podczas realizacji inwestycji „Akademickie Centrum Edukacji Prozdrowotnej i Rehabilitacji" w Białej Podlaskiej oraz projektu Budowa Hali Widowiskowo - Sportowej". Uzasadniał, iż przedmiotowe nie tylko kłóci się ze sobą i przeczy sobie. Z jednej strony Odwołujący się wskazuje bowiem na brak cyt.: „chociażby pobieżnego" wyszczególnienia czynności, z drugiej zaś wskazuje sam, że T.S. opiera się w tym zakresie na doświadczeniu. Niewątpliwie wykonawca T.S. oparł się w tym zakresie na doświadczeniu, zaś szczegółowo opisał przedmiotowe w pierwszych wyjaśnieniach. Ale również wyjaśnienia z dnia 21.09.2018 r. zawierają w tym zakresie wskazanie przesłanek jakimi kierował się on do obliczenia w/w liczby godzin. Dodać należy w tym miejscu, iż nie tytko zarzut ten jest nieuzasadniony w kontekście wyroku KIO z dnia 04.09.2018 r., ale także w świetle faktu, iż Zamawiający nie żądał powyższego, zapewne także uwzględniając w tym zakresie pierwsze wyjaśnienia i wytyczne KIO z dnia 04.09.2018 r.

W przedmiocie zarzutu nr 3 lit. c) Zamawiający argumentował, że w tym zakresie ponownie wykonawca T.S. zastosował się do pytań skierowanych przez Zamawiającego (według wytycznych w wyroku KIO z dnia 04.09.2018 r.). W wyroku tym w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert KIO wskazała jedynie, aby T.S. „wskazał wielkość

zysku w sytuacji gdyby nie pełnił osobiście funkcji koordynatora i inspektora nadzoru branży konstrukcyjnej". Wykonawca T.S. wskazał zatem wielkość zysku. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie zauważa również i w tym przypadku pierwszych, szczegółowych wyjaśnień tegoż wykonawcy, w których opisuje dlaczego łączenie tych funkcji daje mu zysk. Nie można pominąć również, iż przytoczone przepisy prawa budowlanego w zakresie obowiązków obu inspektorów są zbieżne w najbardziej pracochłonnym zakresie, tj. uzgadniania możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego oraz reprezentowania inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Już samo to z punktu widzenia zysku jest oczywiste. Pozostały zakres robót T.S. jako wykonawca z wieloletnim doświadczeniem zna, bowiem są to ogólno obowiązujące przepisy prawa. Tym samym zarzut fikcyjnego wykreowania oszczędności co do powyższego jest nie tylko przesadzony, ale także zupełnie oderwany od treści obu wyjaśnień składnych przez Przystępującego.

Z kolei odnosząc się do zarzutu nr 3 lit. d) Zamawiający podał, że Odwołujący nie ma racji wskazując, iż wykonawca T.S. nie wyjaśnił w sposób wyczerpujący kwestii potrzeby weryfikacji i zapoznania się z dokumentacją projektową inwestycji oraz czasu i kosztów zaoszczędzonych wskutek znajomości własnego projektu i braku potrzeby szczegółowego zaznajamiania się z nim. Odwołujący nie ma też racji twierdząc, że oferent w wyjaśnieniach ograniczył się do arbitralnego stwierdzenia, że zaoszczędzony czas przeznaczony na zapoznanie się z powyższą dokumentacją wynosi 678 godzin, nie przedstawiając jednak sposobu ustalenia tego wymiaru czasowego, co uniemożliwia weryfikację prawidłowości tych ustaleń. Wykonawca T.S składał kolejne wyjaśnienia, które stanowiły odpowiedź na zadawane mu konkretne pytania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w skierowanym do Niego w dniu 13.09.2018 r. ponownym wezwaniu do wyjaśnień ceny (wyrok KIO z dnia 04.09.2018 r.). Zamawiający wezwał go do wyjaśnienia, czy w kosztach uwzględniono i w jakiej wysokości potrzebę weryfikacji dokumentacji projektowej. Wykonawca T.S. w powtórnych wyjaśnieniach wyjaśnił, że z uwagi na to, że jest autorem dokumentacji projektowej pozwoliło mu to zaoszczędzić ok. 678 godzin pracy, tym samym zaoszczędził kwotę 21 987,54 zł brutto. Zamawiający w wezwaniu do ponownych wyjaśnień ceny zadał wykonawcy T.S konkretne pytania, na które otrzymał konkretne odpowiedzi a zatem brak innych informacji w wyjaśnieniach szczegółowych, o których wspomina w odwołaniu Odwołujący, nie może przesądzać o ocenie wyjaśnień, jako niedostatecznych.

W końcu odnosząc się do zarzutu nr 3 lit. e) Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie ma racji twierdząc, że T.S zaniżył ceny dotyczące umowy zlecenia. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że po pierwsze tylko jeden inspektor p. T. zawarł z T.S. umowę zlecenia, bowiem pozostali prowadzą własną działalność gospodarczą. Zatem w świetle obowiązujących powszechnie przepisów wynika, że w takiej sytuacji nie ma obowiązku opłacania ubezpieczenia emerytalnego, rentowego, zdrowotnego, wypadkowego. Nadto także i p. J. T. jest zatrudniony na umowę o pracę, zatem także obowiązek powyższy odpada. Natomiast Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych dotyczy osób zatrudnianych na umowę o pracę, co w niniejszym przypadku nie występuje.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oddaliła wniosek wykonawcy T.S o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jako wniesionego przez podmiot, który nie posiada interesu w uzyskaniu danego zamówienia i nie wykazał możliwości poniesienia szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. W powyższym zakresie Izba wskazuje, iż przesłanka dotycząca interesu w uzyskaniu zamówienia ma charakter materialnoprawny i podlega badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów (tak KIO w wyroku z dnia 15 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 21/18).

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 8 października 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 11 października 2018 r. po

stronie Odwołującego oraz wykonawcę T.S. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 10 października 2018 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę wykonawcy T.S. , wezwania do wyjaśnienia ceny oferty skierowane do ww. wykonawcy, a także wyjaśnienia ceny z dnia 30 lipca 2018 r. oraz 21 września 2018 r. wykonawcy T.S. wraz z dowodami. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron oraz Uczestników postępowania złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 i 30 października 2018 r.

Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów złożone przez Odwołującego i Przystępującego T.S. w toku rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 31 lipca 2018 r. wykonawca T.S. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 lipca 2018 r., złożył wyjaśnienia w przedmiocie ceny oferty wraz z dowodami w postaci: 1) umowy na podwykonawstwo nr 2/07/2018 zawartej w dniu 20 lipca 2018 r. z inspektorem branży sanitarnej, 2) umowy na podwykonawstwo nr 1/07/2018 zawartej w dniu 20 lipca 2018 r. z Pilamis Sp. z o.o., 3) referencji z dnia 26 marca 2013 r., 4) umowy zlecenie nr 1/2018 zawartej w dniu 23 lipca 2018 r. z inspektorem branży drogowej oraz 5) umowy na podwykonawstwo nr 3/07/2018 zawartej w dniu 20 lipca 2018 r. zawartej z inspektorem branży elektrycznej. Ponadto wykonawca wyjaśnił m.in., że: *„Wpływ na wycenę oferty ma również fakt iż umowa na projekt budowlany stadionu który wykonała moja firma przewidywała wizyty w ramach nadzoru autorskiego za które nie otrzymał bym zgodnie z umową już żadnego dodatkowego wynagrodzenia. Tak więc część wizyt na budowie które będą realizowane w ramach nadzoru inwestorskiego przez projektantów obiektu (zakres nadzoru obejmuje również sprawdzenie dokumentacji projektowej, zgłaszanie ewentualnych ulepszających rozwiązań zamiennych itp.), była by i tak realizowana jako wizyty nadzoru autorskiego tyle że bezpłatnie”.*

Wyrokiem z dnia 4 września 2018 r. sygn. akt: KIO 1679/18 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy T.S. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty T.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa „ATS 999” T.S z siedzibą w Białej Podlaskiej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym: 1) do wyjaśnienia i podania stawki godzinowej dla poszczególnych inspektorów nadzoru oraz koordynatora, 2) wskazanie ilości godzin zaoszczędzonych w ramach pracochłonności z uwagi na wykonanie przez T.S. dokumentacji projektowej, 3) wyjaśnienie czy w kosztach uwzględniono i w jakiej wysokości potrzebę weryfikacji dokumentacji projektowej, 4) wskazanie wielkości zysku Odwołującego w sytuacji, gdyby nie pełnił osobiście funkcji koordynatora i inspektora nadzoru branży konstrukcyjnej, 5) wskazanie wysokości kosztów eksploatacyjnych korzystania z biura będącego własnością T.S. dla potrzeb wykonania zamówienia (energia elektryczna, woda, łącze internetowe, telefoniczne itp.) oraz 6) wyjaśnienia i przedstawienia dowodu na realność kalkulacji weryfikacji geodezyjnej.

W dniu 13 września 2018 r. Zamawiający, wykonując ww. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, unieważnił czynność odrzucenia oferty wykonawcy T.S. i powtórzył czynność badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwał ww. wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia ponownych wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie wskazanym w treści orzeczenia Izby.

Wykonawca T.S. pismem z dnia 21 września 2018 r. złożył stosowne wyjaśnienia w zakresie ceny oferty wraz z ofertą na wykonanie weryfikacji geodezyjnej na kwotę 3 960 zł brutto oraz zestawieniem średnich rocznych kosztów eksploatacyjnych korzystania z biura.

Www. piśmie Odwołujący podał w szczególności, że:

1)całkowite koszty związane ze sprawowaną weryfikacją geodezyjną wynoszą 3 690 zł brutto. Łącznie zaoferowano 50 godzin prac dwuosobowego zespołu. Godzinowa stawka zespołu geodezyjnego (geodeta i asystent) wynosi 79,20 zł brutto, więc w przeliczeniu na jedną osobę daje to kwotę 39,60 zł brutto za 1 godzinę pracy,

2)stawkę godzinową inspektora w branży elektrycznej w kwocie 31,35 zł brutto, inspektora w branży sanitarnej w kwocie 30,45 zł brutto, inspektora w branży drogowej w kwocie 30,61 zł brutto oraz inspektora w branży konstrukcyjno – budowlanej wraz z funkcją koordynatora nadzoru inwestorskiego w kwocie 36,10 zł brutto. Nadto wykonawca wskazał, że do ustalenia cen poszczególnych umów przyjęto koszty pracy nie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 ze zm.) oraz rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej,

3)z uwagi na fakt, iż osoby które brały udział w projektowaniu przedmiotowego obiektu w poszczególnych branżach będą sprawować nadzór inwestorski nad robotami budowlanymi prowadzonymi na podstawie przez nich wykonanego projektu ilość zaoszczędzonych w związku z tym wynosi 1250 godzin (godziny pracy zaoszczędzone przez inspektorów nadzoru oraz koordynatora). Nadto wykonawca wskazał, iż do wyliczenia liczby zaoszczędzonych godzin wykorzystał swoje doświadczenie przy sprawowaniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego oraz inżyniera konsultanta w zakresie robót budowlanych projektów pn. Akademickie Centrum Edukacji Prozdrowotnej i Rehabilitacji w Białej Podlaskiej, budowy hali widowiskowo – sportowej oraz wielu innych obiektów, których wykonawca był autorem dokumentacji projektowej i z praktyki mógł określić dodatkową pracochłonność z tym związaną,
4)wykonawca wyjaśnił, iż w kosztach uwzględnił potrzebę weryfikacji obszernej dokumentacji projektowej składającej się z ok. 1100 stron, w tym ok. 270 rysunków w większości wielkoformatowych skomplikowanego obiektu jakim jest stadion. Konieczność jej przeanalizowania, zapoznania się i zrozumienia jej założeń wykonawca oszacował na 678 godzin pracy. Wskazał, iż jest to istotny czynnik wpływający na oszacowaną cenę, bowiem gdyby wykonawca nie był autorem tej dokumentacji, niewątpliwie czas dotyczący zapoznania się z nią oraz jej szczegółową analizę, jako pracochłonność należałoby wycenić i wliczyć w koszt oferty. W niniejszym postępowaniu wykonawca dokumentację tą zaprojektował/wykonał, zatem zna ją dokładnie i dzięki temu zaoszczędził kwotę 678 godz. x 32,43 zł brutto (średnia stawka godzinowa dla poszczególnych inspektorów nadzoru oraz koordynatora) = 21 987,54 zł brutto,
5)wykonawca wskazał również, iż cena jego oferty bez uwzględnienia oszczędności jakie mu przysługiwały wynosiłaby 430 510,17 zł brutto.
W dniu 1 października 2018 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy T.S. .

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba stwierdziła, iż nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegający na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy T.S. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy kalkulacja kosztów zawarta w piśmie z dnia 21 września 2018 r. opiewa na wartość wyższą od wskazanej w ofercie, co uniemożliwia przyjęcie, iż wyliczenia ceny są rzetelne
i prawidłowe. Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty ww. wykonawcy, w sytuacji gdy zawarte w wyjaśnieniach ceny oferty wyliczenia zawierają szereg błędów, nieścisłości oraz danych przyjętych przez wykonawcę w sposób arbitralny i niepoddających się żadnej obiektywnej weryfikacji.

Na wstępie Izba wskazuje, iż stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17).

Z kolei zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Norma wyrażona w powyższym przepisie wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę

Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż argumentacja Odwołującego przedstawionaw piśmie procesowym z dnia 17 października 2018 r. w zakresie błędu w ustaleniu ceny lub kosztu w umowie zawartej z inspektorem nadzoru inwestorskiego w branży drogowej dotyczącego stawki podatku VAT (pkt 1), kosztów dojazdu (pkt 2), nieuwzględnienia wszystkich niezbędnych kosztów w zakresie weryfikacji geodezyjnej (pkt 3), obniżenia ceny z uwagi na łączenie funkcji na budowie (pkt 5), czynu nieuczciwej konkurencji (pkt 6), kosztów pracowniczych, dodatkowych kosztów nieujętych w cenie przez wykonawcę (pkt 7), minimalnego wynagrodzenia dla wykwalifikowanej kadry (pkt 8) oraz wskazanej w wyjaśnieniach liczby zaoszczędzonych godzin (1442) z uwagi na wykonanie dokumentacji projektowej (pkt 9) stanowi rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów podniesionych w odwołaniu i jako taka nie mogła zostać wzięta pod uwagę przez Izbę.

Następnie Izba wskazuje, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można pominąć, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę T.S. z dnia 21 września 2018 r. dotyczące ceny oferty stanowiły odpowiedź na skonkretyzowane pytania Zamawiającego skierowane do wykonawcy w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2018 r. sygn. akt: KIO 1679/18, w którym Izba wskazała obszary wymagające uszczegółowienia i udowodnienia, uznając tym samym czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty wykonawcy T.S. jako zawierającej rażąco niską cenę za nieprawidłową.
Zamawiający w powtórnym wezwaniu do wyjaśnień ceny z dnia 13 września 2018 r. nie zdecydował się na zadanie ww. wykonawcy innych pytań niż te wskazane w sentencji wyroku Izby, pomimo takiej możliwości.

Dalej wskazać również trzeba, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę T.S. pismem z dnia 30 lipca 2018 r. oraz pismem z dnia 21 września 2018 r. poparte dowodami winny być czytane łącznie, jako że drugie wyjaśnienia w zakresie ceny oferty stanowiły uszczegółowienie wyjaśnień pierwszych. Tym samym tylko całościowa i wszechstronna analiza wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę wraz z dowodami pozwala przesądzić, czy zaoferowana przez wykonawcę T.S. cena oferty nie jest rażąco niska.

Rozpoznając niniejsze odwołanie w granicach zarzutów wyznaczonych jego treścią Izba wskazuje, iż stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę odpowiednio, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia albo zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie zaś z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r.;
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie zlub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści 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.

Nadto zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby różnica pomiędzy kalkulacją kosztów zawartą w

wyjaśnieniach ceny oferty T.S a ceną zaoferowaną przez ww. wykonawcę za realizację niniejszego zamówienia uniemożliwiała przyjęcie, że wyliczenia ceny zawarte w wyjaśnieniach są rzetelne i prawidłowe.

Bezspornym między Stronami była okoliczność, iż suma kosztów cenotwórczych wynikająca ze złożonych wyjaśnień ceny oferty wynosząca 129 051 zł brutto była wyższa o 270 zł od ceny oferty wykonawcy T.S. stanowiącej 128 781 zł brutto. W ocenie Izby Odwołujący całkowicie pominął jednak przyczyny rozbieżności w ww. zakresie wyciągając w konsekwencji nieprawidłowe wnioski.

Zauważyć należy, iż wykonawca T.S. w wyjaśnieniach z dnia 21 września 2018 r. wskazał, iż całkowity koszt związany ze sprawowaną weryfikacją geodezyjną wyniesie 3 690 zł brutto. Nadto wykonawca podał, iż zaoferował 50 godzin pracy dwuosobowego zespołu (geodeta i asystent) oraz że godzinowa stawka zespołu geodezyjnego wynosi 79,20 zł brutto. Iloczyn ww. danych, tj. przyjętej stawki godzinowej zespołu geodezyjnego oraz przewidzianej liczby godzin pracy zespołu daje kwotę 3 960 zł brutto, nie zaś jak wyjaśnił ww. wykonawca kwotę 3 690 zł brutto. Wykonawca T.S. przedstawił również, zgodnie z żądaniem Zamawiającego zawartym w wezwaniu z dnia 13 września 2018 r., dowód na realność kalkulacji weryfikacji geodezyjnej w postaci oferty innego podmiotu opiewającej na kwotę 3 960 zł brutto. Z powyższych ustaleń wynika zatem, iż wskazywana przez Odwołującego kwota 270 zł stanowiła różnicę pomiędzy kwotą 3 960 zł wynikającą z oferty na wykonanie weryfikacji geodezyjnej a kwotą 3 690 zł wskazaną przez T.S. w wyjaśnieniach ceny z dnia 21 września 2018 r.

Mając na względzie powyższe Izba wskazuje, iż podnoszona przez Odwołującego rozbieżność między ceną oferty wykonawcy T.S. a kwotą wynikającą z sumowania elementów cenotwórczych zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny winna być rozważana, co najwyżej w kontekście oczywistej omyłki, nie zaś w kontekście wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie wykazał, że omawiana rozbieżność w kwocie 270 zł uniemożliwi wykonawcy T.S. realizację niniejszego zamówienia bez finansowej straty, w szczególności w świetle oszacowanego przez wykonawcę zysku.

W tym miejscu zauważyć również należy, iż Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie rozwinął swojego twierdzenia, dlaczego omawianej rozbieżności nie można zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej lub rachunkowej, lecz jako celowe działanie wykonawcy w celu redukcji i ukrycia części kosztów realizacji zamówienia. W kontekście poczynionego na wstępie wywodu w zakresie konstrukcji zarzutów odwołania Izba zauważa również, iż brak jest zarzutu (obejmującego nie tylko podstawę prawną, ale wskazującego również okoliczności faktyczne) w zakresie podniesionego przez Odwołującego w petitum odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Dodać również należy, iż Odwołujący nie zakwestionował nawet realności samej wyceny usług geodezyjnych skupiając się jedynie w uzasadnieniu odwołania na rozbieżności w ich wycenie, która jak wskazano powyżej winna być rozważana co najwyżej w kategorii oczywistej omyłki.

Następnie Izba wskazuje, że Odwołujący nie podważył skutecznie stawki godzinowej dla poszczególnych inspektorów nadzoru (w branży elektrycznej, sanitarnej, drogowej oraz konstrukcyjno – budowlanej) oraz koordynatora wynikającej z przyjętych przez wykonawcę T.S. maksymalnych liczb godzin pracy osób na ww. stanowiskach, liczby godzin zaoszczędzonych przez wykonawcę w ramach pracochłonności wskutek faktu, iż osoby zaangażowane w realizację niniejszego zamówienia były również zaangażowane w opracowanie dokumentacji projektowej inwestycji dotyczącej przebudowy stadionu miejskiego w Białej Podlaskiej – etap I, jak również liczby godzin zaoszczędzonych przez wykonawcę T.S. na weryfikację i zapoznanie się z dokumentacją projektową inwestycji.

Odwołujący upatrywał naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w powyższym zakresie argumentując odpowiednio, że wykonawca T.S w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty nie przedstawił żadnego wywodu myślowego odnośnie ustalenia maksymalnej liczby godzin pracy każdego inspektora nadzoru oraz koordynatora, nie wyszczególnił katalogu czynności, które ze względu na wykonywanie ich przez osoby będące zaangażowane w opracowanie dokumentacji projektowej, albo w ogóle nie będą musiały zostać przeprowadzone, albo czas trwania tych czynności będzie krótszy oraz nie podał wyjaśnienia oszacowania oszczędności w liczbie 678 godzin wobec korzystania przez wykonawcę z własnego projektu budowlanego. Nadto Odwołujący podnosił, iż wskazywane przez wykonawcę T.S. liczby godzin pracy poszczególnych inspektorów nadzoru oraz koordynatora, jak również liczba godzin zaoszczędzonych przez wykonawcę w związku z wykonywaniem dokumentacji projektowej obiektu dotyczącego stadionu miejskiego w Białej Podlaskiej zostały przyjęte dowolnie, arbitralnie. Odwołujący kwestionował również argumentację wykonawcy T.S w zakresie ceny oferty odwołującą się do doświadczenia zawodowego wykonawcy.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, iż wykonawca T.S.

w wyjaśnieniach z dnia 21 września 2018 r., uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego z dnia 13 września 2018 r., które zawierało skonkretyzowane pytania referujące do obszarów wymagających uszczegółowienia względem wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 lipca
2018 r. W ww. piśmie wykonawca wyjaśnił i podał stawki godzinowe dla poszczególnych inspektorów nadzoru oraz koordynatora. I tak stawka godzinowa inspektora w branży elektrycznej została oszacowana na kwotę 31,35 zł brutto, inspektora w branży sanitarnej na kwotę 30,45 zł brutto, inspektora w branży drogowej na kwotę 30,61 zł brutto oraz inspektora w branży konstrukcyjno – budowlanej wraz z funkcją koordynatora nadzoru inwestorskiego na kwotę 36,10 zł brutto. Z powyższego wynika zatem, iż przyjęte stawki godzinowe były wyższe od minimalnej stawki godzinowej wynikającej z przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W tym miejscu podkreślić również należy, iż wykonawca do wyjaśnień ceny dołączył umowy zawarte z osobami dedykowanymi na ww. stanowiska potwierdzające wysokość umownej stawki za godzinę pracy.

Wykonawca T.S. w wyjaśnieniach ceny oferty z dnia 21 września 2018 r. wskazał również, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, liczbę godzin zaoszczędzonych w ramach pracochłonności z uwagi na wykonanie dokumentacji projektowej na przebudowę stadionu miejskiego w Białej Podlaskiej – etap I, oszacowaną na 1250 godzin.

Nadto wykonawca w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego wyjaśnił, iż w kosztach uwzględnił potrzebę weryfikacji obszernej dokumentacji projektowej składającej się z ok. 1100 stron, w tym ok. 270 rysunków w większości wielkoformatowych skomplikowanego obiektu wskazując jednocześnie, iż konieczność jej przeanalizowania, zapoznania się i zrozumienia jej założeń w ocenie wykonawcy wymagała 678 godzin pracy. Zdaniem wykonawcy T.S. ww. czynnik niewątpliwie wpływał na cenę oferty, bowiem gdyby wykonawca nie znał dokumentacji projektowej, to czas niezbędny na poznanie i zrozumienie dokumentacji należałoby wycenić i wliczyć w koszty oferty. Okoliczność, iż ww. wykonawca jest autorem dokumentacji projektowej pozwoliła mu zaoszczędzić kwotę 21 987,54 zł brutto
(678 godzin x 32,43 zł brutto – średnia stawka godzinowa dla poszczególnych inspektorów nadzoru oraz koordynatora).

Izba wskazuje, iż Odwołujący nie podał w uzasadnieniu odwołania powodów, dla których koniecznym i uzasadnionym w kontekście badania oferty wykonawcy T.S. w zakresie przesłanki rażąco niskiej ceny, byłoby przedstawienie wywodu myślowego odnośnie ustalenia maksymalnej liczby godzin pracy każdego inspektora nadzoru oraz koordynatora, co rzutowało na wysokość stawki godzinowej pracy ww. osób. Odwołujący nie wskazał również jakie elementy winien zawierać rzeczony wywód myślowy. Co więcej, uwadze Izby nie umknęła okoliczność, iż Odwołujący w złożonych przy piśmie procesowym z dnia 26 października 2018 r. wnioskach dowodowych w postaci opinii osób trzecich zawierających prawidłowe – zdaniem Odwołującego – liczby godzin określające minimalne zaangażowanie czasowe poszczególnych inspektorów nadzoru i koordynatora przy realizacji niniejszego zamówienia nie przedstawił swojego wywodu myślowego w ww. zakresie, zaś takiego wywodu oczekiwał względem Przystępującego T.S. . Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do wskazanej przez ww. wykonawcę liczby 678 godzin przeznaczonej na zapoznanie się z dokumentacją projektową, której to liczby zdaniem Odwołującego nie wyjaśnił Przystępujący.

W ocenie Izby, niczym nieuzasadnione jest marginalizowanie przez Odwołującego doświadczenia wykonawcy T.S. nabytego podczas realizacji innych projektów, w czasie których wykonawca pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego czy inżyniera konsultanta. Niezasadnym jest również umniejszanie naturalnej przewagi ww. wykonawcy wynikającej ze znajomości projektu budowlanego, którego wykonawca był autorem. Zdaniem Izby ww. okoliczności niewątpliwie rzutowały na cenę oferty wykonawcy T.S. . Wskazać bowiem należy, iż sam Odwołujący nie podał, jakie okoliczności przy ustalaniu kwestionowanych przez Odwołującego danych winny być brane pod uwagę jako punkt odniesienia. Zauważyć należy, iż na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma jednego, prawidłowego wzorca wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czy też katalogu dowodów, które winien złożyć wykonawca, by jego oferta nie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby nie budzi wątpliwości fakt, iż pewne dane przyjmowane przez wykonawców do obliczenia ceny ofertowej mogą wynikać z nabytej przez wykonawców na przestrzeni lat praktyki zawodowej. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia, w przypadku gdy przedmiot zamówienia obejmuje wycenę usług intelektualnych, których głównym budulcem ceny są wynagrodzenia specjalistów, a w opisie przedmiotu zamówienia brak jest szczegółów co do pracochłonności poszczególnych osób niezbędnych do wykonania zamówienia (poza koordynatorem w niniejszej sprawie). Zauważyć również należy, iż wycena pracy specjalistów, w sytuacji gdy Zamawiający nie precyzuje w opisie przedmiotu zamówienia liczby godzin niezbędnej do prawidłowego wykonania zamówienia jest trudno mierzalna. W kontekście powyższego dostrzec również trzeba, iż Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą wskazywał własne wyliczenia, dane, obliczone według jego wiedzy i doświadczenia.

Ponadto Izba wskazuje, iż podstawą kalkulacji ceny oferty będą własne założenia i polityka cenowego danego wykonawcy. Tym samym oceniając złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie można

abstrahować od indywidualnych okoliczności i warunków, w których działa dany wykonawca, albo arbitralnie przyjmować, że każdy wykonawca ponosi identyczne koszty działalności w danej branży. Zatem aby stwierdzić, iż oferta danego wykonawcy winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę konieczne jest wykazanie, że dany wykonawca, działający w konkretnych warunkach nie jest w stanie za określoną cenę wykonać w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego nietrafione są twierdzenia Odwołującego co do arbitralnego charakteru danych przyjętych przez wykonawcę T.S. za podstawę ww. obliczeń, jako że stanowiły one wyraz własnej polityki cenowej ww. wykonawcy.

Nadto wobec zarzucanego przez Odwołującego braku wyszczególnienia przez wykonawcę T.S katalogu czynności, które ze względu na ich wykonywanie przez osoby będące zaangażowane w wykonanie dokumentacji projektowej, albo w ogóle nie będą musiały zostać przeprowadzone albo czas trwania tych czynności będzie krótszy zauważyć należy, iż Zamawiający w wezwaniu z dnia 13 września 2018 r. nie oczekiwał od wykonawcy wylistowania katalogu ww. czynności.

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp kwestionował również argumentację wykonawcy T.S zawartą w wyjaśnieniach ceny oferty, w których wykonawca powoływał się na okoliczność łączenia obu funkcji, tj. inspektora nadzoru inwestorskiego oraz autorskiego, która miała prowadzić do obniżenia kosztów realizacji zamówienia w aspekcie pracochłonności w związku z wykonywanym zamówieniem.

W zakresie powyższego Izba wskazuje, iż co do zasady zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż wynikający z ustawy Prawo budowlane zakres obowiązków inspektora nadzoru autorskiego oraz inspektora nadzoru inwestorskiego nie jest tożsamy. Jednakże zdaniem składu orzekającego Izby, nie można wykluczyć, na co zresztą zwracał uwagę sam Odwołujący w treści odwołania, iż pewne obszary zadań pełnione przez wykonawcę T.S. w ramach obu funkcji będą się wzajemnie przenikać. Trudno zatem powyższej okoliczności nie uznać za obiektywną, wpływającą na zmniejszenie czasochłonności przy realizacji przedmiotowego zamówienia, a w następstwie na cenę oferty.

Odwołujący zarzucał także, iż wykonawca T.S. nieprawidłowo określił koszt związany z zatrudnieniem inspektorów nadzoru w poszczególnych branżach poprzez podanie wynagrodzenia brutto tych osób w sytuacji, gdy rzeczywisty koszt z tytułu zatrudnienia osób nie odpowiada jedynie ich wynagrodzeniu brutto, gdyż mając na uwadze, że ich zatrudnienie opiera się na umowie zlecenia, wyliczenie kosztu tego zatrudnienia powinno uwzględniać koszt związany z uiszczeniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Ustosunkowując się do ww. kwestii wskazać należy, iż z ustaleń faktycznych Izby wynika, że umowa zlecenie została zawarta tylko z inspektorem nadzoru inwestorskiego w branży drogowej. Nadto w punkcie 3 ww. umowy strony umowy określiły wynagrodzenie w wysokości 18 000 zł brutto.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie obowiązku pobrania składki zdrowotnej od umowy zlecenia zawartej z inspektorem nadzoru inwestorskiego w branży drogowej. Jednakże zważywszy na to, iż składka ta odprowadzana jest od kwoty brutto, konieczność jej opłacenia nie skutkuje wzrostem kosztów po stronie wykonawcy, a zatem pozostaje bez wpływu na kalkulację ceny oferty. Wskazać również należy, iż składka ta opłacana jest przez zleceniobiorcę – pobierana jest z wynagrodzenia brutto, jednak fizycznie, wpłacając pieniądze na konto ZUS, odprowadza ją zleceniodawca. Co do kwestii ubezpieczeń społecznych wskazać należy, iż Odwołujący nie wykazał, aby ich ewentualny obowiązek odprowadzenia przez wykonawcę T.S. skutkował realizacją przedmiotowego zamówienia ze stratą. Z kolei Przystępujący argumentował, iż inspektor nadzoru inwestorskiego w branży drogowej jest zatrudniony na umowę o pracę w innej instytucji i osiąga dochody umożliwiające wykonawcy nieopłacanie składek na ubezpieczenia emerytalne, rentowe, chorobowe i wypadkowe, zgodnie z oświadczeniem inspektora stanowiącym załącznik do umowy zlecenie.

Pozostałe osoby dedykowane do pełnienia funkcji inspektorów nadzoru inwestorskiego w ramach realizacji niniejszego zamówienia, jak wynika z załączonych do wyjaśnień ceny z dnia 30 lipca 2018 r. umów, prowadzą własną działalność gospodarczą, a zatem brak jest w świetle powszechnie obowiązujących przepisów prawa po stronie wykonawcy obowiązku odprowadzenia składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Składki te odprowadzane są przez osoby prowadzące samodzielną działalność gospodarczą.

W kontekście postawionych przez Odwołującego zarzutów odwołania determinujących zakres rozstrzygnięcia Izby, jak również argumentacji Odwołującego prezentowanej w toku rozprawy, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego Izba wskazuje, iż powyższe nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą ww. zarzutu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy

Pzp. Przepis art. 190 ust. 1a ustawy
Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania odwoławczego ciężar dowodowy (tak KIO w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2540/17).

Podsumowując powyższe, w ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego T.S w przedmiocie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, czyniły zadość wezwaniom Zamawiającego. Nadto złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia, poparte dowodami, były wyczerpujące, a ich całościowa analiza nie pozwala na wyprowadzenie wniosku, jakoby zaoferowana przez wykonawcę T.S. cena była ceną rażąco niską, a zatem ceną która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Odwołujący w ocenie Izby dokonał pobieżnej, wyrywkowej oceny wyjaśnień ceny oferty wykonawcy T.S. z dnia30 lipca 2018 r. oraz 21 września 2018 r., oderwanej od indywidualnych okoliczności właściwych ww. wykonawcy, w szczególności dotyczących znajomości dokumentacji projektowej, której wykonawca był autorem, wyprowadzając w konsekwencji nieprawidłowe wnioski. Zważyć także należy, iż Odwołujący nie zakwestionował nawet w treści odwołania wyjaśnień ww. wykonawcy co do zysku zawartych w punkcie czwartym pisma z dnia
21 września 2018 r. Tym samym dokonana przez Odwołującego ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy T.S. była niepełna.

Uwzględniając wszystko powyższe - w okolicznościach rozpoznawanej przez Izbę sprawy - brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy T.S. jako zawierającej rażąco niską cenę.

W zakresie dowodów z dokumentów złożonych w toku rozprawy przez wykonawcę T.S mających potwierdzać okoliczność braku podstaw do odrzucenia oferty ww. wykonawcy
z uwagi na rażąco niską cenę, za wyrokiem Sądu Okręgowegow Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt: IV Ca 1299/09 wskazać należy, że składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO. Z uwagi na powyższe Izba nie wzięła pod uwagę dowodów z dokumentów złożonych przez Przystępującego w toku rozprawy, a to z uwagi na to, iż winny one zostać złożone Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W końcu odnosząc się do samodzielnego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż zarzut taki ma zbyt ogólny charakter i sprawia, iż nie można mówić o skutecznie postawionym przez Odwołującego zarzucie. Odwołujący się nie powiązał również w treści uzasadnienia odwołania zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzpz kwestionowanymi przez wykonawcę czynnościami Zamawiającego podjętymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na powyższe, w tym wobec niepotwierdzenia się pozostałych zarzutów odwołania, ww. zarzut nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 t.j.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: ……..