Sygn. akt: KIO 776/19

WYROK

z dnia 14 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę: USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn w postępowaniu prowadzonym przez Metro Warszawskie Spółka z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn z przedmiotowego przetargu, nakazuje Zamawiającemu dalsze prowadzenie postępowania w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie rażąco niskiej ceny,

2. kosztami postępowania obciąża Metro Warszawskie Spółka z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Metra Warszawskiego Spółki z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa na rzecz wykonawcy USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 776/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Metro Warszawskie Spółka z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Pełnienie nadzoru archeologicznego przy nadzorowaniu przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. II i III etapu rozbudowy II linii metra", zwanego dalej „postępowaniem", (znak postępowania: WP.25.00019.2019.K.I.PALA).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lutego 2019 r. nr2019/S 0354)79082.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, będącą podstawą zarzutów z niniejszego odwołania, Odwołujący: USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn otrzymał 19 kwietnia 2019 r.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 29 kwietnia 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności i zaniechań Zamawiającego w toku postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z Ustawą odrzucenia oferty Odwołującego, w sposób naruszający przepisy, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza w ocenie Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zasady proporcjonalności i przejrzystości, pomimo, że oferta Odwołującego jest prawidłowa, w szczególności Odwołujący przedstawił stosowne do wymogów wyjaśnienia i dowody, co potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

względnie:

2. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp, w wyniku zaniechania podania jednoznacznego uzasadnienia faktycznego, które legło u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców, w tym zasady proporcjonalności i przejrzystości;
względnie:

3. naruszenie art. 87 ust 1 zd. 1 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp w wyniku zaniechania przeprowadzenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w przypadku istniejących wątpliwości Zamawiającego co do wynagrodzenia części osób dostępnych Odwołującemu podczas realizacji zamówienia, pomimo jednoznacznego wykazania przez Odwołującego, iż takimi osobami dysponuje i przedstawił w tym zakresie stosowne dowody.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania i związaną z nim możliwość realizacji zamówienia przez Odwołującego, a konsekwencji wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w toku prowadzonego postępowania Zamawiający prowadził czynności - w dniu 08 marca 2019 r. wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust 1a ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

Zauważył, że w dniu 14 marca 2019 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający dokonał analizy przedstawionych wyjaśnień oraz dowodów i stwierdził, że do zweryfikowania czy wyjaśnienia są wystarczające, niezbędnym jest potwierdzenie, że osoby, które złożyły oświadczenia potwierdzające dostępność dla Wykonawcy i zobowiązały się do pełnienia określonych w oświadczeniach funkcji, posiadają wykształcenie oraz doświadczenie wskazane przez Zamawiającego w pkt 9.1 ppkt 2 SIWZ.

Zamawiający, w związku z powyższym, w dniu 28 marca 2019 r., wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust 2f ustawy Pzp, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9.1 ppkt 2 SIWZ co było niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazał, że w dniu 08 kwietnia 2019 r. Odwołujący złożył wymagane dokumenty, zaś Zamawiający dokonał analizy przedstawionych dokumentów i uznał, że wątpliwości budzi wynagrodzenie osób dostępnych Odwołującemu podczas realizacji zamówienia,

pełniących nadzór w zakresie archeologii, którymi Odwołujący zobowiązał się dysponować w

oparciu o umowę o dzieło.

Zamawiający uznał, że wynagrodzenie dla ww. osób jest niewspółmiernie niskie w stosunku do rynkowo przyjętych uposażeń archeologów z uprawnieniami.

W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonał odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust 3 ustawy Pzp.

Odwołujący, wnosząc niniejsze odwołania, stwierdził, że podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 w zw. z art. 7 ust 1 uPzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą Pzp odrzucenia oferty Odwołującego, w sposób naruszający przepisy, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza w ocenie Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zasady proporcjonalności i przejrzystości, pomimo, że oferta Odwołującego jest prawidłowa, w szczególności Odwołujący przedstawił stosowne do wymogów wyjaśnienia i dowody, co potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, iż w toku prowadzonego postępowania Zamawiający prowadził czynności w odpowiedzi, na które uzyskiwał od Odwołującego wyczerpujące i odpowiadające wezwaniom odpowiedzi/wyjaśnienia wraz ze stosownymi dowodami, tj.;

1) W dniu 8 marca 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust 1a ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W dniu 14 marca 2019 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający dokonał analizy przedstawionych wyjaśnień oraz dowodów i stwierdził, że jedyna wątpliwość, która była niezbędna do zweryfikowania zagadnienia rażąco niskiej ceny było potwierdzenie, że osoby, które złożyły oświadczenia potwierdzające dostępność dla Wykonawcy i zobowiązały się do pełnienia określonych w oświadczeniach funkcji, posiadają wykształcenie oraz doświadczenie wskazane przez Zamawiającego w pkt 9.1 ppkt 2 SIWZ. Jako

dowód powołał pismo Zamawiającego z dnia 28 marca 2019 r. - w aktach postępowania). Ponad pierwotnie przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia i dowody (złożone przy piśmie z dnia 14 marca 2019 r.), Zamawiający nie formułował i nie oczekiwał dodatkowych wyjaśnień w zakresie wysokości oczekiwał jedynie potwierdzenia, że przedstawione osoby spełniają warunek posiadania odpowiednich kwalifikacji i doświadczenia.

2) Zamawiający, w związku z powyższym, w dniu 28 marca 2019 r., wezwał Odwołującego, na podstawie art 26 ust. 2f ustawy Pzp, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9.1 ppkt 2 SIWZ co było niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. W dniu 08 kwietnia 2019 r. Odwołujący złożył wymagane dokumenty, czym potwierdził - jak stwierdził - jedyną wskazaną dodatkową wątpliwość Zamawiającego.

Odwołujący podniósł okoliczność uznania przez Zamawiającego, że wątpliwości budzi wynagrodzenie osób dostępnych Odwołującemu podczas realizacji zamówienia, pełniących nadzór w zakresie archeologii, którymi Odwołujący zobowiązał się dysponować w oparciu o umowę o dzieło. Zamawiający uznał, że wynagrodzenie dla ww. osób jest niewspółmiernie niskie w stosunku do rynkowo przyjętych uposażeń archeologów z uprawnieniami.

W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonał odrzucenia

oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Według Odwołującego - powyższe stanowisko Zamawiającego jest całkowicie

bezzasadne.

Przede wszystkim wskazał, iż w świetle treści podstawy stanowiącej w ocenie Zamawiającego uzasadnienie prawne dla odrzucenia oferty Odwołującego (art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy Pzp) Odwołujący wypełnił ciążące na nim obowiązki.

Zdaniem Odwołującego - w sprawie nie zachodzi przypadek braku udzielenia wyjaśnień, jak również, nie zachodzi przypadek, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami miałyby potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Oświadczył, że w każdym z dwóch przypadków wezwań Zamawiającego przedstawił stosowne wymagane przez Zamawiającego wyjaśnienia i dowody, których Zamawiający nie

podważył ani nie zakwestionował ich prawidłowości.

W konsekwencji bezpodstawne jest - w ocenie Odwołującego - stwierdzenie Zamawiającego, że wynagrodzenie dla części z osób dostępnych Odwołującemu jest niewspółmiernie niskie w stosunku do rynkowo przyjętych uposażeń archeologów z uprawnieniami - takich przypuszczeń i wniosków Zamawiający z pewnością nie mógł wyciągnąć na podstawie przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów.

Według Odwołującego - w tym względzie Zamawiający nie dokonał rzetelnej i prawidłowej oceny wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez niego, a swoje wnioski oparł na podstawie innych nieznanych Odwołującemu przypuszczeniach lub materiałach, pomimo, że nie zakwestionował prawidłowości dowodów złożonych przez Odwołującego.

Dalej, wywodził, że skoro opisana wątpliwość Zamawiającego w zakresie przedstawionych pierwotnie wyjaśnień ukierunkowana była jedynie na aspekt potwierdzenia kompetencji zespołu osobowego, to w takim zakresie Odwołujący przedstawił stosowne wyjaśnienia i dowody.

Zarzucił, że kierując do odwołującego ponowne wezwanie zamawiający powinien wyczerpująco opisać swoje wątpliwości i wskazać czego dokładnie oczekuje od odwołującego w wyjaśnieniach.

Jednocześnie zauważył, iż sama treść dodatkowego wezwania z dnia 28 marca 2019 r. była wystarczająco jednoznaczna - Zamawiający wskazał jedynie bowiem, że niezbędnym do zweryfikowania czy wyjaśnienia są wystarczające jest „potwierdzenie, że osoby, które złożyły oświadczenia funkcji, posiadają wykształcenie i doświadczenie wskazane przez Zamawiającego w pkt 9.1 ppkt 2 SIWZ.

Skoro zatem Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedstawił stosowne dokumenty potwierdzające, że wytypowane osoby posiadają wykształcenie i doświadczenie wskazane przez Zamawiającego w pkt 9.1 ppkt 2 SIWZ, to tym samym Odwołujący odpowiedział w zakresie dodatkowych wątpliwości Zamawiającego, czym wyczerpał wszelkie wątpliwości, które artykułował Zamawiający.

W tym kontekście ewentualne jeszcze dalej idące wątpliwości czy niejasności Zamawiającego nie mogą działać na niekorzyść Odwołującego, a treść wezwania Zamawiającego musi być wystarczająco jasna.

Niezależnie od powyższych aspektów, podkreślił, iż zaoferował cenę realistyczną, wiarygodną i gwarantującą należyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący w ramach dotychczas realizowanych kontraktów współpracował na analogicznych zasadach wynagradzania przy podobnych kontraktach, które wykonał należycie, co dodatkowo potwierdza, że przedstawiona wycena umożliwia właściwą realizację zamówienia i nie ma jakichkolwiek podstaw dla uznania, że jest ona rażąco niska.

W świetle powyższego obowiązek wyjaśnienia podstaw i sposobu kalkulacji ceny

oferty Odwołującego - w jego przekonaniu - został zachowany, a Odwołujący również w dodatkowym zakresie wezwania udzielił wyczerpujących i odpowiadających wezwaniu Zamawiającego odpowiedzi i przedstawił stosowne dowody.

W konsekwencji skoro przedstawiona wycena Odwołującego wraz z przedłożonymi wyjaśnieniami i dowodami jest wyczerpująca, wskazuje, że cena jest wiarygodna i zakładająca wykonanie zamówienia powyżej kosztów (z zyskiem), co zostało wykazane w toku prowadzonego postępowania, w ramach stosownej procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to tym samym - według Odwołującego - brak jest podstaw dla uznania, iż przedstawiona przez Odwołującego cena jest rażąco niska, w szczególności w związku z tym, iż ewentualne podstawy odrzucenia Odwołującego wyniknęły z innych i nieznanych Odwołującemu pobudek, aniżeli formułowane do Odwołującego w ramach dwóch przeprowadzonych wezwań do złożenia wyjaśnień.

Z podanych powyżej względów dokonane przez Zamawiającego odrzucenie oferty Odwołującego jest bezpodstawne i narusza wskazane przepisy ustawy Pzp.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w wyniku zaniechania podania jednoznacznego uzasadnienia faktycznego, które legło u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zasady proporcjonalności i przejrzystości.

W zakresie przedmiotowego zarzutu Odwołujący podniósł naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 92 ust 1 pkt 3) ustawy Pzp na skutek braku jednoznacznego i precyzyjnego wyjaśnienia podstaw, które stały się powodem odrzucenia oferty.

Zwrócił uwagę na lakoniczne stwierdzenie przez Zamawiającego, iż: „Zamawiający dokonał analizy przedstawionych dokumentów i uznał, że wątpliwości budzi

wynagrodzenie osób dostępnych Odwołującemu podczas realizacji zamówienia, pełniących nadzór w zakresie archeologii, którymi Odwołujący zobowiązał się dysponować w oparciu o umowę o dzieło. Zamawiający uznał; że wynagrodzenie dla ww. osób jest niewspółmiernie niskie w stosunku do rynkowo przyjętych uposażeń archeologów z uprawnieniami".

W kontekście powyższego zauważył, że Zamawiający stwierdził po pierwsze, że wysokość stawek wynagrodzenia wykazanych osób budzi wątpliwości, przy czym Zamawiający nie stwierdził, że jest to wynagrodzenie (koszt), który jest rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia, w okolicznościach podanych przez Odwołującego i w kontekście do sytuacji faktycznej i argumentacji podanej przez Odwołującego, a jedynie, że jest to wynagrodzenie niewspółmiernie niskie w stosunku do rynkowo przyjętych uposażeń archeologów z uprawnieniami, pomimo, że Odwołujący przedstawił wiarygodne i niezakwestionowane dowody świadczące na korzyść Odwołującego.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący zakwestionował wywód Zamawiającego, gdzie ten nie podał podstaw na jakich oparł swoje wnioski, nie odniósł się i nie zakwestionował prawidłowości dowodów przedstawionych w tym zakresie przez Odwołującego, a jednocześnie z nieznanym przyczyn dał prymat własnym ustaleniom odnoszącym się do funkcjonowania rynku, nie podając jakichkolwiek dalszych szczegółów, co uniemożliwiło Odwołującemu dalsze odnoszenie się do ww. aspektów.

Ostatni zarzut odnosił się do naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 1 w zw. z art 90 ust 1-3 ustawy Pzp w wyniku zaniechania przeprowadzenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w przypadku istniejących wątpliwości Zamawiającego co do wynagrodzenia części osób dostępnych Odwołującemu podczas realizacji zamówienia, pomimo jednoznacznego wykazania przez Odwołującego, iż takimi osobami dysponuje i przedstawił w tym zakresie stosowne dowody.

Podniósł, iż przedmiotowy zarzut Odwołujący przedstawił z daleko idącej ostrożności na wypadek nie przesądzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w toku procedury odwoławczej, iż wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny były wystarczające i nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

W zakresie przedmiotowego zarzutu, zauważył, iż Zamawiający pomimo artykułowanych wyjaśnień nie przeprowadził procedury dodatkowego wyjaśnienia wątpliwości, które legły u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego.

Podkreślił przy tym, że w praktyce dopuszczalne jest wieloetapowego prowadzenia wyjaśnień odnośnie ceny zaoferowanej przez wykonawcę.

Pismem z dnia13 maja 2019r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 8 marca 2019r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Odwołującego, odpowiedzi tego wykonawcy z dnia 13 marca 2019r. na to wezwanie wraz z dowodami, ponownego wezwania Zamawiającego z dnia 28 marca 2019r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Odwołującego, odpowiedzi tego wykonawcy z dnia 8 kwietnia 2019r. na to wezwanie wraz z wykazem osób, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 19 kwietnia 2019r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 maja 2019r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu/rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego

odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt 4 oraz art.90 ust.3 w związku z art.7 ust.1, a także art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w przedmiotowym przetargu Państwowe Muzeum Archeologiczne w Warszawie złożyło ofertę z ceną w wysokości 1.411.210,98 zł brutto, zaś Odwołujący w wysokości 1.033.200,00 zł brutto, przy kwocie jaką Zamawiający dedykował do tego zamówienia w wysokości 1.650.168,00 zł brutto.

Izba stwierdziła również, że pismem z dnia 8 marca 2019r. Zamawiający, działając na zasadzie art.90 ust.1 a ustawy Pzp wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w tym jej elementów składowych, z uwzględnieniem przyczyn zaoferowania tak niskiej ceny oraz załączenia dowodów potwierdzających prawidłowe wyliczenie zaoferowanej ceny.

W następstwie tego wezwania Odwołujący pismem z dnia 13 marca 2019r.wyjaśnił zaproponowaną cenę i jej poszczególne składniki.

W swoich wyjaśnieniach Odwołujący szczegółowo podał podstawy kalkulacji, a także kalkulację kosztów.

Izba ustaliła, że przedmiotowa kalkulacja kosztów zawierała wskazanie wynagrodzenia pracowników/osób realizujących zadanie w następujący sposób:

a) Koordynator zespołu odcinek wschodnio - północny (II etap): 28 miesięcy x

.....złotych brutto (umowa o pracę, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) =

.....złotych

b) Koordynator zespołu odcinek zachodni (II etap): 25 miesięcy x .....złotych brutto

(umowa o pracę, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ...złotych

c) Koordynator zespołu odcinek zachodni (III etap): 31 miesięcy x ..złotych brutto (umowa o pracę, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ...złotych

d) Osoba prowadząca bezpośrednio nadzór archeologiczny na odcinku wschodnio - północny (II etap): 28 miesięcy x 3 osoby x ..złotych brutto (umowa o dzieło, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ...złotych

e) Osoba prowadząca bezpośrednio nadzór archeologiczny na odcinku zachodnim (II etap): 25 miesięcy x 2 osoby x ..złotych brutto (umowa o dzieło, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ..złotych

f) Osoba prowadząca bezpośrednio nadzór archeologiczny na odcinku zachodnim (III etap): 31 miesięcy x 4 osoby x ..złotych brutto (umowa o dzieło, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ..złotych

g) Koordynator odpowiedzialny za realizację umowy: 31 miesiące x ..złotych brutto (umowa o pracę, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = ..złotych

h) Osoby zatrudnione na stanowiskach konserwatorów zabytków: 4 osoby x .. złotych brutto (umowa zlecenie, uwzględniono koszt ponoszony przez Wykonawcę) = .. złotych.

Izba stwierdziła również, że Odwołujący podał pozostałe koszty takie jak:

a) Przeprowadzenie kwerendy źródłowej w celu ustalenia historycznej zabudowy - ... .złotych (umowa o dzieło)

b) Opracowanie programu badań archeologicznych -... .złotych

c) Pozyskanie w imieniu zamawiającego pozwolenia na prowadzenie badan archeologicznych -... .złotych

d) Konserwacja i przechowywanie materiału zabytkowego pozyskanego podczas badań -....złotych

e) Koszt wyposażenia pracowników zatrudnionych na umowę o pracę we wszelki niezbędny do realizacji zamówienia sprzęt-... .złotych.

f) Prowadzenia ewentualnych interwencyjnych badań wykopaliskowych reliktów architektury, nawarstwień antropogenicznych, szczątków ludzkich lub obiektów archeologicznych (koszty niezwiązane z pracą ludzką i uwzględniające doraźne zapotrzebowanie zatrudnienia dodatkowych osób), -....złotych - badania w 11 punktach (miejsca budowy stacji) o średniej powierzchni do 10 arów w każdym punkcie (przy średnim koszcie kalkulacyjnym za 1 ar przebadanej powierzchni ... .zł-... .zł); badania poza obrębem budowy stacji - badania w 20 punktach o średniej powierzchni do 5 arów w każdym punkcie (przy średnim koszcie kalkulacyjnym za 1 ar przebadanej powierzchni ... .zł-... .zł).

W wykropkowanych powyżej miejscach wyjaśnień Odwołujący zadeklarował określone wartości, które z uwagi na objęcie ich treścią tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały wskazane(znajdują się w aktach sprawy odwoławczej) w uzasadnieniu wyroku.

Odwołujący wskazał również w wyjaśnieniach wartość rezerwy i szacowany zysk.

Izba ustaliła również, że Odwołujący podał w wyjaśnieniach okoliczności sprzyjające wykonaniu zamówienia w przyjętej przez Wykonawcę cenie (okoliczności obniżające cenę).

Nadto, Odwołujący załączył do wyjaśnień oświadczenia osób dedykowanych do realizacji zamówienia zawierające deklarację wykonania danego zakresu przedmiotu zamówienia za określoną kwotę, a także umowy w tym zakresie.

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że Zamawiający pismem z dnia 28 marca 2019r., w trybie przepisu art.26 ust.2 f ustawy Pzp, wezwał Odwołującego między innymi do złożenia aktualnych na dzień złożenia, następujących oświadczeń i dokumentów - wykazu osób wraz z podaniem wymaganych kwalifikacji zawodowych, uprawnień, niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem podstawy do dysponowania wskazanymi osobami, a Odwołujący pismem z dnia 8 kwietnia 2019r. zastosował się do tego wezwania.

Ostatecznie, Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 19 kwietnia 2019r. odrzucił

ofertę Odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 w zw. z art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe powyższy stan faktyczny, Izba uznała działanie Zamawiającego dotyczące wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Odwołującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp. Okoliczność zasadności wezwania w tym trybie nie była kwestionowana przez Odwołującego.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający mógł skorzystać z cyt. wyżej przepisu

prawa.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu 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.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według zapatrywania Izby Zamawiający taką ocenę dokonał, jednak nie w sposób wszechstronny, bez należytej staranności, co skutkuje brakiem możliwości przyjęcia, że taka ocena została dokonana właściwie w rozumieniu art.90 ust.3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby - Zamawiający nie miał pełnego obrazu dotyczącego zaoferowanej przez Odwołującego ceny, a wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami nie mogła potwierdzić, że oferta ta zawiera rażąco niska cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W swoim wezwaniach Zamawiający zasadnie zażądał wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Jednak, z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie wynikają powody dla których zastosował on wobec wykonawcy taką dotkliwą sankcję w aspekcie rażąco niskiej ceny.

Znajduje to wyraz przede wszystkim w treści samej czynności Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2019r.odrzucenia oferty Odwołującego, gdzie w lakonicznej motywacji stwierdził, że „dokonał analizy dokumentów i uznał, że wątpliwości budzi wynagrodzenie osób dostępnych Państwu podczas realizacji zamówienia, pełniących nadzór w zakresie archeologii, którymi zobowiązaliście się Państwo dysponować w oparciu o umowę o dzieło".

Poza tym Zamawiający stwierdził jedynie, że „wynagrodzenie dla ww. osób jest niewspółmiernie niskie w stosunku do rynkowo przyjętych uposażeń archeologów z uprawnieniami.".

W ocenie Izby - takie uzasadnienie faktyczne nie spełnia przesłanki z art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że zakres podstawy faktycznej wyżej wskazany nie mieści się tym, na który powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13

maja 2019r.

Z treści powyższego dokumentu wynika, że Zamawiający zakwestionował proponowaną przez Odwołującego formę zatrudniania osób prowadzących nadzór archeologiczny na podstawie umowy o dzieło.

Przy czym ustalenia Izby wskazują, że Zamawiający takiego zastrzeżenia nie uczynił w SIWZ, ani nie wyjaśniał w ramach procedury dotyczącej rażąco niskiej ceny.

Nadto, Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie przytoczył własne kalkulacje cenowe w opozycji do wartości zaoferowanych przez Odwołującego, które nie były podane w uzasadnieniu do czynności odrzucenia oferty.

Według Izby - Odwołujący przedstawił wyjaśnienia wraz ze stosownymi kalkulacjami, oświadczeniami i umowami - jako dowód na potwierdzenie ponoszonych, wymaganych przez Zamawiającego kosztów osobowych.

W sytuacji jednak, gdy Zamawiający kwestionował te dowody, jak uczynił to w chwili obecnej, to powinien on ponownie zwrócić się do Odwołującego o wyliczenie konkretnych kosztów osobowych i ewentualne ich szczegółowe wyjaśnienie, które budzą wątpliwości Zamawiającego w ramach zadeklarowanych przez Odwołującego wartości kalkulacyjnych.

Przy czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wprost przyznał, że wynagrodzenie osób dostępnych budzi wątpliwości, jednak tych wątpliwości - w ocenie Izby - nie przesądził, stosownie do przepisu art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Jeżeli zaś Zamawiający pozostawał w przekonaniu, że wynagrodzenie dla osób jest niewspółmiernie niskie w stosunku do rynkowo przyjętych uposażeń archeologów z

uprawnieniami, to w uzasadnieniu faktycznym do czynności odrzucenia oferty Odwołującego powinien przytoczyć pewne źródła z których wynikają te wartości, a także odnieść się do konkretnych wyliczeń i dowodów Odwołującego z wyjaśnień z dnia 13 marca 2019r.

Izba uznała dowody przedłożone na rozprawie przez Odwołującego za odnoszące się do innego zadania i jako takie nie mogły stanowić podstawy do rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu.

W ocenie Izby - celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie przez Zamawiającego faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, inne ustalenia przesadzają o tym, że cena lub koszty są rażąco niskie.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

W rozpoznawanej sprawie takie ustalenia nie zostały poczynione w dacie odrzucenia oferty Odwołującego, a zatem Izba doszła do przekonania, że doszło do naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art. 192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....