

Sygn. akt: KIO 3299/20

.....

**WYROK**  
z dnia 21 stycznia 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez Odwołującego – **GRAPH'IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Stępińska 22/30/424, 00-739 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej**, ul. Duboisa 68, 07-399 Ostrów Mazowiecka

przy udziale

Wykonawcy **Archimmodicus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** ul. Kluczborska 13/1A, 50-323 Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

**2** Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – GRAPH'IT Sp. z o.o. 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 tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2 zasądza od Odwołującego – GRAPH'IT Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej kwotę 3.517,00 zł (słownie: trzy tysiące pięćset siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 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 3299/20

**Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – SPZ Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej na: *Wykonanie projektu budowlano-wykonawczego rozbudowy budynku Szpitala Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej* (nr postępowania SPZOZ.XII.381.15.2020), ogłoszonym w biuletynie zamówień publicznych w dniu 18.08.2020r., nr ogłoszenia 575584-N-2020, wobec czynności polegającej na badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej (Archimmodicus Sp. z o.o. Sp. k.), wykonawca GRAPH'IT Sp. z o.o. wniósł w dniu 14 grudnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3299/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności polegającej na uznaniu dokonanego przez Archimmodicus zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia oraz samych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny ewentualnie załączonych do nich dokumentów, jako zastrzeżenia bezskutecznego nie spełniającego wymogów określonych w art. 11 ust. 2 UZNK oraz zaniechaniu odtajnieniu tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu pomimo tego, że wykonawca nie wykazał ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK;
- 2.art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Archimmodicus z postępowania pomimo, że w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt III ppkt 1.1.3 lit. a siwz, tj. w zakresie posiadanego doświadczenia;
- 3.art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Archimmodicus z postępowania pomimo, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt III ppkt 1.1.3 lit. a siwz, tj. w zakresie posiadanego doświadczenia;
- 4.art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Archimmodicus z postępowania na podstawie tego art. pomimo, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt III ppkt 1.1.3 lit a siwz w zakresie posiadanego doświadczenia;
- 5.art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Archimmodicus pomimo tego, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako nieskuteczne i odtajnienie wyjaśnień oraz załączonych dokumentów, wykluczenia Archimmodicus na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17, odrzucenia oferty

Archimmodicus na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 8.12.2020r.

#### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący odniósł się do warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III ppkt 1.1.3 lit. a) siwz, którego spełnienia miał nie wykazać wykonawca wybrany, a jakim było wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch usług w zakresie wykonania dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i wykonawczego) dotyczącej budowy/modernizacji obiektów o powierzchni nie mniejszej niż 3.000 m<sup>2</sup> o wartości co najmniej 500.000,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał na niedostateczną w jego ocenie treść wyjaśnień z dnia 5.11.2020r. (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) dotyczących zaoferowanej ceny, która stanowiła 58% wartości szacunkowej zamówienia brutto (1.117.509,12 zł.). Zamawiający w korespondencji z dnia 9.12.2020r. odmówił udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień, które uznał za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uwagi na ogólnie sformułowane uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień nie mogło ono być uznane za spełniające art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

Według Odwołującego wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do faktu wykonania zlecenia na rzecz Zespołu Opieki Zdrowotnej w Wągrowcu – wykonania dokumentacji projektowej dla zadania „Rozbudowa i dostosowanie do aktualnych wymagań istniejącego obiektu Szpitala ZOZ w Wągrowcu”. ZOZ w Wągrowcu udzielił zamówienia konsorcjum: Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy GRAJAN J. G., GRAJAN Sp. z o.o. oraz Firma Usługowo-Handlowa E. Ś. . Archimmodicus nie mógł realizować tych prac na rzecz Zamawiającego. Ponadto, umowa zawarta z konsorcjum została przedwcześnie rozwiązana, a wartość dokumentacji projektowej była mniejsza, niż wymagane 500.000,00 zł brutto. Ponieważ działanie Archimmodicus było co najmniej rażąco niedbałe, spełnione zostały przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Przepisy ustawy nie przewidują możliwości sanowania nieprawdziwych informacji i wezwania wykonawcy, który takie informacje przedstawił do złożenia informacji niewadliwych lub poprawienia informacji złożonych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zaoferowanej ceny wykonawca została wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Ustawy i złożenia dowodów na okoliczność realności zaoferowanej ceny. Złożone wyjaśnienia nie mogą uzasadniać zaoferowania tak niskiej ceny, w szczególności z uwagi na brak wskazania obiektywnych i konkretnych okoliczności dostępnych wyłącznie temu wykonawcy.

Na posiedzeniu niejawnym w dniu 21.01.2021r. Odwołujący cofnął zarzuty z pkt 1 – 4 odwołania. Podtrzymał zarzut nr 5, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Archimmodicus pomimo tego, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 18.12.2020r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Archimmodicus Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z 21.01.2021r.) i wniósł o jego oddalenie w całości.

#### **Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu ma interes w złożeniu odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Sytuacja Odwołującego wymaga podjęcia kroków prawnych w celu uchylenia skutków niekorzystnych dla tego wykonawcy decyzji uniemożliwiających udzielenie mu zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w zakresie związanym z podstawą faktyczną zarzut, tj. oceną wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty Archimmodicus Sp. z o.o. sp. k., Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutem.

Zamawiający przed ogłoszeniem postępowania oszacował wartość zamówienia na kwotę 908.544,00 zł netto – przeznaczając na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.117.510,00 zł brutto, którą podał przy otwarciu ofert.

W postępowaniu złożonych zostało 7 ofert z cenami: 584.250,00 zł brutto (oferta odrzucona), 649.809,00 zł brutto (Archimmodicus Sp. z o.o. sp.k.), 767.520,00 zł brutto (oferta Odwołującego), 848.109,60 zł brutto (Konsorcjum: Neon, Bór), 1.033.200,00 zł brutto (Architektura&Consulting), 1.105.770,00 zł brutto (STUDIO „A”), 1.107.000,00 zł brutto (Konsorcjum Demiurg).

Zamawiający wezwał pismem z dnia 29.10.2020 r. Wykonawcę Archimmodicus Sp. z o.o. sp.k. do złożenia wyjaśnień, cytując w wezwaniu przepis art. 90 ust 1 pkt 1 i 2 Ustawy. Wyjaśnienia należało złożyć do 5.11.2020r.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 5.11.2020r., w których wskazał na możliwość ograniczenia kosztów dojazdu w związku z realizowaną w okolicy inwestycją, na którą to okoliczność przedstawił kopię umów. Ponadto, możliwość ograniczenia kosztów dotyczący wynajmu lokalu od komplementariusza (członka zarządu), korzystania z własnych zasobów sprzętowych (urządzeń drukujących, sprzętu do bindowania), rozdziału kosztów zatrudnienia na inne pozyskane zlecenia. Wykonawca wskazał na ograniczenie kosztów osobowych wynikające z udziału w pracach dwóch członków zarządu komplementariusza, którzy nie podbijają wynagrodzenia, a korzyści z realizacji zamówienia uzyskują z zysku oraz dywidendy. Zespół projektowy jest wyposażony w odpowiedni sprzęt komputerowy wraz z oprogramowaniem i wieczystymi licencjami i realizuje inne projekty po cenie niższej, na którą to okoliczność przedłożył kopię referencji i przedstawił koszt dokumentacji odpowiednio wyliczony dla 1 m<sup>2</sup> na 109,88 zł brutto oraz 107,62 zł brutto. Przy wielkości obiektu dla którego ma być przygotowana dokumentacja wynoszącej 4.600 m<sup>2</sup>, koszt dokumentacji

wynosi w przeliczeniu za 1 m<sup>2</sup> - 141,26 zł. brutto. Wykonawca załączył szczegółową kalkulację składników prezentowaną w tabeli dla zaoferowanej ceny oferty brutto 649.809,00 zł. Szczegółowa kalkulacja prezentuje wartość prac projektowych, koszty oraz zysk (łącznie w 25 pozycjach tabeli). Wskazał również na udział pomocy publicznej uzyskanej w związku z pandemią SARS COV-2 uzyskaną w 2020 r. w wysokości 210.586,00 zł.

Zamawiający wybrał ofertę Archimmodicus Sp. z o.o. sp.k. w dniu 8.12.2020r.

W piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca Archimmodicus Sp. z o.o. sp.k. uzupełniając treść wyjaśnień odniósł się szerzej do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, w tym załączył dalsze dowody, m.in. decyzję w sprawie umowy subwencji z 7.05.2020r., zawartej z Polskim Funduszem Rozwoju S.A., stwierdzającą pozytywną weryfikację spełnienia warunków do otrzymania subwencji finansowej na kwotę 210.586,00 zł. Wykonawca przedłożył również kolejne umowy jakie zawarł na wykonanie dokumentacji projektowej/koncepcji, wyciąg z księgi wieczystej dla lokalu przy ul. Kluczborskiej 13, przykładowe zapytania dotyczące najmu powierzchni biurowej.

#### **Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba oddaliła odwołanie.**

W związku z ograniczeniem przed otwarciem rozprawy odwołania do jednego zarzutu Izba rozpoznała odwołanie w zakresie dotyczącym oceny wyjaśnień zaoferowanej ceny najkorzystniejszej oferty (Archimmodicus Sp. z o.o. sp. k.), a w konsekwencji czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Odwołujący swoją argumentację prawną sprowadził do wykazania niedostatecznej treści wyjaśnień, co miało wynikać zarówno z rzekomej ogólnikowości prezentowanych informacji jak i braku dowodów i prowadzić powinno do uznania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący nie prezentował żadnych nowych dowodów, w szczególności pozwalających uznać przedstawione w wyjaśnieniach stawki, jako nierynkowe. Dotyczy to zarówno wyliczonej stawki przygotowania dokumentacji w przeliczeniu na 1m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej obiektu, jak i stawek przyjętych w kalkulacji szczegółowej (tabela). Z drugiej strony przystępujący po stronie Zamawiającego będąc zobowiązanym do wykazania przed Izba, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska (art. 190 ust. 1a Ustawy) uzupełnił materiał dowodowy odnoszący się do okoliczności poruszonych w wyjaśnieniach z dnia 5.11.2020 r., w tym przedłożył kopię umowy zawartej z PFR, dotyczącą uzyskanej subwencji (pomocy finansowej w związku z pandemią SARS COV-2), na którą to okoliczność wskazał w wyjaśnieniach podając kwotę uzyskanego dofinansowania.

Oceniając przedstawione dowody, w tym przede wszystkim wyjaśnienia z 5.11.2020r. wraz z załączonymi do nich dowodami Izba doszła do przekonania, iż wykonawca w sposób przekonujący wykazał realność ceny ofertowej (rozwiązał podejrzenie wywołane porównaniem z szacowaną wartością zamówienia), a Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż cena jest rażąco niska. Na wstępie należy podkreślić, iż charakter przedmiotowej usługi mógł prowadzić do dużych dysproporcji w cenach, które zasadniczo opierały się na wycenie prac intelektualnych, stanowiących zasadniczy element prac. Wskazuje na to zestawienie ofert, które zasadniczo można podzielić pod względem cena na dwie grupy, znacząco odbiegające w wycenie. Trzy z siedmiu oferty przekraczały kwotę 1 mln zł. (będąc zbliżonymi do szacunku Zamawiającego), a pozostałe zawierały ceny znacznie niższe i zbliżone do siebie. Zarówno oferta wybrana, jak i oferta Odwołującego znajduje się w grupie ofert tańszych i znacznie odbiegających od szacowanej wartości zamówienia, co stanowiło podstawę do wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Ustawy. Zamawiający wzywając Archimmodicus do złożenia wyjaśnień nie wskazał żadnego z elementów kalkulacyjnych, którego szczegółowego wyjaśnienia oczekiwał, jako budzący jego wątpliwości. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy były sporządzone w takim zakresie, aby przekonać o sprzyjających dla kalkulacji kosztów warunkach realizacji prac według własnego przygotowania do realizacji prac. W przypadku oferty wybranej, wykonawca wskazał na obiektywne czynniki, tj. fakt uzyskania pomocy finansowej w związku z pandemią, jak również posiadane zaplecze techniczne, w tym w szczególności dotyczące stanowisk pracy wyposażonych w oprogramowanie i sprzęt oraz zasoby kadrowe. Nie można również pominąć szczegółowego wyliczenia kosztów własnych, których oceny Izba dokonała przy braku dowodów wskazujących na nierealność przyjętych tam stawek. Odwołujący z zasady kwestionował wartość zestawienia prezentowanego w tabeli, a to właśnie to zestawienie przedstawiało szersze spojrzenie na założenia przyjęte do kalkulacji ceny za usługę zasadniczo wymagającą indywidualnej wyceny prac intelektualnych prezentowanej w wycenie ryczałtowej oferty. Izba uznała, iż Odwołujący powinien był (znając przed rozprawą konkretne kwoty z zestawienia) odnieść się co najmniej do wadliwości założeń – stawek, jako nierynkowych. Nie prezentował w tym zakresie żadnej argumentacji, którą Izba mogłaby podnieść jako okoliczność podważającą te założenia.

Odnosząc się zatem do argumentów Odwołującego Izba uznała, iż wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnikowego, a wykonawca prezentował konkretne informacje pozwalające ocenić kalkulację jako rzetelną i uwzględniającą zysk. Wykonawca wskazał konkretne stawki, w tym stawkę wykonania dokumentacji w przeliczeniu na 1m<sup>2</sup> powierzchni obiektu, jak również stawki przyjęte dla poszczególnych elementów prac – prezentowane w tabeli. Załączył również dowody w postaci zawartych już umów, które jego wyjaśnienia uwiarygodniały. Chociaż wykonawca nie przedstawił ofert podwykonawców, to nie dyskwalifikowało to informacji prezentowanych w wyjaśnieniach, jako nieistotnych, czy też niewiarygodnych. Skoro wykonawca nie miał ofert podwykonawców, a przygotowując ofertę przyjmował swoje założenia kalkulacyjne, to Zamawiający zobowiązany był odnieść się do tych okoliczności i je ocenić. Skoro brak było dowodów wskazujących na wadliwość tych założeń, a wykonawca przedstawił przykładowe inne umowy wraz z obiektywnym wyliczeniem stawki, to nie było podstaw do oceny wyjaśnień jako niespójnych, czy też lakonicznych. Jak wskazano na wstępie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby na nierealność kalkulacji, a jako strona kwestionująca czynność Zamawiającego również ponosi konsekwencje braku wykazania słuszności twierdzeń, z których wywodzi dla siebie skutki prawne (nie jest zwolniony z ciężaru dowodowego). Samo negowanie treści wyjaśnień bez odniesienia się do konkretnych okoliczności opisanych w wyjaśnieniach, nie pozwalało odmiennie ocenić tych okoliczności. Izba dysponowała wyłącznie dowodami przedstawionymi przez przystępującego w postępowaniu wyjaśniającym, jak i postępowaniu odwoławczym, które były spójne i odnosiły się wprost do ceny oferty.

Podsumowując, Izba oddaliła na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy odwołanie, gdyż zarzut podlegający rozpoznaniu, tj. zaniechania odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy nie został przez Odwołującego wykazany. Izba uznała, wbrew ocenie Odwołującego, iż wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 5.11.2020 r. wraz z dowodami pozwoliły ocenić przez Zamawiającego zaoferowaną cenę jako realną, której to oceny nie podważał skutecznie Odwołujący w ramach złożonego odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa

zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 . ze zm.). Iżba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika na podstawie złożonego spisu kosztów.

**Przewodniczący:** .....