

WYROK

z dnia 17 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga-Północ z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Inicjatywa Projektowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3489/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w

Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

budynku komunalnego wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Szwedzkiej i Stolarskiej w Warszawie”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 7 października 2021r. w Biuletynie Zamówień Publicznych po numerem 2021/BZP 00224764/01.

Odwołujący: TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 24 listopada 2021 r. powziął informację o wyborze oferty wykonawcy Inicjatywa Projektowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Inicjatywa lub Przystępujący jako najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 29 listopada 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu, że w toku przedmiotowego postępowania naruszono następujące przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej Ustawą PZP lub ustawą Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 Ustawy PZP poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcę Inicjatywa Projektowa Sp. z o.o. (dalej: „Inicjatywa”) wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

2. art. 226 ust. 1 pkt. 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inicjatywa, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Inicjatywa nie złożył

wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ust. 1 - 3 Ustawy;

3. art. 226 ust. 1 pkt. 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 Ustawy poprzez niezasadne powtórne wezwanie wykonawcy Inicjatywa do złożenia wyjaśnień, pomimo iż wykonawca Inicjatywa w odpowiedzi na pierwsze wezwanie nie przedstawił wyjaśnień i dowodów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Inicjatywa jako najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty Wykonawcy Inicjatywa;
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;

Odwołujący podniósł, że treść obu złożonych przez Wykonawcę Inicjatywa wyjaśnień nie obala domniemania rażąco niskiej ceny i oferta Wykonawcy Inicjatywa powinna zostać odrzucona.

Zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Inicjatywa co skutkuje tym, że tak

długo, jak nie zostanie ono obalone przez wykonawcę Inicjatywa - oferta ta podlega odrzuceniu. Co więcej - obalenie tego domniemania powinno obejmować wszystkie elementy wskazane w wezwaniu. Tymczasem sam fakt nieprzedłożenia wymaganych przez Zamawiającego dowodów w odpowiedzi na Wezwanie stanowi potwierdzenie braku obalenia domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny.

Zauważył, że w dniu 20 października 2021 roku Zamawiający w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy PZP wezwał Wykonawcę Inicjatywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający wskazał również, że wymaga dołączenia do wyjaśnień dowodów, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, a także tego, że z treści wyjaśnień Wykonawcy, musi wynikać w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że zaferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej.

Odwołujący zaznaczył przy tym, że Zamawiający wskazał jednoznacznie, że do wyjaśnień muszą zostać dołączone dowody. Zamawiający nie ograniczył się jedynie do zacytowania przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, ale wyraźnie wskazał, że wymaga złożenia dowodów.

W związku z powyższym wskazał, że pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 2 pkt. 1 Ustawy PZP skierowane do Wykonawcy w dniu 20 października 2021r, ma 2 strony, a także złożone w odpowiedzi przez Wykonawcę Inicjatywa wyjaśnienia mające obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, też mają dwie strony i nie zawierają żadnego dowodu.

Odwołujący podniósł także, że Wykonawca Inicjatywa nie wskazał w wyjaśnieniach żadnych czynników, które mogłyby uzasadniać zaferowanie tak niskiej ceny, jaka została zaferowana i jednocześnie nie przedstawił ani jednego dowodu, a zatem powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający dokonał jedynie minimalnej analizy złożonych wyjaśnień RNC, całkowicie pomijając postawione przez siebie w wezwaniu wymagania dla tych wyjaśnień, co stanowiło zaniechanie badania rażąco niskiej ceny.

Według Odwołującego - treść wyjaśnień RNC Wykonawcy Inicjatywa pełna jest ogólnikowych stwierdzeń nie popartych żadnymi dowodami:

„Podstawą dysponowania osobami wykonującymi opracowanie jest umowa o pracę na pełen etat. Średnie wynagrodzenia pracownika: 3 000,00 brutto. koszt pracownika: 500,00 brutto.” (..)

„Wycena projektów branżowych została wykonana w oparciu o zapytania ofertowe i koszty podobnych, wcześniejszych opracowań wykonanych przez Oferenta”

„oferent ma doświadczenie w wykonywaniu podobnych opracowań co gwarantuje sprawne i efektywne wykonanie dokumentacji a co za tym idzie ograniczenie kosztów jakie zostaną poniesione na przygotowanie”.

W ocenie Odwołującego - przedmiotowe wyjaśnienia RNC nie zawierają żadnej merytorycznej treści i stanowią jedynie szczątkową kalkulację w zakresie kosztów osobowych, tj. w zakresie kwoty 35.500 zł. Kwota ta stanowi mniej niż 10% ceny oferty. W zakresie kosztów osobowych Wykonawca Inicjatywa wskazał, że:

- a. umowę wykonywać będą osoby zatrudnione na podstawie umowy pracę;
- b. średnie wynagrodzenia architekta to 3 000,00 PLN brutto.

Wywodził, że ze wskazanego średniego wynagrodzenia należało by przypuszczać, iż Architektce Wykonawcy Inicjatywa pracują poniżej kwoty minimalnej dopuszczalnej przepisami. Obecne wynagrodzenie minimalne to 2 800,00 PLN brutto, przy czym z kosztami pracodawcy wynosi 3 373,44 PLN.

Już ta sama ta kwota wskazuje - zdaniem Odwołującego - na brak rzetelności Wykonawcy, bowiem ten ma zamiar płacić architektom mniej niż minimalne wynagrodzenie za pracę.

Dalej, zwrócił uwagę, że w dniu 4 listopada 2021r, Zamawiający wystosował drugie

wezwanie w zakresie ceny do Wykonawcy Inicjatywa.

Zauważył przy tym, że w wezwaniu tym Zamawiający jednoznacznie stwierdził iż złożone wyjaśnienia w ramach pierwszego wezwania są niejednoznaczne.

„(...) w związku z tym, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w dniu 22.10.2021r, w dalszym ciągu budzą wątpliwości Zamawiającego, tj. na podstawie złożonych wyjaśnień, nie można jednoznacznie stwierdzić, czy zaoferowana przez Wykonawcę cena w wysokości: 429 988,56 zł brutto nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.
(.)

„(.) Do treści wyjaśnień nie załączono żadnych dodatkowych dokumentów, wycen, odpowiedzi na zapytania ofertowe, szczegółowych kalkulacji (.)”.

„(.) Biorąc pod uwagę, że przeprowadzona ocena złożonych wyjaśnień nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o to czy oferta zawiera czy nie zawiera rażąco niskiej ceny, a taki stan rzeczy powstał z uwagi na to, że wskazane w odpowiedzi elementy wyjaśnień, nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę, nie zostały poparte szczegółowymi kalkulacjami, dodatkowymi dokumentacją i budzą wątpliwości Zamawiającego, obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie Wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wzywa Wykonawcę do:

1. przedstawienia szacunkowych, planowanych kosztów, jakie wykonawca przewiduje ponieść na realizację, w ujęciu dla wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia etapów: Etap I, Etap II, Etap III (.) 2. podania szacunkowych kosztów dodatkowych przewidzianych dla specjalistów do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia (rzeczoznawcy p.poż i sanepid, geodeta, geolog, kosztorysant, architekt krajobrazu, projektant drogowy, projektant teletechniki).

3. podania szacunkowej wysokości kosztów stałych, które ewentualnie będą ponoszone przy realizacji tego projektu (koszt powierzchni biura, koszt licencji oprogramowania, koszt wydruków).

Z treści wyjaśnień Wykonawcy, musi wynikać w sposób jednoznaczny, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, Obowiązek wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy (.)”.

Odwołujący zaznaczył, że z treści drugiego wezwania wynikało potwierdzenie przez Zamawiającego braku rzetelności złożonych pierwszych wyjaśnień, a także okoliczność nie ustosunkowania się do treści pierwszego wezwania i nie przedstawienie kalkulacji i dowodów, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty, a nie jak w przypadku Zamawiającego wystosowania powtórnego wezwania do wyjaśnień.

Dalej, podniósł, że w odpowiedzi na drugie wezwanie RNC, w dniu 9 listopada 2021r, Wykonawca Inicjatywa przedstawił dwa pisma.

- a. Jedno zawierające tabelkę z zestawieniem kosztów, a w zasadzie zryczałtowanych pozycji i przypisanych im kwotach.
- b. Drugie zawierające powielony personel oraz informacje o braku dowodów.

Do żadnego z pism nie dołączono dowodów.

Zdaniem Odwołującego - już sam brak dowodów powinien skutkować tym, że oferta Wykonawcy Inicjatywa powinna zostać odrzucona, bowiem Wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyżej wskazanych braków wyjaśnień, Odwołujący zarzucił, że w cenie oferty wykonawca nie ujął między innymi poniżej wskazanych istotnych czynników cenotwórczych, tj.:

- a) Brak uwzględnienia kosztów projektu budowlanego;
- b) Brak uwzględnienia kosztów architekta;
- c) Opracowanie mapy do celów projektowych;
- d) Wykonanie badań geologicznych wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji, określenie stanu gruntu;
- e) Kosztów administracyjno-biurowych, ryzyka, gwarancje.

W ocenie Odwołującego - brak ujęcia powyższych kosztów w cenie oferty wynika z faktu, że w/w koszty nie zostały wskazane w przedmiotowych wyjaśnieniach, a to wskazuje, że cena oferty Wykonawcy Inicjatywa jest ceną rażąco niską, gdyż nie obejmuje wszystkich kosztów, które należy ponieść w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

W swoim odwołaniu Odwołujący podkreślił brak uwzględnienia kosztów projektu budowlanego, a to z tego względu, że w ofercie Wykonawca Inicjatywa przedstawił cenę za wykonanie etapu II usługi (projekt budowlany) w wysokości 107 497,14 zł brutto, podczas gdy w drugich wyjaśnieniach RNC, Wykonawca wskazał kosztorys dla etapu II, wskazując że jego realizacja kosztować będzie 126 601,00 zł brutto i nawet nie uwzględnia zysku.

Zdaniem Odwołującego - w ten sposób Wykonawca na podstawie swoich własnych wyliczeń wskazuje niedoszacowanie przedmiotowej pozycji w wysokości 19 103,86 PLN brutto, a przedmiotowa kwota niedoszacowania to aż 4,4 % wartości oferty Wykonawcy

Inicjatywa.

Dalej, Odwołujący zarzucił brak uwzględnienia kosztów Architekta, gdzie zgodnie z zapisami SWZ, Tom II „Wymagania Stawiane Wykonawcy”, ust. 10 termin wykonania usługi dla etapu od I do III wynosi 12 miesięcy.

W związku z tym zwrócił uwagę, że w pierwszych wyjaśnieniach RNC Wykonawca Inicjatywa oświadczył dysponowanie Architektami oraz przedstawił dla nich wyliczenia, natomiast pozostałą część zlecenia mają wykonać specjaliści których ceny zostały przyjęte w oparciu o „zapytania ofertowe”. W wyjaśnieniach z dnia 25 października 2021r stwierdzono:

„Przyjęto opracowania projektów branży architektonicznej przez:

Etap I - 1 osoba

Etap II - 2 osoby

Etap III - 2 osoby

Podstawą do dysponowania osobami wykonującymi opracowanie jest umowa o pracę na pełen etat. Średnie wynagrodzenie pracownika: 3000,00 brutto. Koszt pracownia: 500,00 brutto łączny koszt obliczono według wzoru czasu (w miesiącach) x liczba pracowników x wynagrodzenie brutto powiększone o koszt pracowni $1,0*1*3500+1,5*2*4000+2,5*2*4000 =$

35 500,00 zł”.

Według Odwołującego - z przedmiotowego zestawienia wynika, że jeden architekt będzie pracował przez $1+1,5+2,5 = 5$ miesięcy.

Odwołujący podniósł również, że w wyjaśnieniach z dnia 9 listopada 2021r w przedstawionej tabeli czas pracy architekta wynosi:

Dla etapu I: 1 miesiąc w kwocie 3000,00 PLN (w wyjaśnieniach z dnia 25.10.2021 - kwota 3 500,00 PLN)

Dla Etapu II: 1,5 miesiąca w kwocie 3 000,00 PLN (w wyjaśnieniach z dnia 25.102021 - kwota 4000,00 PLN)

Dla Etapu III: 2 miesiące w kwocie 3 000,00 zł (w wyjaśnieniach z dnia 25.102021 - kwota 4000,00 PLN i zaangażowanie 2,5 miesiąca).

Wobec tego Odwołujący wyraził pogląd, że trudno przyjąć jednoznaczną wykładnię wyjaśnień, gdyż zarówno kwota i zaangażowanie czasowe w obu wyjaśnieniach nie są ze sobą zgodne.

Wskazał, że zgodnie z SWZ, termin wykonania usługi to 12 miesięcy, a Wykonawca Inicjatywa przyjął 5 miesięcy zaangażowania własnego Architekta, jedynej osoby z ramienia

Wykonawcy która będzie pełniła funkcję na kontrakcie, podczas gdy przez cały okres realizacji usługi Wykonawcy, zgodnie z załącznikiem nr 5 - „Projektowe postanowienia umowy” zobowiązany będzie do m.in:

- § 2 „Obowiązki Wykonawcy” ust. 1.7 - „udzielania wyjaśnień na zapytania lub uwagi dotyczące przedmiotu umowy, w ciągu 3 dni od daty przekazania zapytania lub uwagi przez Zamawiającego”;

- § 2 „Obowiązki Wykonawcy” ust. 1.9 - „uzupełniania braków w przedmiocie umowy lub usunięcia jego wad w terminie określonym przez Zamawiającego”.

Z przyjętych powyższych zapisów SWZ wnioskował, że zaangażowanie tej osoby przez Wykonawcę Inicjatywa winno wynosić 12 miesięcy w etapie realizacji.

Co więcej, wskazał, że zgodnie z § 2 „Obowiązki Wykonawcy” ust. 1.6 „Funkcję koordynatora w zakresie prac projektowych, o których mowa w § 13 ust. 1 pkt. 2, pełnił będzie mgr. Inż. Architekt.”.

Według wycień Odwołującego przyjmując najniższą stawkę przyjętą przez Wykonawcę i zaangażowanie 12 miesięcy otrzyma się: 12 miesięcy x 3 000,00 zł = 36 000,00 zł, a w odniesieniu do przyjętych przez Wykonawcę: 5 miesięcy x 3 000,00 zł = 15 000,00 zł, co stanowi niedoszacowanie 16 000,00 zł, to 3,7 % wartość oferty Wykonawcy.

W zakresie czynności opracowanie mapy do celów projektowych oraz wykonania badań geologicznych wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji, określenie stanu gruntu zarzucił, że Wykonawca Inicjatywa nie wskazał, że posiada wymagany sprzęt do wykonania przedmiotowych zadań (np. wiertnice) oraz że dysponuje kadrą geologa będącego w stanie ocenić stan gruntu.

Wyjaśnił przy tym, że przedmiotowy zakres nie jest wykonywany przez projektantów architektów, gdyż nie posiadają oni w tym zakresie odpowiedniej wiedzy.

Argumentował również, że Wykonawca Inicjatywa nie wskazał, iż dysponuje geodetą wyposażonym w odpowiedni sprzęt celem wykonania mapy do celów projektowych i nie wskazał podwykonawstwa w przedmiotowym zakresie. Tym samym - z treści oferty wynika, że wykona tę część zamówienia osobiście.

W odniesieniu do sytuacji braku uwzględnienia przez Przystępującego kosztów administracyjno-biurowych, ryzyka, gwarancji Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowym zakresie Wykonawca Inicjatywa ograniczył się jedynie do minimum, jakie wskazał w swoim drugim wezwaniu w zakresie RNC Zamawiającego.

Zauważył, że zgodnie z pytaniem nr 3 Zamawiający oczekiwał „podania szacunkowe wysokości kosztów stałych, które ewentualnie będą ponoszone przy realizacji tego projektu (koszt powierzchni biura, koszt licencji oprogramowania, koszt wydruków itp.)”, gdzie w

odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, w tabeli z pisma z dnia 9 listopada 2021r, Wykonawca

Inicjatywa umieścił pozycję dla każdego z Etapów I-III:

- biuro pracownik - w wysokości 350 zł brutto;
- oprogramowanie/ pracownik - w wysokości 150 zł brutto.

Wskazał, że przedmiotowe koszty wydzielone są tylko i wyłącznie dla osoby Architekta, mimo iż Wykonawca wykazał dysponowanie również Konstrukctorem, Projektantem branży sanitarnej, Projektantem branży elektrycznej.

Dodatkowo, zaznaczył, że wbrew wezwaniu Zamawiającego, Inicjatywa nie wykazał kosztów np. wydruków i nie wskazał również takich kosztów administracyjnych jak gwarancja należytego wykonania umowy, koszt polisy ubezpieczeniowej, koszt pracownika

administracyjnego.

Podniósł, że zgodnie z § 7 „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy”, Wykonawca zobligowany jest do wniesienia zabezpieczenia w wysokości 5 % wartości wynagrodzenia w pełnej kwocie prze okres 12 miesięcy realizacji etapów I-III oraz w wysokości 30% zabezpieczenia przez okres 39 miesięcy rękami za wady, a zatem Inicjatywa zobligowana jest do wniesienia zabezpieczeń w kwocie:

- 21 499,43 na okres 12 miesięcy,
- 6 449,83 na okres 39 miesięcy.

W związku z tym argumentował, że nawet przyjmując najniższą rynkową stawkę za wystawienia takiego dokumentu w wysokości 1,8% w stali roku otrzyma się koszt zabezpieczenia: $21\,499,43 \times 1,8\% + ((6\,449,83 \times 1,8\%)/12) \times 39$ miesięcy = 763,40 zł brutto.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z § 9 „Ubezpieczenie” wybrany Wykonawca zobligowany jest do przedstawienia „przed podpisaniem umowy polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności z zakresu projektowania na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż wartość przedmiotu umowy i na okres trwania prac projektowych związanych z przedmiotem trwania umowy. Projektant dostarczy przedmiotową polisę wraz z dowodem opłaty składki i pełną treścią wszystkich mających zastosowanie warunków. Przy czym w przypadku przedstawienia polisy z rocznym okresem ubezpieczenia Projektant zobowiązuje się do kontynuowania przedmiotowego ubezpieczenia lub zawarcia nowego w niezmnieszonej zakresie oraz przedstawienia potwierdzeń kontynuacji polisy wraz z dowodem opłaty składki, do czasu zakończenia prac projektowych związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy.”

Podniósł, że w żadnym miejscu wyjaśnień Wykonawca Inicjatywa nie zawarł informacji iż przedmiotową polisę już posiada na odpowiednią wartość i np. nie będzie w całości ponosił jej kosztów w pierwszym roku, w warunkach gdy przedmiotowa polisa wymagana jest przez cały okres realizacji usługi, a więc przez 51 miesięcy.

Przekonywał, że nawet jeśli przyjąć, że taka polisa w podziale na inne usługi realizowane przez Inicjatywę będzie wynosi 1 000 zł rocznie, to w skali usługi generuje to koszt 4 000,00 zł.

Zarzucił również, że Wykonawca pominął również aspekt posiadania personelu

administracyjnego, a więc osoby odpowiedzialnej za administrację kontraktu i obsługę sekretariatu, gdzie minimalne wynagrodzenie za pracę w roku 2020r, a więc w roku realizacji usługi będzie wynosić 3 010 zł brutto (bez kosztów pracodawcy). Nawet jeśli przyjąć że przedmiotowa osoba, będzie pełniła funkcję np. na 4 usługach to nadal koszt miesięczny takiej osoby to 752,50 zł brutto.

Dalej, Odwołujący wyliczał, że w skali 12 miesięcy realizacji dokumentacji daje to kwotę 9 030 zł brutto. (2% wartości oferty), a uwzględniając okres rękopisów i nadzorów autorskich (39 miesięcy) daje to kwotę 38 377,50 zł brutto. (8,9% wartości oferty).

Opierając się na samych wyjaśnieniach Wykonawcy Inicjatywa i zawartych w nich sprzecznościach, bezspornym jest, że oferta tego Wykonawcy, nawet przyjmując nierealne stawki za pracę architekta nie doszacowana jest co najmniej w następującym zakresie: Koszt projektu budowlanego - 19 103,86 zł, Koszt architekta - 15 000,00 zł, gwarancja należytego wykonania umowy - 763,40 zł, Koszt polisy OC - 4 000,00 zł, Koszty administracyjne - 9 030,00 zł, co daje kwotę 47 897, 26 zł, stanowiąc 11 % wartości oferty.

Jako istotne Odwołujący wskazał także to, że kolejne wyjaśnienia składane przez Wykonawcę Inicjatywa są wzajemnie sprzeczne:

a. W I wyjaśnieniach wskazano, że wynagrodzenie dla architektów wynosi średnio 3.000 miesięcznie. W II wyjaśnieniach zaś wskazano, że nie jest to całościowe wynagrodzenie i że architekt będzie wykonywał też inne usługi. Cały problem w tym, że nie wskazano w I wyjaśnieniach, ile czasu architekt poświęci na realizację zamówienia - z kontekstu I wyjaśnień wynikało, że będzie to cały czas pracy w danym miesiącu.

b. W I wyjaśnieniach wskazano, że wycena projektów branżowych została dokonana w oparciu o zapytania ofertowe do projektantów. Tymczasem w II wyjaśnieniach wskazano, że Wykonawca Inicjatywa samodzielnie spełnia warunek udziału i bezpośrednio zatrudnia wszystkich projektantów branżowych.

Według Odwołującego - Zamawiający nie był uprawniony do wystosowania II wezwania o złożenie wyjaśnień - gdyż Wykonawca Inicjatywa składając I wyjaśnienia po prostu nie odpowiedział na pytania i nie złożył żadnych dowodów.

Tym samym - w przekonaniu Odwołującego - Zamawiający powinien oceniać wyłącznie I wyjaśnienia z dnia 25.10.2021r., a te I wyjaśnienia z pewnością nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny.

W dniu 3 grudnia 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Inicjatywa Projektowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 13 grudnia 2021 r. 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 Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 20 października 2021 r. wzywającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego z dnia 25 października 2021 r. wyjaśniającej rażąco niską cenę, ponownego wystąpienia Zamawiającego z dnia 4 listopada 2021 r. wzywającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego z dnia 9 listopada 2021 r. wyjaśniającej rażąco niską cenę wraz z załączoną kalkulacją, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 listopada 2021 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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 nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaferowania przez tego wykonawcę oferty z rażąco niską ceną.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut istnienia rażąco niskiej ceny zaferowanej przez Przystępującego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wartość przedmiotu zamówienia Zamawiający określił w wysokości 894 117, 65 zł brutto, podczas gdy Przystępujący złożył ofertę w kwocie 429 988, 56 zł brutto.

Bezsporna pomiędzy Zamawiającym i Przystępującym a Odwołującym była okoliczność, że Zamawiający na podstawie powyższego zestawienia cenowego mógł przeprowadzić postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 226 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jednocześnie z ust.2 powołanego wyżej przepisu wynika, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, 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.

Izba ustaliła, że Zamawiający na zasadzie wskazanej w powołanych wyżej przepisach takie postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę przeprowadził, a Przystępujący wezwany do takich wyjaśnień zastosował się do niego przedkładając żądane wyjaśnienia.

Przechodząc do rozpoznania zgłoszonych zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że wezwanie Zamawiającego z dnia 20 października 2021 r. było dość ogólne i stanowiło jedynie powielenie treści art.224 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Powyższa okoliczność została przyznana przez samego Zamawiającego.

Z powyższych względów, Izba uznała, że zaniechanie Zamawiającego przejawiające się brakiem staranności przy sformułowaniu w pierwszym wezwaniu z dnia 20 października 2021 r. zastrzeżeń, co do określonych elementów ceny, nie mogło stanowić okoliczności obciążającej Przystępującego.

Jednocześnie sytuacja ta nie mogła zwolnić Zamawiającego od obowiązku opisanego w cyt. wyżej art.226 ust.1 ustawy Pzp polegającego na konieczności dalszego badania okoliczności związanych z możliwością wystąpienia rażąco niskiej ceny.

W rozpoznawanej sprawie takie sprecyzowane wątpliwości Zamawiający zasygnalizował dopiero w piśmie z dnia 4 listopada 2021 r. wzywającym Przystępującego po raz drugi do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Tym razem, Zamawiający w piśmie tym przedstawił wyczerpująco uzasadnione wątpliwości wskazując, co następuje:

„(...) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.10.2021 r., w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. do dnia 25.10.2021 r. przedstawił wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny.

Z treści wyjaśnień wynika, że:

- Projekty branży architektonicznej będą realizowane przez:

Etap I — 1 osoba,

Etap II — 2 osoby,

Etap III — 2 osoby,

-Podstawą do dysponowania projektantami z branży architektonicznej mającymi wykonać przedmiot zamówienia jest umowa o pracę na pełny etat,

-Średnie wynagrodzenie projektanta branży architektonicznej przejęte przez Wykonawcę to 3000,00 zł brutto, koszt pracownika: 500,00 zł brutto,

-Łączny koszt pracowników Wykonawcy obliczony wg. przyjętego wzoru wynosi: 35

500,00 zł,

-Wycenę projektów branżowych, opracowań dodatkowych wykonano w oparciu o zapytania ofertowe skierowane do projektantów i koszty podobne, ceny wcześniejszych opracowań.

-W każdej fazie projektu Wykonawca przyjął rezerwę na nieprzewidziane wydatki.

-Doświadczenie Wykonawcy w opracowaniu podobnych projektów gwarantuje sprawne i efektywne wykonanie dokumentacji.

-Łączny szacowany przy wykonaniu ofert koszt opracowania dokumentacji, określonej w opisie przedmiotu zamówienia wynosi: 368 800,00 zł brutto.

Do treści wyjaśnień nie załączono żadnych dodatkowych dokumentów, wycen, odpowiedzi na zapytania ofertowe, szczegółowych kalkulacji.

Biorąc pod uwagę, że przeprowadzona ocena złożonych wyjaśnień nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o to czy oferta zawiera czy nie zawiera rażąco niskiej ceny, a taki stan rzeczy powstał z uwagi na to, że wskazane w odpowiedzi elementy wyjaśnień, nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez Wykonawcę, nie zostały podparte szczegółowymi kalkulacjami, dodatkowymi dokumentami i budzą wątpliwości Zamawiającego, obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie Wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wzywa Wykonawcę do:

1. przedstawienia szacunkowych, planowanych kosztów, jakie Wykonawca przewiduje ponieść na realizację, w ujęciu dla wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia etapów: Etapu I, Etapu II, Etapu III oraz Etapu IV.

W szacunkowych kosztach/wyliczeniach należy przedstawić koszty przewidziane dla projektantów poszczególnych branż w przedziale czasowym dla każdego z etapów, tj.:

- Etap I: branża architektoniczna,
- Etap II: branża architektoniczna, konstrukcyjna, sanitarna, elektryczna,
- Etap III: branża architektoniczna, konstrukcyjna, sanitarna, elektryczna,
- Etap IV: branża architektoniczna, konstrukcyjna, sanitarna, elektryczna.

2. podania szacunkowych kosztów dodatkowych, przewidzianych dla specjalistów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia (rzeczoznawcy p.poż. i sanepid, geodeta, geolog, kosztorysant, architekt krajobrazu, projektant drogowy, projektant teletechniki).

3. podania szacunkowej wysokości kosztów stałych, które ewentualnie będą ponoszone przy realizacji tego projektu (koszt powierzchni biura, koszt licencji oprogramowania, koszt wydruków itp.).

Z treści wyjaśnień Wykonawcy, musi wynikać w sposób jednoznaczny, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.(.).”.

W następstwie tego wezwania Przystępujący do pisma z dnia 9 listopada 2021 r. załączył dowód w postaci szczegółowej kalkulacji poszczególnych składników ceny głównej, które miały na celu obalenie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Izba uznała, że taka szczegółowa kalkulacja cenowa stanowi dowód mogący obalić domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny.

Przy czym stosownie do art.226 ust.5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Po przeanalizowaniu powyższych wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego oraz załączonej szczegółowej kalkulacji, Izba doszła do przekonania, że były one wystarczające do udowodnienia braku wystąpienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że Przystępujący wskazał w załączonym do wyjaśnień kosztorysie, że koszt wykonania projektu budowlanego na tym kontrakcie wynosi 126 601,00 zł.

W związku z tym Izba, z racji braku przeciwdowodu ze strony Odwołującego w tym zakresie uznała stanowisko Zamawiającego za wiarygodne, gdzie ten wskazał, że w ofercie wykonawca zadeklarował kwotę 107 000 zł z tego powodu, że stanowiła ona nie więcej niż 25% wartości zadania (ograniczenie wynikające z SWZ), natomiast w wyjaśnieniach oszacował on realne koszty wykonania projektu budowlanego w kwocie 126 601 zł.

Izba nie dostrzegła przy tym żadnych rozbieżności, uznając, że wykonawca deklarując sporną kwotę w ofercie był zobowiązany do określenia maksymalnej ceny brutto za realizację II etapu - maksymalnie 25% ceny oferty.

Jeżeli chodzi o koszty architekta Izba oparła się w tym zakresie o wyjaśnienia Zamawiającego, który stwierdził, że miał świadomość tego, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez wspólnika, co wynikało z treści oferty, bowiem w formularzu oferty zostało wskazane nazwisko projektanta, który będzie wykonywał projekt architektoniczny - Mikołaj Z.

Izba uznała również za uzasadnione twierdzenie Zamawiającego, że zadeklarowana kwota 3000 zł nie wyczerpywała puli przewidzianej dla architekta, jednak zważywszy na powyższy udział wspólnika Zamawiający liczył, że pewien udział w zysku będzie pokrywał część kosztów wynikających z tego niedoszacowania.

Poza tym Zamawiający oświadczył, że miał również świadomość, że wykonawca (projektant z branży architektury) nie będzie realizował jedynie tego zamówienia.

Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego korespondują z oświadczeniami złożonymi przez Przystępującego na rozprawie, gdzie ten przyznaje, że dokumentację projektową w zakresie architektury będzie wykonywał wspólnik.

Nadto, wyjaśnił on, że ma podpisaną umowę o pracę ze wspólnikiem, w której wynagrodzenie jest na znacznie wyższym poziomie, natomiast kwota 3000 zł jest jedynie składową tej części wynagrodzenia i będzie miał do pomocy architekta, który będzie wykonywał szereg projektów. Architekt ten jest również związany stałą umową o pracę i podobnie jak powyżej ta kwota 3000 zł jest jedynie częścią tego wynagrodzenia.

Izba oceniła te wyjaśnienia Zamawiającego i Przystępującego, jako spójne i wiarygodne, przyjmując, że zadeklarowane przez Przystępującego kwoty na pokrycie kosztów osobowych projektanta będą wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie w sprawie tej wymaga podkreślenia, że wycena wkładu intelektualnego i autorskiego w prace projektowe jest w zasadzie niemierzalna w aspekcie wartości materialnych, a zatem przypisywanie w tej materii rażąco niskiego kosztu w każdej takiej sytuacji będzie dotknięte ryzykiem poważnego błędu, co Izba również wzięła pod uwagę.

Zarzut odwołania dotyczący braku uwzględnienia kosztów architekta jest tym bardziej nieuzasadniony w aspekcie przewidzianego w SWZ 12 miesięcznego terminu wykonania usługi w warunkach, gdy wykonawca zaoferował skrócenie terminu realizacji zamówienia do 10 miesięcy.

Dodatkowo, w powyższym zakresie Izba przyjęła argumentację Przystępującego, że opracowanie takiego projektu nie wymaga pracy ciągłej przez 10 miesięcy, a taką dokumentację opracowuje się dużo szybciej, około 5 miesięcy.

Powyższe okoliczności - zdaniem Izby - mają kluczowe znaczenie dla możliwości uznania oszczędności na tym zadaniu.

W dalszej kolejności, Izba uznała, że wbrew twierdzeniu Odwołującego Przystępujący przewidział koszty wykonania mapy do celów projektowych w kwocie 5 000 zł, a także wykonania badań gruntowych w kwocie 4 920 zł, które to kwoty nie zostały przez Odwołującego podważone.

Natomiast okoliczność zlecenia przez Odwołującego tych czynności na zewnątrz nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia, skoro same powyższe koszty nie zostały przez Odwołującego skutecznie zacementowane.

Izba stwierdziła również, że Przystępujący w swojej kalkulacji określił wartości wydruków, co Odwołujący w swoim odwołaniu tak dobitnie podkreślał i stanowią one typ kosztów jako edycja projektu.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut braku opisanego przez Przystępującego kosztów ryzyka i gwarancji, jako, że Zamawiający nie żądał od wykonawcy wyjaśnień w tym zakresie, a Odwołujący nie zakwestionował zakresu merytorycznego żądania wyjaśnień w odniesieniu do rażąco niskiej ceny odnoszących się do tych elementów związanych z kosztami.

Ostatecznie, Izba badając szczegółowy zakres przedłożonego przez Przystępującego kosztorysu stwierdziła, że w całej rozciągłości wypełnił on wiedzę Zamawiającego odnośnie wskazanych przez niego wątpliwości wyrażonych w piśmie z dnia 24 listopada 2021 r. wzywającym do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na stronie 2 pod pozycjami od 1 do 3.

Wymaga podkreślenia, że Przystępujący wszystkie te koszty dokładnie podał, a Odwołujący nie wdał się w tym zakresie w spór co do istoty.

Reasumując, wyjaśnienia Przystępującego zawierały kalkulację składowych ceny pozwalających na ocenę kosztów objętych wątpliwościami Zamawiającego. Co wymaga podkreślenia sam Zamawiający na stronie 1 zdanie drugie od dołu w piśmie z dnia 24 listopada 2021 r. wskazał, że oczekiwał szczegółowych kalkulacji i takowe zgodnie z zakresem własnego żądania - w przekonaniu Izby - otrzymał.

Zdaniem Izby - rażąco niska cena przedstawia wartość nierzeczywistą, oderwaną o cen rynkowych, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zaś powyższe wyjaśnienia Przystępującego mogły doprowadzić Zamawiającego do uznania jej za cenę rynkową.

W takim przypadku Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 224 ust.6 ustawy Pzp, który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. -

Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....