Sygn. akt KIO 198/20

WYROK

z dnia 12 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2020 r. przez wykonawcę

DHV HYDROPROJEKT Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółkę

akcyjną z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółce akcyjnej unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Spółka

   z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółkę akcyjną i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez DHV HYDROPROJEKT Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od

   odwołania,

   2.2. zasądza od Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółki akcyjnej na rzecz DHV HYDROPROJEKT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście

   tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. 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 198/20

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka akcyjna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę nowych obiektów na terenie Zakładu Południe przy ul. Sytej 190/192 w Warszawie, na terenie Dzielnicy Wilanów" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 października 2019 r., pod numerem 2019/S 190-463141. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - DHV HYDROPROJEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3. art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, który nie udzielił wymaganych wyjaśnień,

4. art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór najkorzystniejszej oferty z pominięciem czynności wskazanej w punkcie 2.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz przeprowadzenie ponownej oceny ofert, a także zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, pomimo iż wskazany wykonawca nie udowodnił, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert, z których trzy zostały odrzucone. Zamawiający ocenił, że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyli wykonawcy: Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. z ceną 72.570,00 zł brutto, DHV Hydroprojekt Sp. z o.o. z ceną 147.600,00 zł brutto oraz EUROTECH M.T. z ceną 158.797,99 zł brutto.

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 154.315,80 zł brutto.

4 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1a ppkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedstawione wyjaśnienia i dowody miały na celu udowodnienie Zamawiającemu, że

zaoferowana cena dotyczy pełnego zakresu usług, obejmującego wszystkie wymagania wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia i projekcie umowy. Zamawiający w treści wezwania podkreślił również, że zwraca się do wykonawcy z wnioskiem o sporządzenie kalkulacji z podziałem na etapy oraz ze wskazaniem, jakie opracowania zostały uwzględnione dla każdego z budynków osobno. Ponadto, zgodnie z treścią wezwania, kalkulacja miała zawierać co najmniej elementy takie jak: mapa do celów projektowych, projekt zagospodarowania terenu, projekt przyłączy cieplnych, projekt przyłączy energetycznych, uzgodnienia, zysk wykonawcy. Tym samym pismo zawierające wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób precyzyjny określało zakres wątpliwości Zamawiającego oraz aspekty wymagające wyjaśnienia. Wykonawca zobowiązany był do przedstawienia wyjaśnień oraz dowodów potwierdzających obiektywne czynniki wpływające na wartość oferty, świadczące o wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia, dostępnych dla wykonawcy. Zamawiający oczekiwał nie tylko potwierdzenia uwzględnienia w zaoferowanej cenie wszystkich kosztów, lecz wypunktował w treści wezwania stosowną listę kosztów, związanych z usługami objętymi zakresem przedmiotu zamówienia. Prosił także o wskazanie oszczędności metody wykonania zamówienia, w tym kosztów pracy.

5 grudnia 2019 r. wykonawca Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. złożył odpowiedź na powyższe wezwanie. Złożone wyjaśnienia miały jednak charakter bardzo ogólnikowych deklaracji co do niskich kosztów realizacji zamówienia, doświadczenia wykonawcy i jego pracowników oraz szczególnie korzystnych warunków realizacji zlecenia związanych z posiadaniem: własnych pomieszczeń biurowych w dogodnej lokalizacji, szerokiej wiedzy na temat wymagań stawianych przez instytucje publiczne, stabilnej sytuacji firmy, sprzętu i oprogramowania, doświadczonej kadry. Wykonawca nie wskazał jednak, w jaki sposób wskazane elementy mają wpływ na obniżenie ceny oferowanej za wykonanie zamówienia, lecz przedstawił bardzo ogólną, wskaźnikową kalkulację ceny, nie podając źródła wskaźników przyjętych do wyceny ani założeń, na podstawie których takich obliczeń dokonał. Nie zostały podane żadne konkretne dane cenotwórcze, potwierdzające prawidłowość przedstawionych obliczeń. Wykonawca nie załączył również dowodów, o które wnioskował Zamawiający ani nie sporządził wymaganej kalkulacji, wskazanej w treści wezwania. Można zatem wnioskować, że wycena nie uwzględnia wszystkich wymaganych kosztów wykonania zamówienia, skoro wykonawca nie był w stanie sporządzić wymaganej kalkulacji kosztów. Wykonawca musi nie tylko wyjaśnić, jaki czynnik czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, ale musi też wyjaśnić, w jaki sposób wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny.

Zgodnie z treścią art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Jednocześnie, zgodnie z art. 90 ust. 2

ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wyjaśnienia powinny zatem w sposób maksymalnie rzeczowy i precyzyjny wykazywać realność zaoferowanej ceny, która w przedmiotowym postępowaniu jest ponad dwukrotnie niższa niż środki, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz niż ceny ofert niepodlegających odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia nie powinny zostać zaakceptowane przez Zamawiającego, w konsekwencji czego oferta Polskiej Grupy Projektowo Wykonawczej Sp. z o.o. powinna zostać bezwzględnie odrzucona. Zaniechanie jej odrzucenia stanowi bowiem naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie zwracała uwagę, iż wyjaśnienia nieuzasadniające wysokości zaoferowanej ceny i nierozwiewające wątpliwości co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji powinny skutkować odrzuceniem oferty. W orzecznictwie przesądzono także, że wyłącznie formalne zrealizowanie obowiązku przez wykonawcę, a więc złożenie wyjaśnień ogólnych, lakonicznych i nie stanowiących wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, nie może prowadzić do ich pozytywnej weryfikacji. Wykonawca jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne i uniwersalne uzasadnienie bez przywołania niezbędnych dowodów.

Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których sam wykonawca nie opisuje własnej

sytuacji i które pozostają nieudowodnione.

Tym samym udzielone przez Polską Grupę Projektowo Wykonawczą Sp. z o.o. wyjaśnienia

nie mogły dać Zamawiającemu pewności, że przedmiotowe zamówienie zostanie za zaoferowaną cenę wykonane należycie. Ponieważ nie jest możliwe ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny, Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonania ponownej oceny ofert.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoją dotychczasową decyzję i wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, iż przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowo--kosztorysowej nieskomplikowanej inwestycji dotyczącej trzech obiektów budowlanych: garażu o powierzchni 95 m^2, budynku magazynowego o powierzchni 60 m^2 i wiaty o powierzchni 108 m^2. Są to prace o charakterze intelektualnym, oparte o wartości niematerialne i każdy z wykonawców może wycenić swoją pracę według pewnych subiektywnych założeń. Jak wynika z cen ofert, rozpiętość cen między ofertami jest bardzo duża, ale uzasadniona. Przy tego typu pracach różnica cen może być znaczna.

Przedstawił również kalkulację wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia wskazując, iż opracował ją na podstawie dwóch ofert w ramach rozeznania rynku, w których prace wyceniono na kwotę: w jednej na 190.000-220.000 zł netto, natomiast w drugiej na 61.100 zł, przy czym pierwsza z ofert nie zawiera uzasadnienia, w jaki sposób dokonano tej wyceny, natomiast druga zawiera szczegółową kalkulację. Na podstawie tych dwóch ofert Zamawiający wycenił koszt prac na kwotę 125.460 zł netto. Ze względu na to zobowiązany był zastosować tryb badania rażąco niskiej ceny w trakcie postępowania.

Jego zdaniem rozciągłość cen ofert od 29.000 zł do 158.000 zł brutto jest naturalna, ponieważ może być różnie wyceniania przez wykonawców.

Co do wezwania z 4 grudnia 2019 r. Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący pominął, że Zamawiający wskazał jedynie na możliwość sporządzenia kalkulacji i był to wymóg fakultatywny, gdyż Zamawiający nie narzucał jednego sposobu wyjaśnienia ceny: „W sytuacji, gdy wykonawca jako jednym z dowodów chciałby posłużyć się kalkulacją".

Co do wyjaśnień wykonawcy Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. z 5 grudnia 2019 r. stwierdził, iż jego zdaniem są one nieporównywalne z wyjaśnieniami, które złożył wykonawca TEL Biuro Architektoniczne M.T., mającymi pół strony (oferta odrzucona). Dla Zamawiającego przekonujące były argumenty zawarte w sześciu punktach, a także to, że swoje wyliczenia wykonawca oparł na wycenie prac projektowych zgodnych z wytycznymi Zarządu Stowarzyszenia Architektów Polskich (tabela). Z przedstawionej tabeli wynika, że wykonawca Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. przyjął kategorię złożoności III, przy wartości dla robót pomiędzy 1-2 mln zł, co daje 275,93 zł za m^2 projektowanego obiektu i 6.000 zł za m^2 budowy. Wyjaśnił, że wartość robót budowlanych 1.500.000 zł, wskazana w wyjaśnieniach, nie była podawana przez Zamawiającego, lecz została ustalona przez wykonawcę. Potwierdza to, że wskaźniki nie są na zaniżonym poziomie. Mając na uwadze całość wyjaśnień Zamawiający nie miał podstaw twierdzić, że wykonanie zamówienia za tę cenę nie jest możliwe.

Zamawiający wskazał także, iż średnia arytmetyczna wszystkich cen ofert brutto to 88.827,33 zł, z czego 70% to 62.179,13 zł, zatem cena oferty wykonawcy Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. nie przekracza 30% różnicy. Tylko cena oferty z rozeznania rynku, opiewająca na ponad 200.000 zł podwyższyła wartość szacunkową wyceny szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający należycie zbadał i ocenił wyjaśnienia wykonawcy Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Odwołującego, treść wezwania do wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych w kolejnych ustępach zawiera opis procedury wyjaśniania kwestii poziomu ceny oferty: „1. 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 2018 r.; 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.

1a. 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 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;

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.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. 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.”

Art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi zaś, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Z istoty tego przepisu wynika więc, że dotyczy on uprawnień wykonawców do wniesienia odwołania, zatem Zamawiający poprzez wskazane w odwołaniu działania nie mógł go

naruszyć.

W postępowaniu złożono sześć ofert z cenami brutto kolejno: 29.397,00 zł, 45.387,00 zł, 72.570,00 zł (cena oferty Polskiej Grupy Projektowo Wykonawczej Sp. z o.o.), 79.212,00 zł, 147.600 zł i 158.797,99 zł. Według wyliczeń Zamawiającego średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert brutto to 88.827,33 zł, a 70% tej wartości to 62.179,13 zł, zaś środki

przewidziane przez Zamawiającego na realizację zamówienia to 154.315,80 zł brutto,

z czego 70% to 108.021,06 zł.

W ofertach wykonawcy podawali jedynie globalną cenę za wykonanie zamówienia.

Pismem z 4 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, w terminie do 10 grudnia 2019 r. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał: „Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1)-5) ustawy Pzp. Przedstawione wyjaśnienia i dowody będą przez Zamawiającego oceniane, w szczególności w kontekście tego, czy zaproponowana przez Państwa cena dotyczy pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia i Projekcie umowy. Zamawiający przypomina, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający wskazuje, że koszty pracy, których wartość została 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. W sytuacji, gdy Wykonawca jako jednym z dowodów chciałby się posłużyć kalkulacją, Zamawiający zwraca się o sporządzenie kalkulacji z podziałem na etapy oraz ze wskazaniem jakie opracowania zostały uwzględnione dla każdego z budynków osobno. Ponadto kalkulacja powinna zawierać co najmniej elementy wskazane poniżej: - mapa do celów projektowych, - projekt zagospodarowania terenu, - projekt przyłączy cieplnych, - projekt przyłączy energetycznych, - uzgodnienia, -zysk. W wyjaśnieniu wykonawca powinien przedstawić wraz z dowodami obiektywne czynniki wpływające na wartość oferty świadczące o wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy. Na podstawie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niska cenę

w stosunku do przedmiotu zamówienia wówczas Zamawiający odrzuca ofertę.”

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił pismo z 5 grudnia 2019 r., w którym wskazał: „Czynniki, które pozwoliły naszej firmie na obniżenie ceny za wykonanie tego przedmiotu zamówienia, wskazują następujące okoliczności:

1. Posiadanie własnych pomieszczeń biurowych w bliskiej odległości od terenu realizacji

zadań, siedziby Zamawiającego oraz lokalnie zamieszkałych pracowników, rzeczywiście

obniża koszty wykonawcy o koszt czynszu najmu, zakupu lub transportu sprzętu biurowego,

czy też czas i koszty dojazdów i delegacji inżynierów.

2. Szeroka wiedza na temat wymagań technicznych instytucji publicznych, takich jak (...)

3. Stabilna i wiarygodna sytuacja gospodarcza i rynkowa firmy PGPW (świadczą o tym liczne realizacje na terenie całego kraju, potwierdzone licznymi referencjami).

4. Dysponowanie własnym i rozbudowanym parkiem sprzętowym, a także specjalistycznym oprogramowaniem. W naszym posiadaniu w chwili obecnej znajdują się plotery wielkoformatowe i urządzenia wielofunkcyjne marki Ricoh, laserowe urządzenia wielofunkcyjne HP, elektroniczne dalmierze marki Bosch i Leica, wilgotnościomierze, endoskop, dron DJI z kamerą fuli HD, kamery termowizyjne, 6 stanowisk pracy, każde wyposażone w najnowsze rozwiązania PC, a także specjalistyczne oryginalne oprogramowanie takie jak AutoCad, NormaPro, itp.

5. Wykonawca dysponuje osobami z doświadczeniem w kierowaniu, pracach projektowych i pomocniczych przy realizacji projektów i wypracował optymalne procedury postępowania, dzięki którym możliwe jest ograniczenie zbędnych kosztów przy wykonywaniu zamówienia, powyższe przełożyło się na cenę oferty, w których ta optymalizacja została uwzględniona.

6. Dysponowanie stabilnymi i dobrze zorganizowanymi ekipami projektowymi,

o wszechstronnych kwalifikacjach (branża architektoniczna, branża konstrukcyjna, branża sanitarna, branża elektryczna, rzeczoznawcy ppoż., rzecz, sanitarni i bhp).

Złożona przez naszą firmę oferta opiewała na kwotę: 59.000.000 zł netto (72 570,00 brutto) za całość zadania. Mając na uwadze obecne stawki sporządzenia dokumentacji projektowej budowy, modernizacji i remontów budynków gospodarczo-usługowych (wg średnich stawek rynkowych oraz posiłkując się cennikami tabela poniżej), po analizie stwierdzamy, że wynagrodzenia pracowników nie będą niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.(...)

Wskaźnik procentowy W%, stosowany dla obliczenia wartości prac projektowych WPP, określa się według tabeli w zależności od kategorii robót budowlano-montażowych."
Tu wykonawca przedstawił tabelę wskaźników procentowych do obliczania wartości prac projektowych w stosunku do wartości planowanych kosztów robót budowlanych i kategorii ich złożoności (podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że są to wskaźniki zgodne z wytycznymi Zarządu Stowarzyszenia Architektów Polskich), spośród których zaznaczył wartość robót 1.000.000 i 2.000.000 złotych jako przyjętą szacunkową wartość projektowych robót budowlanych i wskaźnik dla III kategorii złożoności, co daje wskaźniki procentowe 5.54 i 5,00. „Gdzie 1.500.000,00 zł x 5,30% = 79.500,00 zł za wielobranżowy projekt budowlany. Udzielono 10% rabatu na ww. prace projektowe powołując się na ww. punkty. Obiekty kubaturowe zalicza się do następujących kategorii złożoności: 1) kategoria 1 - najprostsze budynki otwarte lub półotwarte, wiaty oraz jednoprzestrzenne niepodpiwniczone budynki parterowe, bez wyposażenia instalacyjnego (...) 6) kategoria 6 - budynki o najwyższym stopniu skomplikowania funkcjonalnego, instalacyjnego i technologicznego (...). Wyliczona łączna suma wszystkich roboczo-godzin będzie wynosiła około 650 (r-g), gdzie uśredniony koszt jednej r-g wynosi: 50,00 zł brutto. Pozostała kwota, są to koszty pośrednie takie, jak: należności związane z ZUS i US, zakup biurowych materiałów eksploatacyjnych, koszt uzgodnień dokumentacji technicznej z rzeczoznawcami, koszt eksploatacji pojazdów firmowych, itp. Cena zawiera koszt sporządzenia projektów budowano-wykonawczych, nadzoru autorskiego oraz takich elementów jak: - mapy do celów projektowych, - PZT, - projekt przyłączy cieplnych i energetycznych, - wszelkie niezbędne uzgodnienia, - zakładany zysk na poziomie 20%. Pracownia projektowa PGPW Sp. z o.o. posiada szerokie doświadczenie w projektowaniu obiektów budowlanych - użyteczności publicznej oraz prywatnych. Gwarantuje wysoką jakość usług i końcowe zadowolenie Inwestora."

Po zapoznaniu się z powyższymi wyjaśnieniami Izba uznała, że postępowanie Zamawiającego nie było prawidłowe, a argumentacja przedstawiona przez Odwołującego zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez niego ceny. Co prawda Zamawiający nie zawarł w swoim wezwaniu szczegółowych wytycznych co do zakresu wyjaśnień, a wskazywana przez niego kalkulacja była jedynie sugerowana „gdyby wykonawca chciał się nią posłużyć jako jednym z dowodów", niemniej jednak nie zwalnia to wezwanego wykonawcy z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, na co zwrócił uwagę Zamawiający w przedmiotowym wezwaniu, a który to obowiązek nakłada art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatem wezwany wykonawca, oprócz odniesienia się do okoliczności wskazywanych w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.: oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy itd., powinien przede wszystkim odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej. Zresztą także odnosząc się do wyżej wskazanych elementów z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - jeśli w danym przypadku któreś z nich dotyczą jego oferty - powinien odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej.

Odwołujący zaś tego w żaden sposób nie zrobił. Jedyne konkretne informacje, które zawarł w wyjaśnieniach to fakt, że przyjął sumę roboczogodzin w liczbie 650, przy średnim koszcie roboczogodziny 50 zł brutto oraz 20% zysku, a także, że przyjął wskaźnik 5,30% od obliczonej przez siebie wartości robót budowlanych 1.500.000 złotych, tj. 79.500,00 złotych, a następnie udzielił 10% rabatu.

Zamawiający stwierdził podczas rozprawy, że informacje podane w sześciu zacytowanych powyżej punktach (dotyczące bliskiej odległości biur i zamieszkania pracowników, szerokiej wiedzy, stabilnej i wiarygodnej sytuacji gospodarczej i rynkowej, posiadania parku sprzętowego i oprogramowania oraz doświadczonych i dobrze zorganizowanych pracowników i ekip), były dla niego przekonujące. Jednak w ocenie Izby są one jedynie

ogólnikowe i niczego nie wnoszą w zakresie wyceny, a w samych wyjaśnieniach zabrakło właśnie elementu wyceny prac.

Tym samym - z braku danych - Izba nie może stwierdzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę, o której jest mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale też nie jest w stanie - z braku danych - dokonać pozytywnej oceny oferty wykonawcy Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. na podstawie złożonych wyjaśnień. I takiej oceny, w przekonaniu Izby, nie był w stanie dokonać także Zamawiający. Udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia powinny zaś potwierdzić, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Wykonawca Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. w żaden sposób tego nie uczynił.

Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera dwukrotne odesłanie do sankcji odrzucenia oferty w związku z rażąco niską ceną - nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4, ale też w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pierwszy z nich zawiera bardziej kategoryczne stwierdzenie (wystąpienie rażąco niskiej ceny), drugi zaś jest bardziej formalno-proceduralny i wskazuje na brak złożenia wyjaśnień oraz ich negatywną ocenę przez zamawiającego. W przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano bowiem, że 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.

Przy czym - na co wskazuje liczne orzecznictwo Izby - nieudzieleniem wyjaśnień, o którym mowa w tym przepisie, jest nie tylko brak reakcji wykonawcy na wezwanie zamawiającego, ale też co prawda przedstawienie pisma typu „wyjaśnienia", lecz nie zawierające żadnych szczególnych merytorycznych informacji i danych (tzw. „merytorycznej treści") - przy czym w zależności od rozmiaru braku owych informacji i danych konkretną sytuację albo uznaje się za brak złożenia wyjaśnień w ogóle, albo za brak wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny pozwalającej na pozytywną ocenę przez zamawiającego, czyli niedopełnienie obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, ze względu na brak merytorycznej treści wyjaśnień, tym stanie faktycznym ponowne wezwanie Polskiej Grupy Projektowo Wykonawczej Sp. z o.o. do wyjaśnień byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wezwanie to nie polegałoby bowiem jedynie na uzupełnieniu (uszczegółowieniu) wyjaśnień lub wyjaśnieniu dodatkowych elementów, lecz - aby wyjaśnienia w ogóle mogły być zaakceptowane - musiałyby polegać na złożeniu kompletnie nowych wyjaśnień. Odwołujący otrzymał szansę wyjaśnienia swojej oferty w zakresie ceny, lecz jej nie wykorzystał. Zamawiający zaś nie może - po fakcie - powoływać się na swoją de facto nienależytą staranność przy obliczaniu wartości szacunkowej zamówienia jako okoliczność ekskulpującą wykonawcę. Jeśli Zamawiający uważał, że cena oferty wykonawcy jest prawidłowa i nie ma przesłanek rażąco niskiej, nie powinien był w ogóle wzywać wykonawcy do wyjaśnień. Jeśli zaś już wezwał, to musi liczyć się z konsekwencjami działań wykonawcy w postaci nieprawidłowego złożenia wyjaśnień, wskazanymi w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, poza samym stwierdzeniem, że uznał cenę oferty za prawidłową, nie przedstawił także Izbie dokonanej przez siebie oceny pozytywnej, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który odnosi się do „niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego" (lub zaniechania) Izba ocenia poprawność czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym przypadku, w ocenie Izby, na podstawie tak udzielonych wyjaśnień, Zamawiający nie mógł dokonać pozytywnej ich oceny.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy Polska Grupa Projektowo Wykonawcza Sp. z o.o.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 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), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych.

Przewodniczący: .....