

WYROK

z dnia 25 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2019 r. przez wykonawcę SMARTINVEST Obsługa Inwestycji M. B., ul. Ułańska 1a, 64-115

Święciechowa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Pniewy, ul. Dworcowa 37, 62-045 Pniewy

przy udziale wykonawcy PM SERVICES POLAND Sp. z o.o., ul. Zbożowa 4, 70-653 Szczecin, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego SMARTINVEST Obsługa Inwestycji M. B., ul. Ułańska 1a, 64-115 Święciechowa, ponowne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty ze szczegółowym wskazaniem kosztów i okoliczności wymagających wyjaśnienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Pniewy, ul. Dworcowa 37, 62-045 Pniewy, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

SMARTINVEST Obsługa Inwestycji M. B., ul. Ułańska 1a, 64-115 Święciechowa,

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Pniewy, ul. Dworcowa 37, 62-045 Pniewy, na

rzecz odwołującego SMARTINVEST Obsługa Inwestycji M. B., ul.

Ułańska 1a, 64-115 Świąciechowa, kwotę 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 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 Poznaniu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1056/19

#### UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Pniewy, ul. Dworcowa 37, 62-045 Pniewy, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad zadaniem pn. Głęboka termomodernizacja budynków użyteczności publicznej” (nr ref. BZT.271.2.6.2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 kwietnia 2019 r., nr 534036-N-2019. W postępowaniu złożone zostały trzy oferty, w tym m.in.: oferta wykonawcy SMARTINVEST Obsługa Inwestycji M. B., ul. Ułańska 1a, 64-115 Świąciechowa (dalej: „odwołujący”) oraz oferta wykonawcy PM SERVICES POLAND Sp. z o.o., ul. Zbożowa 4, 70-653 Szczecin. Pismem z dnia 29 maja 2019 r. (przesłanym wykonawcom za pośrednictwem poczty) zamawiający poinformował o

odrzuconiu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 10 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, pomimo że z treści przedłożonych wyjaśnień wynika, iż odwołujący w sposób prawidłowy uzasadnił zaofferowaną cenę,
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia ceny, pomimo że w informacji o odrzuceniu oferty zamawiający stwierdza, iż ma wątpliwości co do złożonych wyjaśnień,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
- 4) „inne wskazane w uzasadnieniu odwołania”.

W szczególności odwołujący podniósł, że wezwanie go do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny „było to ogólnikowe wezwanie, bez wskazania na konkretne wątpliwości Zamawiającego, a przede wszystkim bez wskazania, co Odwołujący miał udowodnić Zamawiającemu.

Podkreślenia wymaga również fakt, że wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało

przekazane Odwołującemu za pośrednictwem operatora pocztowego i zostało odebrane przez Smartinvest dopiero w dniu 23 kwietnia 2019, przy czym do dnia 26 kwietnia 2019 r.

odwołujący był zobowiązany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający zatem wyznaczył Odwołującemu bardzo krótki termin na złożenie wyjaśnień i dostarczenie ich do siedziby Zamawiającego.

III. Odwołujący, mimo krótkiego terminu na złożenie pisma, w dniu 26 kwietnia 2019 r. przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie ceny oferty złożonej w niniejszym postępowaniu. Zaznaczyć należy, że Odwołujący szczegółowo wskazał, że oferta została skalkulowana w sposób kompleksowy i obejmuje wszelkie koszty i wydatki związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Ponadto Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację pracy inspektorów poszczególnych branż jak również specjalistów, wskazując dokładną stawkę za godzinę pracy inspektora oraz specjalisty. Odwołujący przedstawił również zbiorcze zestawienie kosztów, w którym obok wyceny pracy inspektorów oraz specjalistów wskazał również koszty paliwa oraz koszty pozostałe. Podsumowując Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, iż dokonał optymalizacji kosztów w związku z prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą.

IV. W dniu 29 maja 2019 r. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego powołując się na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i ust. 3 i uznał ofertę Odwołującego jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W swoim uzasadnieniu Zamawiający zakwestionował wskazane przez Smartinvest koszty paliwa oraz wskazał jaki procent, w jego opinii, powinny stanowić prace związane z nadzorem w stosunku do inwestycji, jaką nadzorują. Co też bardzo istotne, Zamawiający wskazał, że „poddaje w wątpliwość nieskalkulowanie czasu niezbędnego na dojazd do placu budowy, który może stanowić od 2 do 3 godzin dodatkowych”. Takie uzasadnienie odrzucenia oferty jest bezzasadne i pozostaje w sprzeczności z przepisami prawa zamówień publicznych oraz zapisami SIWZ. Podstawę odrzucenia oferty nie mogą stanowić wątpliwości Zamawiającego, a tylko cena rażąco niska tj. taka, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia, a Zamawiający zobowiązany jest wskazać wszystkie, a nie jedynie przykładowe wątpliwe okoliczności uzasadniające dokonaną ocenę.

Mając powyższe na uwadze należy zauważyć, co następuje:

V. Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dalej „SIWZ” pkt 14 zawiera wytyczne w zakresie obliczania ceny oferty, natomiast zgodnie z pkt 14.3 str. 20 Zamawiający wymagał, aby cena zawierała wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji niniejszego zamówienia publicznego, jak również w niej nie ujęte, a które mogą być skalkulowane przez profesjonalny podmiot ubiegający się o realizację przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze należy zauważyć, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie postawił szczególnych wymogów co do sposobu obliczenia ceny oferty. Zgodnie z opisem w SIWZ wykonawcy mieli jedynie podać cenę łączną oferty w załączniku nr 2.1 do SIWZ. Zatem Zamawiający nie wymagał od wykonawców, aby składając ofertę na przedmiot zamówienia dokonali szczegółowego wskazania co składa się na cenę, co wchodzi w zakres ceny. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający wręcz scedował ten obowiązek na wykonawców, uznając, że cena ma być skalkulowana przez podmiot profesjonalny.

VI. Odwołujący dokonał kalkulacji ceny w oparciu o swoją najlepszą wiedzę, praktykę i zgodnie z obowiązującymi go przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Cena zaoferowana przez odwołującego wynosiła 64 800,00 zł (słownie: sześćdziesiąt cztery tysiące osiemset złotych 00/100).

VII. W wyjaśnieniach z dnia 26 kwietnia 2019 r. Odwołujący w sposób kompleksowy odniósł się do każdej skalkulowanej przez siebie pozycji. Ponadto wskazał Zamawiającemu, iż zoptymalizował koszty związane z prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą. Odwołujący podkreślił również, że usługa jest najważniejszym elementem cenotwórczym w kalkulacji przedmiotu zamówienia obejmującego czynności nadzoru.

VIII. Zamawiający w sposób nieuprawniony a wręcz autorytarny uznał, co powinno się znaleźć w cenie, pomimo że pierwotnie, zgodnie z zapisami SIWZ, obowiązek ten przerzucił całkowicie na wykonawców, uznając ich za profesjonalne podmioty władne do dokonania takiej kalkulacji. Ponadto Zamawiający za pewne uznał fakty, których istnienie jedynie domniemywał, natomiast nie miał pewności, że zaistnieją w niniejszej sprawie. Zamawiający bowiem założył, że pracownicy Odwołującego będą dojeżdżać ok. 190 km, pomijając zupełnie okoliczność, że mogą być to specjaliści z terenu miejscowości lub powiatu, w którym będzie realizowane zamówienia. Zamawiający stwierdził również, że „sporządzona

przez Wykonawcę kalkulacja nie przedstawia pozostałych kosztów związanych z prowadzeniem działalności takich jak np. koszty utrzymania pojazdu służbowego, koszty administracyjne oraz pozostałe” pomijając zupełnie fakt wskazania pozycji: pozostałe koszty wyżej nie wymienione i wyceny ich na 1000,00 zł (słownie: tysiąc złotych).

W świetle powyższego należy uznać, że czynność uznania oferty Smartinvest za ofertę zawierającą rażąco niską cenę i w konsekwencji odrzucenie jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp pozostaje w sprzeczności z przedłożonymi przez Smartinvest wyjaśnieniami oraz zapisami SIWZ.

(...) Zamawiający zatem miał obowiązek definitywnego wyjaśnienia ceny oferty i chcąc odrzucić ofertę jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę, powinien mieć pewność co do tego, że wykonawca w sposób właściwy nie uzasadnił ceny swojej oferty. Taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Zauważyć należy, że Zamawiający w swojej informacji o odrzuceniu oferty pisze o posiadaniu wątpliwości w danym zakresie. Zamawiający na tym etapie nie może pozwolić sobie na wątpliwości, Zamawiający musi być pewien każdego elementu kalkulacji ceny i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. (...)

Zamawiający natomiast nie skorzystał z przysługującego mu prawa do ponownego zapytania odwołującego choćby o sposób kalkulowania kosztów paliwa. Zamawiający poczynił jedynie własne wyliczenia i uznał je za właściwe, pomijając wyliczenia przedłożone przez Odwołującego. Podkreślenia wymaga również to, że w razie powzięcia jakichkolwiek wątpliwości w zakresie treści oferty Zamawiający mogą, a nawet są zobligowani do skorzystania z instytucji wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty, co nie miało miejsca w niniejszym Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, czynność Zamawiającego polegającą na uznaniu oferty Smartinvest za ofertę zawierającą rażąco niską cenę i w konsekwencji odrzucenie jej, należy uznać za bezpodstawną i w żaden sposób nie popartą zebranymi w sprawie dokumentami, natomiast niniejsze odwołanie za uzasadnione i konieczne.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert y odwołującego.

Pismem z dnia 13 czerwca 2019 r. wykonawca PM SERVICES POLAND Sp. z o.o., (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 21 czerwca 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził m.in.:

„W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów związanych z okolicznościami wskazanymi w wyjaśnieniach a związanych z wysokością poszczególnych elementów cenotwórczych. Ponadto jego wyjaśnienia pozostawały na dużym poziomie ogólności i nie mogły być uznane przez Zamawiającego za zasadne. Zamawiający wskazuje, że na jego decyzję miały wpływ następujące argumenty:

- 1) Odwołujący tylko w jednej pozycji uwzględnił koszty związane z dojazdami na budowę i są to jedynie koszty paliwa. Koszty te, jak zostało wskazane szczegółowo w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty, są znacznie zaniżone w stosunku do odległości pomiędzy siedzibą Odwołującego a placem budowy. Tłumaczenie Odwołującego zawarte w odwołaniu, że wykonawca może posłużyć się osobami z terenu miejscowości lub powiatu, w którym zamówienie będzie realizowane, nie jest wiarygodne. Odwołujący nie powołał się w ogóle na taką okoliczność w piśmie z dnia 26 kwietnia 2019 r. jako na okoliczność, która uzasadnia oszczędności, a ponadto nawet w odwołaniu nie przedstawił żadnych konkretnych w tym względzie (nie wykazał, że współpracuje z osobami mieszkającymi w Pniewach lub na terenie powiatu szamotulskiego).
- 2) Oprócz kosztów paliwa Odwołujący nie uwzględnił innych kosztów związanych z dojazdami, tj. amortyzacji, ubezpieczenia, utrzymania pojazdu służbowego.
- 3) Odwołujący nie skalkulował kosztów roboczogodzin pracowników związanych z dojazdami na budowę (wiadomym jest, że Odwołujący musi liczyć się z tym, że nawet osobom, z którymi zawarł umowy cywilnoprawne musi zrekompensować czas podróży

— szczególnie, gdy dojazd pochłania wiele godzin 2-3 h, na co dodatkowo nakłada się bardzo niska stawka za jedną godzinę pracy na stanowisku inspektora, czy specjalisty skalkulowana przez Odwołującego; 25 zł brutto jest kwotą niższą niż jedna roboczogodzina wykwalifikowanego tynkarza).

4) Odwołujący nie skalkulował także innych kosztów, ew. kosztów ogólnych, w tym kosztów administracyjnych.

W zakresie braku kalkulacji wszystkich kosztów, nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że koszty te mogą być ujęte w pozycji „pozostałe”. Tym bardziej, że sam Odwołujący wskazał w tabeli, że ta pozycja to ewentualne dodatkowe koszty wynikające z przedłużenia terminu zakończenia inwestycji. Ponadto do tej pozycji przyporządkowano jedynie 1.000,00 zł, więc nie jest wiarygodnym twierdzenie, że wszelkie koszty, które nie zostały uwzględnione w innych pozycjach są zawarte właśnie tutaj.

Nie mogło odnieść zamierzonego skutku także powołanie się przez Odwołującego na okoliczność prowadzenia działalności w bliskiej odległości od Zamawiającego. Po pierwsze dlatego, że wcale nie są to bliskie odległości:

1. Rawicz— oddalony jest od Zamawiającego o 134 km w jedną stronę,
2. Poznań — oddalony jest od Zamawiającego o 51 km w jedną stronę,
3. Brzeg Dolny — oddalony jest od Zamawiającego o 176 km. w jedną stronę.

Po drugie — Odwołujący nie wskazał konkretnie, jak ten czynnik wpłynie na konkretne pozycje cenowe.”

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał m.in., że z jego doświadczenia na innych inwestycjach wynika, że średnia wartość usługi nadzoru inwestorskiego wynosi 2,28% wartości nadzorowanych robót budowlanych, podczas gdy w niniejszym postępowaniu złożono dwie oferty z cenami stanowiącymi 1,93% i 1,05% wartości robót budowlanych, zaś cena trzeciej oferty, tj. oferty odwołującego stanowi 0,53% wartości robót budowlanych.

Zamawiający dodał też, że: „W świetle przepisów PZP Zamawiający nie ma obowiązku wzywać ponownie wykonawcę do przedstawienia wyjaśnień. Prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może z kolei uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy, a zamawiający nie musi wielokrotnie wzywać wykonawcy do wyjaśnień szczególnie w sytuacji, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólnikowe, wymijające i nieprzekonujące. Zasadniczo bowiem wezwanie ma charakter jednokrotny, a kierowanie ponownego wezwania do wykonawcy, który uchyła się przed przedłożeniem wyczerpujących informacji godziłoby w prawa innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.”

Pismem z dnia 21 czerwca 2019 r. również przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie, zaś w piśmie złożonym w trakcie posiedzenia odwołujący odniósł się m.in. do stanowiska przystępującego.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad termomodernizacją budynków szkolnych na terenie Gminy Pniewy.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi: 213.051,27 zł netto, 262.053,06 zł brutto.

Średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi: 143.860,67 zł brutto.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 64.800,00 zł.

Z powyższego wynika, że cena oferty odwołującego jest niższa o ok. 75% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 55% od średniej arytmetycznej

złożonych ofert.

W pkt 14.3. siwz zamawiający wskazał, że „cena musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji niniejszego zamówienia publicznego, jak również w niej nie ujęte, a które mogą być skalkulowane przez profesjonalny podmiot ubiegający się o realizację przedmiotowego zamówienia”.

W § 3 ust. 1 projektu umowy zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty. Zamawiający przytoczył treść ww. przepisu oraz załączył: kserokopię z otwarcia ofert (z cenami wszystkich trzech wykonawców) i informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (250.000,00 zł).

Pismem z dnia 26 kwietnia 2019 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał w szczególności: „W przedmiotowym zamówieniu, głównym elementem cenotwórczym jest usługa, jaką świadczą pracownicy pełniący funkcje inspektorów nadzoru, a więc zależna jedynie od indywidualnych umów cywilno-prawnych. Umowy, które zawieramy z osobami świadczącymi funkcje inspektorów przewidują miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe za wszystkie realizowane na naszą rzecz kontrakty. Mając na uwadze powyższe, nawet jeżeli okazałoby się, że liczba wizyt inspektorów na budowie będzie w praktyce większa niż skalkulowana w poniższej tabeli, będziemy w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów. Okres, na który zawarte zostały powyższe umowy obejmuje cały okres realizacji zamówienia plus dodatkowe 6 miesięcy. Na podstawie wskazanych umów inspektorzy dodatkowo zobowiązani są do przygotowywania w ramach wynagrodzenia ryczałtowego wszelkich dokumentów wymaganych w SIWZ oraz umowach zawieranych z inwestorami (w tym sprawozdań, wyjaśnień, protokołów)”.

W dalszej części wyjaśnień odwołujący wskazał na wykonywane przez siebie inne usługi nadzoru w Rawiczu, Poznaniu i Brzegu Dolnym i wskazał ich ceny.

Następnie odwołujący przedstawił kalkulacje:

„Kalkulacja wyceny pracy inspektorów poszczególnych branż:

Czas trwania inwestycji: 72 tygodnie  
Ilość wizyt w tygodniu: 2

Ilość godzin spędzonych na budowie w trakcie wizyty: 3  
Stawka roboczogodziny: 25,00 PLN.

Koszt pracy inspektorów pojedynczej branży:  $72 \times 2 \times 3 \times 25,00 = 10\ 800$  PLN brutto.  
Kalkulacja wyceny pracy specjalistów:

Czas trwania inwestycji: 72 tygodnie  
Ilość wizyt w tygodniu: 1

Ilość godzin spędzonych na budowie w trakcie wizyty: 3  
Stawka roboczogodziny: 25,00 PLN.

Koszt pracy specjalisty pojedynczej branży:  $72 \times 1 \times 3 \times 25,00 = 5\ 400$  PLN brutto.

Zbiorcze zestawienie kosztów przyjętych do oferty.

Pozycja	Ilość	Jednostka	Wartość brutto [PLN]
INSPEKTOR: Inspektor architektoniczny	1	komplet	10 800,00
INSPEKTOR: budowlany - koordynator	1	komplet	10 800,00
INSPEKTOR: Elektryczny	1	komplet	10 800,00
INSPEKTOR: Sanitarny	1	komplet	10 800,00
SPECJALISTA: Nadzory konserwatorskiego	1	komplet	5 400,00
SPECJALISTA: Ornitologiczny	1	komplet	5 400,00
SPECJALISTA: Chiropterologiczny	1	komplet	5 400,00
Koszty paliwa	1	komplet	3 400,00

Pozostałe koszty wyżej niewymienione + ewentualne			
dodatkowe koszty wynikające z przedłużenia terminu	1	komplet	1 000,00
zakończenia inwestycji			
Zysk	1	komplet	1 000,00
SUMA			64 800,00

Jednocześnie wyjaśniam, że skalkulowana cena nie jest obniżona. Doświadczenie zdobyte podczas prowadzenia własnej działalności oraz inwestowanie w prowadzoną firmę pozwoliło zoptymalizować koszty i znacząco wpływa na możliwość oferowania niższej ceny w stosunku do konkurencji. Różnica w stosunku do budżetu Inwestora wynika z indywidualnych kalkulacji sporządzonych na podstawie własnego doświadczenia i środków, jakimi dysponuje Inwestor nie będąc jednocześnie powiązana z wartością rynkową.”

Pismem z dnia 29 maja 2019 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

„W przesłanych w dniu 26 kwietnia 2019 r. wyjaśnieniach Wykonawca przedstawia:

- koszty paliwa na dojazd do miejsca pracy przez okres 72 tygodni pracy na poziomie brutto 3.400,00 zł. Z obliczeń Zamawiającego wynika, że odległość niezbędna do przejechania z siedziby firmy na teren gminy Pniewy w celu przeprowadzenia jednej wizyty na placu budowy wynosi 190 km (w obie strony). W trakcie 72 tygodni powinny nastąpić 144 wizyty, co skutkuje koniecznością przejechania łącznie 27.360 km. Zestawienie wyliczeń średniego zużycia paliwa oraz przewidywanych kosztów przedstawia poniższa tabela:

	Benzyna 95	ON	LPG
Cena [zł]*	5,11	4,99	2,05
Ilość spalanych [dm <sup>3</sup> /100 km]	7	6	8
Ilość kilometrów niezbędnych do przejechania	27360	27360	27360
Koszt paliwa w okresie objętym umową [zł]	9 786,67	8 191,58	4 487,04

\*Najniższa cena w województwie wielkopolskim wg strony internetowej (stan na dzień 27.05.2019 r.).

Wykonawca w wyjaśnieniach nie wykazał innych, poza wymienionymi powyżej, danych mających wpływ na koszty transportu.

- całościową kalkulację oferty brutto na kwotę 64.800,00 zł, gdzie z obliczeń Zamawiającego wynika, iż stanowi to 24,73% szacowanej wartości zamówienia. Zamawiający ustalając szacowaną wartość zamówienia kierował się zasadami panującymi na rynku oraz procentowymi wskaźnikami jakie wyliczył podczas analizy zleconych przez siebie nadzorów na roboty prowadzone na obiektach będących własnością Gminy Pniewy. Dotychczasowy koszt zawarty przez Zamawiającego umów na usługi pełnienia nadzoru inwestorskiego mieszczą się w granicach 1,33% - 3,51% (średnio 2,28%) w stosunku do kosztu wykonywanych robót budowlanych. W związku z powyższym oraz ze względu na obszerny zakres inwestycji i konieczność zaangażowania specjalistów nie wymaganych przy poprzednich inwestycjach (nadzór konserwatorski, ornitolog, chiropterolog), Zamawiający przyjął do szacowania wartości zamówienia 2% kosztów całkowitej wartości robót budowlanych określonej na podstawie kosztorysów inwestorskich,

- ilość czasu spędzonego na budowie w trakcie wizyty na 3 godziny. Zamawiający poddaje w wątpliwość nieskalkulowanie czasu niezbędnego na dojazd do placu budowy, który może stanowić od 2 do 3 godzin dodatkowych,

W sporządzonych przez Wykonawcę kalkulacja nie przedstawia pozostałych kosztów związanych z prowadzeniem działalności takich jak np. koszty utrzymania pojazdu służbowego, koszty administracyjne oraz pozostałe.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej, należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaofferowana 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 wycieszenia 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub 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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś 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. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zamawiający może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, co z pewnością ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu - ich ocenę. Jednocześnie jednak zamawiający nie ma obowiązku zawierania w wezwaniu do wykonawcy takich szczegółowych pytań odnoszących się do ceny jego oferty, gdyż z żadnego przepisu ustawy Pzp obowiązek taki nie wynika. Zamawiający może zatem ograniczyć się w wezwaniu do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże powinien wówczas liczyć się z tym, że wykonawca może nie uznawać za istotne tych samych kosztów, czy okoliczności, które uznaje za istotne zamawiający i w konsekwencji jego wyjaśnienia w zakresie określonych informacji mogą nie być dla zamawiającego

wystarczające. Jest to sytuacja, która w konkretnych okolicznościach faktycznych, może uzasadniać ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ze wskazaniem tym razem, co konkretnie budzi wątpliwości zamawiającego.

Jednocześnie należy wyjaśnić, że odrębną przesłanką decydującą o tym, czy zasadne jest powtórne wezwanie wykonawcy o wyjaśnienia, jest treść udzielonych przez niego pierwotnie wyjaśnień. Zamawiający mają bowiem prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty. Udzielenie takich wyjaśnień (ogólnych i lakonicznych, nic nie wnoszących do sprawy) należy uznać w istocie za brak udzielenia wyjaśnień, zaś ponowienie próby o ich złożenie - za naruszające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp „danie wykonawcy drugiej szansy”.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy należy zauważyć, że udzielone przez odwołującego wyjaśnienia zawierają szereg konkretnych informacji, takich jak:

- to, że w umowach zawieranych z inspektorami przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe, co powoduje, że w przypadku zwiększenia liczby wizyt na budowie, nie będzie konieczne ponoszenie przez odwołującego zwiększonych kosztów,
- to, że w umowach zawieranych z inspektorami przewidziane są obowiązki w zakresie przygotowywania dokumentów, zatem ten zakres przedmiotu zamówienia został w kalkulacji uwzględniony,
- koszty pracy inspektorów nadzoru i specjalistów wraz ze sposobem ich wyliczenia,
- koszty paliwa (bez sposobu wyliczenia),
- koszty pozostałe, w tym wynikające z przedłużenia terminu zakończenia inwestycji, reprezentowanie przed sądami, większa częstotliwość wizyt związana np. z odbiorem robót zanikowych (bez sposobu wyliczenia).

Izba zgadza się z zamawiającym i przystępującym, że wyjaśnienia odwołującego mogą budzić wątpliwości w zakresie wskazanym w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, a nawet szerszym, np. wysokości wynagrodzenia za godzinę pracy inspektora i specjalisty. Niemniej jednak, nie można w tym konkretnym przypadku uznać, że odwołujący złożył całkowicie ogólnikowe i nic nie wnoszące do sprawy wyjaśnienia, które obligowałyby zamawiającego do odrzucenia oferty bez ponownego wezwania do bardziej szczegółowych wyjaśnień.

Biorąc zatem pod uwagę, że:

- wyjaśnienia odwołującego z dnia 26 kwietnia 2019 r. zawierały jednak szereg konkretnych informacji z zakresu kalkulacji ceny oferty,
- wezwanie zamawiającego miało charakter ogólny nie pozwalając tym samym wykonawcy na domyślenie się, co jeszcze dodatkowo dla zamawiającego może być istotne,
- w treści odwołania i na rozprawie odwołujący podał dodatkowe argumenty, które powinny zostać poddane ocenie zamawiającego (np. zamiar wykonywania części usługi samodzielnie, wynagrodzenie dla siebie jako inspektora obok przewidywanego zysku, niższa procentowa wartość nadzoru w innych inwestycjach, zamieszkiwanie planowane do zatrudnienia kadry w pobliżu siedziby zamawiającego, realizacja usługi w 2019 r. tylko w 2-ch lokalizacjach spośród 4-ch),

należy uznać, że zachodzą podstawy do tego, aby wezwać odwołującego ponownie do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Wezwanie do wyjaśnień (z odpowiednio długim terminem na ich udzielenie) powinno przy tym szczegółowo wskazywać, które informacje zawarte w pierwotnych wyjaśnieniach budzą wątpliwości zamawiającego i dlaczego, jakich dodatkowych informacji, niezawartych w pierwotnych wyjaśnieniach, zamawiający oczekuje, jak też powinno zawierać żądanie udokumentowania informacji wskazanych w drugich

wyjaśnieniach.

Tym samym, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty odwołującego dotyczące niezasadnego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i zaniechania wezwania do ponownych wyjaśnień. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....

KIO 1056/19